



VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO de *DERECHO MERCANTIL Manuel Broseta Pont*

Programa de Doctorado: **DERECHO MERCANTIL Y DE LOS NEGOCIOS**

**CONTRATOS BANCARIOS
DE FINANCIACIÓN.
CONTENIDO ECONÓMICO.
TRANSPARENCIA Y
PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:
Ubaldo Nieto Carol

Dirigida por:
Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo

Valencia, marzo 2015

***A mi padre, cuya integridad personal e
intelectual será siempre mi ejemplo a seguir***

***A mi madre, cuyo corazón y entrega
a su familia son inigualables***

***A Amparo, quien me ha enseñado
el verdadero sentido de lo que es amor***

CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN. CONTENIDO ECONÓMICO, TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA

SUMARIO

CAPÍTULO I.- CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN. CONTENIDO ECONÓMICO. OBJETO Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

- 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS
- 2.- CONTRATOS BANCARIOS
 - A) CONTRATO BANCARIO. CONCEPTO
 - B) CONTRATO BANCARIO. OBJETO: EL CRÉDITO
 - C) CONTRATO BANCARIO. ELEMENTO SUBJETIVO: ENTIDADES DE CRÉDITO
 - D) CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS BANCARIOS
 - E) FUENTES DEL DERECHO CONTRACTUAL BANCARIO
 - F) CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS
- 3.- CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN
- 4.- CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN
- 5.- TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA
 - A) CONCEPTO DE TRANSPARENCIA
 - B) PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA
- 6.- CONTRATOS Y OPERACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

7.- METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

CAPÍTULO II.- NORMATIVA GENERAL DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE BANCARIO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

2.- NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE TODO CONTRATANTE BANCARIO: LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCGC

- a) Aplicabilidad de la LCGC a los contratos bancarios

B) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN

C) REGLAS DE INTERPRETACIÓN

D) ACCIONES CONTRA LA UTILIZACIÓN DE CONDICIONES GENERALES

- a) Acciones individuales
- b) Acciones colectivas

E) REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES

F) INFORMACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES. EL PAPEL DE LOS FEDATARIOS PÚBLICOS

3.- NORMATIVA GENERAL DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

A) CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE.

- a) Concepto
- b) Requisitos

B) CLÁUSULAS ABUSIVAS

- a) Concepto de cláusulas abusivas
- b) Aplicabilidad a los contratos bancarios

c) Cláusulas abusivas *per se*

c.1) Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

c.2) Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario

c.3) Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

c.4) Cláusulas abusivas sobre garantías

c.5) Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato

c.6) Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

d) Consecuencias de la declaración judicial de abusividad

4.- NORMATIVA ESPECÍFICA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

A) ANTECEDENTES

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

a) Ámbito objetivo: contrato de crédito al consumo

b) Ámbito subjetivo

c) Contratos excluidos

d) Aplicación parcial de la Ley

e) Aplicabilidad de la LCCC a los contratos bancarios

- 5.- **NORMATIVA SECTORIAL DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA**
 - A) ANTECEDENTES
 - B) LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE
 - C) LA CIRCULAR 5/2012, DE 27 DE JUNIO, DEL BANCO DE ESPAÑA

CAPÍTULO III.- REGULACIÓN SECTORIAL DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN

- 1.- **RÉGIMEN DE COMISIONES Y DE REPERCUSIÓN DE GASTOS**
 - A) **CONCEPTO DE COMISIÓN, GASTO REPERCUTIBLE Y PENALIZACIÓN**
 - B) **RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES EN LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA BANCARIA**
 - a) Libertad de fijación de las comisiones
 - b) Límites a la libertad de fijación de las comisiones
 - c) Publicidad e información
 - C) **CONTABILIZACIÓN POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE LAS COMISIONES BANCARIAS**
 - D) **COMISIONES MÁS HABITUALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN**
 - a) Comisión de apertura
 - b) Comisión de estudio
 - c) Comisión de reclamación de posiciones deudoras
 - d) Comisión de novación

- e) Comisión/compensación por amortización anticipada
 - f) Comisión/compensación por subrogación activa o por cambio de acreedor
 - g) Comisión de subrogación pasiva o por cambio de deudor
 - h) Comisión por emisión de certificación de saldo cero para la cancelación hipotecaria
 - i) Comisión de mantenimiento
 - j) Comisión de administración
 - k) Comisión de disponibilidad
 - l) Comisión de excedido en cuenta de crédito
 - m) Comisión de renovación o de prórroga
 - n) Comisión por devolución de efectos
 - o) Comisión de riesgo
- E) GASTOS REPERCUTIBLES MÁS HABITUALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN
- a) Gastos de correo
 - b) Gastos de tasación
 - c) Gastos de intervención notarial
 - d) Gastos de documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones hipotecarias
 - e) Gastos de gestión
 - f) Costes de carácter fiscal
 - g) Gastos y costas judiciales

- h) Costes derivados de la contratación de un seguro

2.- EL INTERÉS

A) CONCEPTOS PREVIOS

- a) Concepto de interés
- b) Clases de intereses
- c) Tipo de interés nominal y efectivo
- d) Cálculo de los intereses
- e) Interés simple e interés compuesto
- f) Tipo de interés fijo y variable
- g) Tipo variable limitado

B) REGULACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS

- a) Principio de libertad de fijación del tipo de interés
- b) Límites al principio de libertad de fijación. La usura

4.- LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE)

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

- a) Tipo de interés nominal y tipo equivalente
- b) Consideración de otros costes distintos del interés

B) REGULACIÓN DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

- a) Aparición de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico
- b) Regulación de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico. Régimen general

5.- DISPOSICIONES COMUNES A COMISIONES, GASTOS, INTERESES Y TAE

- A) INFORMACIÓN PÚBLICA
- B) INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL
- C) INFORMACIÓN CONTRACTUAL
- D) INFORMACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

CAPÍTULO IV.- REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

- 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS
- 2.- FASES DEL CONTRATO BANCARIO DE CRÉDITO AL CONSUMO
- 3.-CONTENIDO ECONÓMICO DEL CONTRATO BANCARIO DE CRÉDITO AL CONSUMO
- 4.- EL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL CONSUMIDOR
 - A) COMPONENTES DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL CONSUMIDOR
 - a) Gastos del consumidor que son ingreso del concedente del crédito
 - a.1) Intereses
 - a.2) Comisiones
 - a.3) Coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito
 - b) Gastos de consumidor que son ingresos para terceros
 - 1.- Impuestos
 - 2.- Otros gastos, con excepción de los gastos de notaría

B) CÁLCULO DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL PROPÓSITO DE CALCULAR LA TASA ANUAL EQUIVALENTE.

5.- IMPORTE TOTAL ADEUDADO POR EL CONSUMIDOR

6.- IMPORTE TOTAL DEL CRÉDITO.

7.- LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

A) LA TASA ANUAL EQUIVALENTE EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO DE 1995

B) LA TAE EN LA VIGENTE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO DE 2011

8.- TIPO DEUDOR:

A) TIPO DEUDOR FIJO

B) TIPO DEUDOR VARIABLE

a) Formas de determinación del tipo deudor variable.

b) Tipo deudor variable limitado (cláusulas suelo y techo)

c) La TAE en los tipos deudores variables

9.- POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL TIPO DEUDOR

A) OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE TODA MODIFICACIÓN

a) Momento y forma de la información

b) Contenido de la información.

B) MODIFICACIÓN PRODUCIDA POR LA VARIACIÓN DEL TIPO DE REFERENCIA.

a) Tipos de referencia oficiales.

10.- REEMBOLSO ANTICIPADO

11.- CRÉDITOS EN FORMA DE DESCUBIERTO. EXCESOS DE CRÉDITO

12.- INTERESES DE DEMORA EN LOS CRÉDITOS CON CONSUMIDORES

CAPÍTULO V.- REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO CON GARANTÍA DE HIPOTECA INMOBILIARIA PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

1.- NORMATIVA APLICABLE. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

2.- INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

A) GUÍA DE ACCESO AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

B) FICHA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

C) FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA.

D) OFERTA VINCULANTE.

E) INFORMACIÓN ADICIONAL SOBRE INSTRUMENTOS DE COBERTURA DEL RIESGO DE TIPO DE INTERÉS.

F) INFORMACIÓN ADICIONAL SOBRE CLÁUSULAS SUELO Y TECHO.

3.- TIPOS DE INTERÉS.

A) TIPOS DE INTERÉS VARIABLE.

B) TIPOS DE INTERÉS OFICIALES.

C) TIPOS DE INTERÉS VARIABLE LIMITADO. LA CLÁUSULA SUELO

a) Consideraciones previas.

b) Obligaciones de transparencia respecto a la cláusula suelo

b.1) Régimen de la OM de 5 de mayo de 1994

b.2) Régimen de la Ley 2/2009, de 31 de marzo

- b.3) Régimen de la Orden EHA/2899/2011
- b.4) Régimen de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios
- b.5) Régimen de la Directiva 2014/17/UE
- c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013
 - c.1) Las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación;
 - c.2) La cláusula suelo como condición definitoria del objeto principal del contrato;
 - c.3) Control de abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato;
 - c.4) Doble control de transparencia: incorporación al contrato y comprensibilidad real de su trascendencia;
 - c.5) Valoración del carácter abusivo de las cláusulas suelo;
 - c.6) Nulidad parcial del contrato;
 - c.7) Eficacia no retroactiva de la sentencia.

4.- DOCUMENTO CONTRACTUAL.

5.- ACTO DEL OTORGAMIENTO.

- A) Libre elección de Notario
- B) Derecho a examinar el proyecto de escritura pública

C) Obligaciones de información del Notario

6.- COSTE TOTAL DEL CRÉDITO Y TASA ANUAL EQUIVALENTE.

7.- REEMBOLSO ANTICIPADO

8.- INTERESES DE DEMORA EN LOS PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS

9.- RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA HIPOTECA INVERSA

A) Concepto y funcionamiento

B) Normas de transparencia

C) Beneficios económicos

CAPÍTULO VI.- CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

- A.P.: Audiencia Provincial
- APCM: Anteproyecto de Código Mercantil 2013
- Art: Artículo
- CC: Código Civil
- CCom: Código de Comercio
- CE: Constitución Española de 1978
- Circ. B.E.: Circular del Banco de España
- Circ. CNMV: Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores
- Circ. B.E. 8/1990:
Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (derogada)
- Circ. B.E. 5/2012:
Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos
- Directiva 87/102/CEE:
Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y sus posteriores modificaciones por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990 y la Directiva 98/7/CE, de 16 de febrero de 1998, del Parlamento Europeo y del Consejo (derogada)
- Directiva 93/13/CEE:
Directiva 93/13/CEE DEL Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores

Directiva 2008/48/CE:

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo modificada por la Directiva 2011/90/UE, de la Comisión de 14 de noviembre de 2011

Directiva 2014/17/UE:

Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010

JM: Juzgado de lo Mercantil

LCC-1995: Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (derogada)

LCCC: Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación

Ley 41/2007 Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria

LGDCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (derogada)

LDIEC: Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (derogada)

LH: Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 con sus innumerables modificaciones).

LN: Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (y sus sucesivas modificaciones).

LSP: Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago

LOSSEC: Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

LUs: Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios de 23 de julio de 1908

O.M. Orden Ministerial

OM 12 de diciembre de 1989:

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 (derogada)

OM 5 de mayo de 1994:

Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (derogada)

Orden EHA/2899/2011:

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

OSP: Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago

Pág: Página

RC: Recurso

RD: Real Decreto

RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RDLeg: Real Decreto Legislativo

RDLeY: Real Decreto Ley

Res. DGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RN: Reglamento Notarial (DECRETO de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y régimen del Notariado con sus múltiples modificaciones)

RRM: Reglamento del Registro Mercantil

Roj: Repertorio ordenado de jurisprudencia. Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Consejo General del Poder Judicial.

Sent: Sentencia

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

TS: Tribunal Supremo

VVAA: Varios autores.

CAPÍTULO I.- CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN. CONTENIDO ECONÓMICO. OBJETO Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Todo estudio debe comenzar por determinar cuál es su objeto para después especificar qué metodología se ha seguido para su realización. En nuestro caso, el objeto de este estudio se ha intentado delimitar en el título cosa no siempre fácil habida cuenta de la brevedad que debe caracterizarlo. Pero en este caso sí contiene los elementos delimitadores de su objeto: vamos a estudiar los contratos bancarios; dentro de éstos, los que vamos a denominar “de financiación”; a su vez, concretaremos el estudio en su “contenido económico”; y, por último, respecto a éste vamos a hacer especial referencia a la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria.

Por ello, vamos a dedicar este primer capítulo a determinar el objeto del estudio y la metodología seguida. Y para delimitar el objeto tenemos que definir qué son los “contratos bancarios”, estudiar sus características, el régimen de jurídico que les es aplicable y su clasificación. Esto último nos permite determinar qué se entiende por contratos bancarios “de activo” o “de financiación” para, después, poder concretar cuál es su contenido económico y lo que se entiende por transparencia y protección de la clientela. Por último, haremos una delimitación “negativa” determinando qué contratos no se incluyen en el presente estudio.

2.- CONTRATOS BANCARIOS

El primer elemento delimitador del objeto de este estudio es el de “contrato bancario”. Por ello se hace necesario comenzar dando un concepto del mismo.

A) CONTRATO BANCARIO. CONCEPTO

Como señala el Prof. GARRIGUES¹, la expresión “contrato bancario” puede ser entendida como “el esquema jurídico de la operación bancaria”, como “todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria», considerada ésta “como contrato concluido por la entidad bancaria en el desenvolvimiento de su actividad profesional y para la consecución de sus propios fines económicos”²; “operaciones de recepción y de concesión de crédito”³.

En tal sentido es utilizada la denominación “contratos bancarios” por la doctrina de aquellos países que cuentan con una regulación específica de dichos contratos, individualizados con esa denominación, como es el caso de Italia (capítulo XVII del Título III del Libro IV del *Codice Civile* de 1942)⁴; así para MOLLE son “contratos bancarios aquellos en los que la presencia de la banca es determinante para la calificación del negocio”; de tal manera que sólo son bancarios los contratos en los que la presencia del Banco “sea esencial para la definición del negocio”⁵.

Pero también son contratos bancarios, aunque en sentido amplio —u “*ocasionalmente* bancarios”, como los denomina

¹ GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, pág. 31.

² GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios ...*, pág. 28.

³ SANTOS, V.: “El Banco de hecho” en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Madrid, 1971, pág. 257.

⁴ En nuestro Derecho, si el proyectado (2013) Código Mercantil ve la luz, el Capítulo I del Título VII (De Los Contratos Financieros Mercantiles), del Libro IV (De Las Obligaciones y de los Contratos Mercantiles en general), llevará la denominación “De Los Contratos Financieros” y definirá los mismos en su art. 571-1 (*Noción*) como “aquéllos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio”.

⁵ MOLLE, G.: *Manuale di Diritto bancario*, 3.ª ed., Milán, 1987, págs. 111 y ss.

MOLLE— aquellos contratos de los previstos con carácter general por el ordenamiento jurídico, en cuanto susceptibles de ser celebrados por cualquier persona, cuando en ellos interviene un Banco y, “por efecto de su inserción en la empresa bancaria, sufren modificaciones en su disciplina”, y entre esos contratos menciona el préstamo⁶.

Como señala VICENT CHULIÁ⁷ existen dos corrientes doctrinales definidoras del contrato bancario:

-De un lado la doctrina subjetivista. Para FERRI⁸, no puede admitirse una noción genérica de contrato bancario sin aceptar que la única característica funcional común a todas las figuras existentes es la pertenencia a la actividad empresarial de un comerciante bancario. En este sector doctrinal podemos incluir a GARCÍA VILLAVERDE⁹ y, como ya hemos visto, al propio GARRIGUES.

- De otro, la corriente objetivista o funcional que entiende que es contrato bancario todo aquél que se celebra con causa de financiación; en palabras de SANTOS¹⁰, “una operación o negocio jurídico integrado en la función de intermediación en el crédito indirecto”, en base al cual se podría calificar como “banco de hecho” a quien se dedicase profesionalmente a realizar estos contratos, aunque no fuese un Banco autorizado: sería Banco el sujeto y bancario el contrato. Es por tanto indiferente que una de las partes tenga o no, reconocimiento social o legal de empresa bancaria.

⁶ MOLLE, G.: *Manuale di Diritto bancario ...*, pág. 113.

⁷ VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pág. 416.

⁸ FERRI, G.: *Manuale di Diritto commerciale*, 5ª ed., Torino, 1980, pág. 866

⁹ GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Tipicidad contractual y contratos de financiación” en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 5 y ss.

¹⁰ SANTOS, V: *El Contrato bancario. Concepto funcional*, Bilbao, 1972, pág. 142).

Por mi parte entiendo que, al menos en el Derecho español, deben unirse los dos elementos, objetivo y subjetivo, para delimitar el concepto de “contrato bancario”. Así, siguiendo a los Profs. SÁNCHEZ CALERO¹¹ el contrato bancario es “aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por tal la que se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia. 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 será, por definición, una relación jurídica bancaria”. En esta misma línea BONET SÁNCHEZ¹² entiende por contratos bancarios “aquellos que teniendo por causa la intermediación financiera (financiación, inversión, gestión), nacen a la vida jurídica dentro del ámbito empresarial de una entidad de crédito o de un establecimiento de crédito”.

En definitiva, podemos concluir definiendo el contrato bancario¹³ como *aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica caracterizada por dos elementos: uno subjetivo, la participación de una entidad de crédito; y otro objetivo, la existencia de crédito, bien del cliente hacia la entidad (captación de fondos) o bien en sentido contrario (concesión de crédito)*. Sólo nos restaría para hacer suficientemente comprensiva esta definición incluir otras *operaciones “conexas” a las*

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 36ª edición, Aranzadi, Cizur-Menor, 2013, pág. 414.

¹² BONET SÁNCHEZ, J.I.: “El contrato bancario” en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 87.

¹³ Conviene apuntar que este concepto acuñado por nuestra doctrina quedará subsumido por el concepto legal más amplio de “contratos financieros” si ve la luz el proyectado Código Mercantil que son definidos en el art. 571-1 ya visto.

crediticias que también realizan las entidades de crédito como son las llamadas “operaciones neutras”, *de gestión o de servicio*¹⁴.

B) CONTRATO BANCARIO. OBJETO. EL CRÉDITO

Veamos ahora cuál es el *objeto* del contrato bancario. El artículo 1.254 del Código Civil contiene una definición descriptiva del contrato desde el punto de vista de su contenido obligacional. Según el mismo el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio. El primer elemento del contenido posible de un contrato consiste, pues, en *dar*. Y lo que se da en un contrato bancario es *crédito*; así, el crédito es la materia típica y genuina del contrato bancario y el elemento objetivo fundamental definidor del mismo (el elemento subjetivo determinante es la participación de una banco –como veremos más adelante nosotros hablaremos de entidad de crédito-).

Sin embargo, esto no significa que las entidades de crédito no asuman también obligaciones de *hacer*. Las asumen en aquellas operaciones que llamaremos *neutras*, que se exteriorizan jurídicamente en los contratos bancarios de cuenta corriente, custodia,... que son contratos de *servicios*.

El crédito es el objeto fundamental del contrato bancario. La palabra crédito proviene del término latino *creditum*, del verbo *credo, credidi, creditum* que significa creer, tener confianza y que es equivalente a *fides* o *fiducia*. En este sentido, el crédito es, para el que lo concede, la confianza que tiene en el cumplimiento de la prestación prometida con otra persona (el tomador del crédito)¹⁵.

¹⁴ NIETO CAROL, U.: Introducción al libro *Contratos Bancarios y Parabancarios*. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 45.

¹⁵ GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios ...*, pág. 34.

Dar crédito es, necesariamente, un acto jurídico. La voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada; la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. De esta manera, siguiendo al profesor GARRIGUES¹⁶ quedan configurados en la esencia jurídica del crédito los siguientes elementos: “La transmisión (actual o prometida) de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor con contrapartida económica diferida, la pausa o dilación entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y, por último, el interés como precio del tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia”.

C) CONTRATO BANCARIO. ELEMENTO SUBJETIVO. ENTIDADES DE CRÉDITO

Como vemos, hasta este momento se ha hecho uso del término banco en un sentido amplio y no estricto; se ha asimilado a “empresa bancaria” entendiéndose por tal aquella que se dedica a la intermediación en el crédito. Y en coherencia con esta idea se ha hablado de “contratos bancarios”. Ahora bien, en el Derecho español existe un concepto jurídico de “banco” que se corresponde con un tipo específico de empresa bancaria que adopta la forma de sociedad anónima. El concepto jurídico omnicomprendido de las entidades que desarrollan la actividad bancaria es el de “entidad de crédito”.

El RDLeg 1298/1986, de 28 de junio, de adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, estableció tanto un concepto de *entidad de crédito* como una relación de entidades financieras calificadas como tales. La relación de entidades de crédito fue modificada en 1988, 1994 y 2002. El artículo 1.1 del RDLeg 1298/1986, de 28 de junio, definía la entidad de crédito como “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

¹⁶ GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios...*, pág. 35.

análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza". Por tanto, en nuestro Derecho la "empresa bancaria" en sentido económico recibía el término jurídico de "entidad de crédito".

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de reforma del Sistema Financiero, añadió al concepto de entidad de crédito las empresas que emitieran medios de pago en forma de dinero electrónico, por ello de acuerdo con el art. 1.2 del RDLeg antes mencionado, eran entidades de crédito el Instituto de Crédito Oficial, los bancos¹⁷, las cajas de ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito¹⁸ y las entidades de dinero electrónico¹⁹.

¹⁷ Su regulación se encontraba en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y en el RD 245/1995, de 14 de julio hoy todavía vigente. De acuerdo con el artículo 37 de la Ley de Ordenación Bancaria, 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". No obstante de acuerdo con el RD 1245/1995, de 14 de julio, para ejercer la actividad bancaria se requerirá revestir la forma de sociedad anónima con duración indefinida sin perjuicio de otros requisitos como el capital mínimo, el objeto social, la forma del Consejo de Administración, etc.

¹⁸ Su regulación se encuentra en la Ley 3/1994, de 14 de abril, disposición adicional primera y RD 692/1996, de 26 de abril. Entidad de crédito que, sin poder captar depósitos del público, en fase de depósito, tiene como actividad principal una o varias de las siguientes: concesión de préstamos y créditos, factoring, arrendamiento financiero, emisión y gestión de tarjetas de crédito o concesión de avales y garantías.

¹⁹ Su regulación se encuentra en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Tendrán tal consideración aquellas entidades de crédito, cuya actividad principal, en los términos que reglamentariamente se determinen, consista en emitir medios de pago en forma de dinero electrónico (art. 21).

Hoy la LOSSEC ha derogado la Ley de Ordenación bancaria de 1946, la LDIEC y el RDLeg 1298/1986, de 28 de junio. De acuerdo con su art. 1.1 “son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”²⁰.

Como vemos, en esencia, esta definición de entidad de crédito es similar a la recogida en el art. 1.1 RDLeg 1298/1986: es una empresa cuya actividad consiste en captar fondos para destinarlos a la concesión de crédito; por tanto, su actividad es la intermediación financiera. Y aunque no se hable ahora de “actividad típica y habitual”, la “habitualidad” es un elemento intrínseco al concepto de empresa y empresario (“comerciante” en la terminología de nuestro CCom -art. 1.1-). Y la “tipicidad” es también intrínseca tanto a la actividad como a la propia empresa bancaria dada la regulación de su

²⁰ Como señala A.J. TAPIA HERMIDA (“La nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español: la ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”, *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014, págs. 72 y 73), “esta interconexión funcional de las operaciones bancarias pasivas («recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables») y activas («conceder créditos por cuenta propia») -que constituye la intermediación indirecta en el crédito- es el núcleo atómico esencial de la actividad típica bancaria y, por ello, las operaciones pasivas y activas se benefician del reconocimiento mutuo comunitario en los términos previstos en el Anexo de la LOSSEC”.

“En la delimitación de la actividad bancaria debe prestarse una especial atención a la denominada «banca en la sombra» o «shadow banking», definida como la intermediación crediticia al margen del sistema bancario convencional desarrollada por intermediarios financieros que no tienen la consideración de entidades de crédito, en particular, de bancos y no están sometidos, por lo tanto, al sistema de controles y garantías propios de aquellas entidades. El hecho de que esta actividad represente un volumen aproximado de la cuarta parte del total de la intermediación financiera mundial, unido a la falta de control del riesgo sistémico que comporta –que va implícito en su propia extrabancariedad- ha llevado a que, tanto a nivel comunitario como a nivel global, las autoridades públicas nacionales y supranacionales hayan tomado iniciativas para intentar medir y controlar los riesgos que en el sistema financiero produce esta actividad de «banca en la sombra». Iniciativas especialmente notables desde el momento en que la crisis financiera global de 2008 ha mostrado la eclosión de estas actividades desreguladas como respuesta del mercado financiero al incremento de los controles de la actividad bancaria típica”.

régimen de autorización y revocación, el régimen de participaciones significativas, el régimen de idoneidad e incompatibilidades de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente y el régimen de gobierno corporativo y políticas de remuneraciones, todo ello regulado en la LOSSEC. Por otra parte se añade en la definición el carácter de empresa “autorizada” aunque dado que estamos ante una actividad “regulada” sólo podía y puede ser desarrollada por una entidad que haya obtenido la consiguiente autorización.

Por el contrario, sí encontramos significativas diferencias en la relación de entidades de crédito. Según el art. 1.2 LOSSEC “tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos²¹. b) Las cajas de ahorros²². c) Las cooperativas de crédito²³. d) El Instituto de Crédito Oficial²⁴. Por tanto, respecto al art. 1.2 RDLeg 1298/1986

²¹ Su regulación se encuentra en el RD 245/1995, de 14 de julio, de Creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

²² Su regulación actual se encuentra en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias que las define en su art. 2.1 de la siguiente forma: “Las cajas de ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas”. Su ámbito de actuación no excederá el territorio de una comunidad autónoma. No obstante, podrá sobrepasarse este límite siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí”.

²³ Su regulación se encuentra en la Ley 13/1989, de 26 de mayo y en el RD 84/1993, de 22 de enero. “Son cooperativas de crédito las sociedades constituidas con arreglo a la Ley 13/1989, de 26 de mayo, cuyo objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito”.

²⁴ Su régimen legal se encuentra en el RD Ley 12/1995, de 28 de diciembre, en su Disposición Adicional VI, y en el RD 706/1999, de 30 de abril. El Instituto de Crédito Oficial es una sociedad estatal que tiene la consideración de agencia financiera del Estado y personalidad jurídica y patrimonio propio. Debe destacarse que son funciones del ICO contribuir a paliar los efectos económicos producidos por situaciones de grave crisis económica, catástrofes naturales u otros supuestos

pierden la condición de entidad de crédito la Confederación Española de Cajas de Ahorros, los establecimientos financieros de crédito²⁵ y las entidades de dinero electrónico.

D) CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

Las características de los contratos bancarios son las siguientes:

1. Tienen naturaleza *mercantil*. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (a partir de la importante STS de 9 de mayo de 1944) afirma que, siempre que los contratos estipulados revistan el carácter de operaciones bancarias, pueden ser conceptuados como mercantiles al amparo del art. 2 CCom²⁶. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, en interpretación conjunta con los arts. 175, 177, 199 y 212 del mismo cuerpo legal. Posteriores sentencias del Alto Tribunal que han confirmado tal criterio son las siguientes: STS de 27 diciembre 1985, STS de 8 noviembre 1986, STS de 7 noviembre 1990 y STS de 5

semejantes, así como actuar como instrumento de ejecución de determinadas medidas de política económica.

²⁵ De acuerdo con la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, “hasta la aprobación de la legislación específica que les corresponda, los establecimientos financieros de crédito estarán sujetos al régimen jurídico que les resultara de aplicación con carácter previo a la entrada en vigor de este real decreto-ley, manteniendo a esos efectos su consideración de entidad de crédito”.

²⁶ Art. 2º: “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”.

diciembre 1991 (esta última incluso mercantiliza las operaciones de las Cajas de Ahorro).

Desde un *punto de vista subjetivo*, hay que afirmar que todas aquellas entidades de crédito que revistan la forma de sociedad anónima, como es el caso de los bancos (y cuando lo fueron, los establecimientos financieros de crédito) tienen, por imperativo legal (ex art. 2 LSC: “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”), carácter mercantil. Las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito no son sociedades anónimas, pero sí pueden considerarse empresarios del crédito y la banca (por eso se equiparan, a estos efectos, a los bancos, bajo el criterio de la citada STS 5 diciembre 1991). Y, además, tanto las sociedades anónimas bancarias (Bancos), como las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito son Entidades de Crédito y, en tanto tales, son una "empresa" que tiene como actividad la de recibir fondos del público aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

En coherencia con todo ello, el art. 81 RRM –sujetos y actos de inscripción obligatoria (RD 1784/1996, de 19 de julio) dispone que es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de, entre otros, las Cooperativas de Crédito y las Cajas de Ahorros.

Consecuentemente, si Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito son empresas, la norma que les ha de ser aplicada es la propia de éstas: el Derecho Mercantil. En apoyo de esta afirmación puede observarse cómo las operaciones de cualquier Entidad de Crédito (sea Banco, Caja de Ahorros o Cooperativa de Crédito) son hecho imponible del impuesto indirecto que grava el tráfico mercantil: el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

2. Son contratos *usualmente consensuales*, en la medida en que, conforme al uso bancario, 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 (art. 1.258 CC). Por excepción, en nuestro derecho positivo son

contratos reales el depósito bancario de dinero (art. 303 CCom) y el préstamo bancario de dinero (art. 310 CCom)²⁷.

3. Son contratos *onerosos, bilaterales* (excepto el préstamo²⁸, que es unilateral en el CCom y también en el CC) y *conmutativos*.

4. Son contratos *nominados pero atípicos*²⁹; con excepción de las escasas normas que el Código de Comercio dedica al depósito

²⁷ Ya señalaba el maestro GARRIGUES (*Contratos Bancarios...*, pág. 225), que esta concepción tradicional no armonizaba bien con la mentalidad propia de los banqueros y de los comerciantes. Cuando una empresa llega a concertar un préstamo con un banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto y la entrega o las entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo y no contratos nuevos. De aquí se desprende que, con arreglo a esa mentalidad, el contrato de préstamo se convierte en un pacto consensual.

En este mismo sentido apunta el APCM al definirlo en su art. 573-1 como aquel contrato por el que “el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés”. Para luego el art. 573-2 regular las *obligaciones del prestamista*: “El prestamista está obligado a poner a disposición del prestatario el dinero objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas”. Y luego decir que “salvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada, con detalle del modo y forma en que se haya verificado la entrega de la misma, corresponderá al prestamista acreditar que ha cumplido su obligación”.

²⁸ En coherencia con la consideración del préstamo bancario como “consensual” en lugar de “real” GARRIGUES entendía que cuando el préstamo es a interés “es indudable que hay un cambio de prestaciones semejante al de los contratos bilaterales”. El prestamista cede su dinero para recibir un interés y éste constituye la causa del contrato para el banco, dentro de la terminología empleada por el CC en su art. 1.274 al decir que en los contratos onerosos se entenderá por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

Como ya hemos visto, el APCM, en coherencia con considerar el préstamo bancario como consensual, también se configura como bilateral y, por tanto, con obligaciones para ambas partes.

²⁹ Como señala EMBID IRUJO, J.M. (“Capítulo X: La cuenta corriente bancaria” en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 303), “salvo no muy frecuentes excepciones, la realidad hoy vigente en Derecho comparado es la destacada atipicidad que caracteriza a la contratación bancaria. No puede negarse, indudablemente, que un sector tan dinámico, como

mercantil (arts. 303 a 310), al préstamo mercantil (arts. 311 a 324) y a la fianza mercantil (arts. 439 a 442), cuya aplicabilidad a los homónimos contratos bancarios ya se ha comentado.

5. Son contratos en los que rige la mutua confianza (*intuitu personae*). Es frecuente que el cliente revele al Banco confidencias familiares o empresariales, y que la Entidad confíe en su cliente para tomar el riesgo que supone la inversión financiera. Este riesgo consustancial a toda operación activa genera otra característica propia de los contratos bancarios activos, que se analiza a continuación.

6. Las obligaciones de pago que nacen a cargo del cliente bancario son, con habitualidad, aseguradas mediante alguno de los sistemas de garantía ordinarios en el Derecho español: bien con garantía real, bien con garantía personal, o bien, por fin, con una garantía de tipo procesal³⁰, cual es la intervención del Notario.

consecuencia, entre otros extremos, de la intensa bancarización que la caracteriza a la economía contemporánea, se aviene mal con una rígida tipificación legislativa. También, de otra parte, no cabe desconocer el carácter standard de los contratos bancarios, con una disciplina obligación al común para la pluralidad de clientes susceptibles de entrar en relación jurídica con las entidades de crédito..." "Ambas circunstancias, no obstante, no sirven para justificar plenamente la ya referida ausencia de normas legales en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno...". "Y no se trata, como es obvio, de reclamar el tratamiento legislativo de las más conspicuas relaciones contractuales establecidas por los bancos; su complejidad técnica y, por qué no decirlo, su habitual limitación en el tiempo –siendo sustituidas por otras figuras más versátiles-, desaconsejan su consideración por el legislador. El verdadero *punctum dolens* consiste, precisamente, en la falta de regulación de lo que pudiéramos denominar modalidades básicas de la contratación bancaria".

³⁰ Como señala J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE ("El art. 1435 LEC y el principio constitucional de la igualdad". RDBB núm. 43, 1991, pág. 819), "las entidades de crédito, protagonistas de una actividad esencial en el conjunto de la actividad económica de un país, deben contar con instrumentos procesales específicos para poder celebrar con las mayores garantías posibles, tanto para las propias entidades como para sus clientes, los distintos contratos y operaciones que configuran su actividad. Es notorio que entre los instrumentos procesales destaca la posibilidad

7. Son contratos sometidos al principio de especialización operativa, en tanto en cuanto, en virtud del ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas (art 3.1 y 3.3³¹ LOSSEC y antes el art. 28 LDIEC).

Y a tenor del art y 3.1 LOSSEC se entenderá reservadas a las entidades de crédito “la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas”. No se considera reservada “la concesión de créditos” aunque forma parte del propio concepto de entidad de crédito que da el art. 1.1 LOSSEC (“son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”).

de acceder al juicio ejecutivo, posibilidad que resulta condicionada en muchos casos por la dificultad técnica de convertir ciertos contratos bancarios en una cantidad líquida, inconveniente que debe ser superado a fin de permitir a las entidades acreedoras acudir a un procedimiento sumario que las exonere de la lentitud de los procesos ordinarios". Continúa este autor diciendo que "la eficacia y el correcto funcionamiento del sistema financiero depende del reconocimiento de un cauce procesal adecuado que permita la canalización de las reclamaciones contra los clientes que incumplen, cauce procesal que, sin perjuicio de su carácter singular o general, lo cierto es que ha de atender las particularidades de las operaciones y contratos bancarios".

³¹ De acuerdo con el art. 3.1 “queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas”. A tenor del art. 3.3 “se prohíbe a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada como entidad de crédito el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito y la utilización de las denominaciones propias de las mismas o cualesquiera otras que puedan inducir a confusión con ellas”.

8. Casi en su totalidad son *de tracto sucesivo*, con vocación de cierta perdurabilidad.

9.- Y, finalmente son contratos en los que la entidad de crédito está en una situación preeminente con un claro desequilibrio entre las partes y, por ello, casi en su totalidad, son *contratos de adhesión*³². Esta última característica es esencial para nuestro análisis porque de esta "asimetría" en las posiciones contractuales nace toda la legislación tuitiva del cliente bancario.

Esta nota de "adhesión" nos lleva a la necesidad de analizar la licitud, interpretación y aplicabilidad de las condiciones generales que aparecen redactadas por la entidad de crédito en los documentos contractuales bancarios. En efecto, en los contratos bancarios aparecen prerredactadas ciertas "condiciones generales" a las que el cliente se adhiere o no, con escasas posibilidades de modificación³³.

³² Véase a este respecto RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. "Sobre el concepto de contrato de adhesión" en *RDBB*, 1994, págs. 1.057 y ss. Señala esta autor: La expresión "contrato de adhesión" me parece que es, al menos en España, un término más doctrinal general se trata, en efecto, de una expresión, acuñada por SAELILLES es a principios del presente siglo y que se ha generalizado posteriormente en la doctrina francesa y en la de nuestro país e, incluso, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la que se designan "aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que el ejercicio de la empresa se realicen" (DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, 4ª edic., Madrid, 1993, pág. 323). Sin embargo, el legislador español apenas utiliza este término, circunstancia que podría dificultar la determinación de las normas legales aplicables para resolver los conflictos a los que puedan jugar el empleo de este tipo de contratos. El fenómeno al que se denomina "contrato de adhesión", suele designarse con otras expresiones, entre las que destaca la de "condiciones generales de los contratos" o "condiciones generales de la contratación".

³³ Como señala la STS 9 de mayo 2013 -cláusula suelo- (Roj: STS 1916/2013), la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener

Ya señalaba GARRIGUES³⁴, que el banco “impone sus condiciones al otro contratante”; “el contrato sigue gozando de las virtudes de un consentimiento, es decir, del concurso de la oferta y la aceptación de que habla el art. 1.262 CC, pero la coincidencia de voluntades sigue aquí un proceso distinto: una voluntad se impone y otra se somete. Se consiente, o mejor dicho, se asiente a una resolución tomada por otro”.

No obstante este tipo de contratación por adhesión tiene también una serie de *límites implícitos* como son el art. 1.256 CC (por cuya virtud la validez y el cumplimiento de los contratos no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes) o el art. 1.288 CC (las cláusulas oscuras de los contratos no podrán beneficiar a la parte que hubiese generado la oscuridad).

Y también *límites explícitos* que en nuestro actual Derecho positivo son, fundamentalmente, los que emanan de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC), de los arts. 80 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –TRLUCU- (cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas con consumidores y usuarios), de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Novación de Préstamos Hipotecarios y de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC) que serán objeto de análisis en esta obra.

diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 (Roj: STS 5966/2012), se trata de un fenómeno que “comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar», diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004 (Roj: STS 900/2009), que “la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad” (párr. 166).

³⁴ *Contratos Bancarios,...*, pág. 41

También pueden considerarse como límites explícitos algunas de las reglas que se contienen en las denominadas "normas sectoriales de transparencia bancaria", esto es, tomando como necesario punto de arranque al art. 48.2 LDIEC, hoy derogado y sustituido por el art. 5 LOSSEC, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que deroga y sustituye las Ordenes de 12 de diciembre de 1989 y 5 de mayo 1994), así como su desarrollo por la Circ. 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (que deroga y sustituye la Circ. 8/1990, de 7 de septiembre y sus numerosas modificaciones). Ejemplos de los límites emanados de estas últimas son las obligaciones de información precontractual y contractual, la obligatoriedad de entrega del documento contractual así como la obligatoria constancia en todo ello de la "tasa anual equivalente" (TAE).

E) FUENTES DEL DERECHO CONTRACTUAL BANCARIO

El Derecho contractual bancario regula las relaciones entre la Entidad de Crédito y los clientes. Para analizar las fuentes del Derecho Contractual Bancario español, seguimos al Prof. ARAGÓN REYES³⁵. El punto de partida es, lógicamente, el texto constitucional de 1978. Así, el artículo 149, en su párrafo sexto, señala que será competencia exclusiva del Estado la contratación mercantil. Asimismo, hay que hacer mención a los artículos 33 (derecho a la propiedad privada), 38 (principio de libertad de empresa) y 128 (iniciativa pública en la actividad económica).

³⁵ ARAGÓN REYES, M.: "Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España" en *Instituciones del Mercado Financiero*, Vol. I (Fuentes, Protección de los Consumidores, Responsabilidad y Nuevos sistemas de Contratación), Dir. A. Alonso Ureba y J. Martínez Simancas, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 11 y ss.

Descendiendo al plano de la Ley ordinaria, habrá que estar al esquema de fuentes de todo contrato mercantil: el art. 50 CCom. De acuerdo con el mismo, “los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, 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”.

Por ello la prelación de fuentes sería la siguiente:

Primero. *Código de Comercio*. El Código de Comercio regula sólo parcialmente algunos de los más significativos contratos mercantiles. Concretamente el depósito (artículos 303 y siguientes); el préstamo (artículos 311 y siguientes) o la fianza (artículos 439 y siguientes). Dado el carácter mercantil de los contratos bancarios, al no existir normas especiales del "depósito bancario", "préstamo bancario" o "fianza bancaria" en el Código de Comercio, a tales contratos bancarios les será de aplicación la disciplina ordinaria de sus homónimos mercantiles, incluyendo la norma genérica del art. 50 del propio Código mercantil.

Los contratos bancarios carecen de regulación específica, aunque aparezcan mencionados en el Código de Comercio (arts. 175, 177, 199, y 212). Hay, pues, ausencia de un régimen jurídico completo y específicamente aplicable a la contratación bancaria como categoría genérica. Dicha ausencia obliga al intérprete y al juzgador a recurrir en el caso concreto, de un lado, a las normas generales de la contratación mercantil (artículos 50 a 63 CCom) y, de acuerdo con el artículo 50 CCom, a las normas generales de contratación del Código Civil (artículos 1254 a 1314 CC). Queda, entonces, justificada la remisión a éstas que ya se ha hecho y que seguirá haciéndose.

De otra parte, la herramienta de la analogía (artículo 4 CC) cobra especial importancia sobre todo cuando se intenta disciplinar una relación negocial de estructura contractual en la que, como en la nuestra, la causa de contratar es la financiación. Siempre, entonces, que exista identidad de *razón* será aceptable la extensión analógica

de, por ejemplo, las normas del préstamo contenidas en el Código de Comercio y, supletoriamente, en el Código Civil.

Segundo. *Leyes mercantiles especiales*. En relación a las mismas el Prof. ARAGÓN REYES pone de manifiesto las siguientes consideraciones:

a) La expresión "Leyes especiales" a que se refiere el art. 50 CCom indica que tales leyes son diversas. Citaremos aquí, como ejemplos, la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio); la Ley 2/1994, de 30 de abril, de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio); el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre o la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

b) Dicha expresión legal incluye no solamente normas con rango de Ley formal, sino también las normas de rango reglamentario. Así se infiere de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional del art. 149.1.6º CE (Sentencia del Tribunal Constitucional -STC- 18/1982; STC 35/1982). Significativo es el caso del artículo 48.2 de la LDIEC (hoy derogado y sustituido por el art. 5 LOSSEC) y su posterior complemento primero por la Orden de 12 de diciembre de 1989 hoy también derogada y sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

c) La expresión "Leyes especiales" del art. 50 CCom incluye normas emanadas no sólo del Estado sino también de las Comunidades Autónomas. Éstas pueden producir normas aplicables a

relaciones mercantiles (Art. 1.5 y 48.3 LDIEC hoy derogados y sustituidos por el art. 5.3 LOSSEC³⁶; STC 34/1981 y STC 14/1986).

Tercero. *Reglas generales del derecho común y usos*. En tercer lugar, y en defecto de las dos anteriores fuentes, habrá que estar a "las reglas generales del Derecho común" y, luego, a los usos mercantiles, o bien primero a los usos y después a las normas generales, según cuál sea la respuesta que se dé al problema de la interpretación conjunta de los artículos 2 y 50 CCom. Cualquiera que sea la solución, si bien había que convenir con GARRIGUES³⁷ en que los usos tenían, en el ámbito del Derecho de la contratación bancaria, un grado superior de relevancia, hoy esto es cada vez menos cierto, si bien como recuerda VICENT CHULIÁ³⁸ algunos han sido recogidos en sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias así como por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS³⁹, en general, se reconoce su identidad con la costumbre civil, por lo que su existencia exige los mismos requisitos: una práctica duradera, la convicción de su obligatoriedad, la aprobación expresa o tácita por el Estado y que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

³⁶ "Las disposiciones que en el ejercicio de sus competencias puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en este artículo no podrán establecer un nivel de protección inferior al dispensado en las normas que apruebe el Ministro de Economía y Competitividad. Asimismo, podrán establecerse con carácter básico modelos normalizados de información que no podrán ser modificados por la normativa autonómica, en aras de la adecuada transparencia y homogeneidad de la información suministrada a los clientes de servicios o productos bancarios".

³⁷ GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios...*, pág. 16

³⁸ VICENT CHULIÁ, F.: "Generalidades sobre el sistema financiero español (características, organización bancaria, fuentes del Derecho en la materia)", en *Contratos Bancarios y Financieros*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pág. 45.

³⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "El Derecho Bancario. Sus fuentes" en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (Dir. U. Nieto). Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 74.

Pues bien, en relación con este esquema básico de las tres fuentes de los contratos bancarios, hay que apuntar, a continuación, las siguientes reflexiones:

1.- Conforme a los arts. 1.091 CC, 1.255 CC y 1.261 CC la primera fuente es siempre la voluntad de las partes, sin la cual no nace el contrato a la vida jurídica. Tal y como pone de manifiesto VICENT CHULIÁ⁴⁰, generalmente los contratos están estipulados a base de condiciones generales redactadas en España aisladamente por cada entidad de crédito, aunque con enormes coincidencias entre ellas, y aplicables en tanto sean aceptadas por ambas partes contratantes.

2.- Conforme al art. 310 CCom cabría deducir que los estatutos de las Entidades de Crédito son fuente de Derecho objetivo, al menos en punto al contrato de depósito bancario de dinero. Sin embargo para la doctrina actual (GARCÍA VILLAVERDE⁴¹ y GARCÍA AMIGO⁴²) el art. 310 CCom está hoy vacío de contenido y es inaplicable.

3.- Finalmente debe subrayarse que al Derecho Contractual Bancario le afectan, de forma indirecta y tangencial, las normas conocidas como "Derecho de la Competencia", a saber: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que deroga y sustituye la de 17 de julio de 1984 y Ley de Competencia Desleal de 10 de enero

⁴⁰ VICENT CHULIÁ, F.: "Generalidades sobre el sistema financiero español (características, organización bancaria, fuentes del Derecho en la materia)" ..., pág. 20.

⁴¹ GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Tipicidad contractual y contratos de financiación" en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, VV.AA. (Coord. A. Alonso Ureba), Civitas, Madrid, págs 14 a 16 .

⁴² GARCÍA AMIGO, M.: "En torno al artículo 310 del Código de Comercio" en *Revista de Derecho Público*, octubre 1964, págs. 386 y ss.

de 1991 vigente tras varias modificaciones la más importante por Ley 29/2009, de 30 de diciembre⁴³.

Tampoco podemos olvidar en este ámbito jurídico, la influencia de las normas comunitarias. Destacaremos las siguientes:

a) La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo modificada por la directiva 2011/90/UE, de la Comisión de 14 de noviembre de 2011, transpuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

b) La Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores transpuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y hoy recogida en los arts 80 y ss del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

c) La Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores que se plasma en nuestro ordenamiento a través de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

d) Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y

⁴³ A este respecto puede verse SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El Derecho de la competencia y la contratación bancaria" en *Seguridad jurídica y contratación mercantil* (Coord. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1994, pág. 271 y ss.

2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 todavía no transpuesta a nuestro Derecho⁴⁴.

Ya ha quedado apuntada la ausencia de una normativa específica de la contratación bancaria con rango formal de ley, lo que ha propiciado que el Derecho contractual bancario se nutra de disposiciones de procedencia administrativa cuya profusión hace necesario proceder a una urgente reordenación y sistematización de la normativa aplicable a los contratos de bancarios. Hasta la fecha la técnica legislativa ha consistido en habilitar al Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Economía y Competitividad) para establecer las normas precisas a las que ha de ajustarse las entidades de crédito en sus relaciones contractuales con clientes (art. 48 LDIEC hoy derogado y sustituido por el art. 5 LOSSEC) para que después aquel confíe al Banco de España el desarrollo ulterior de las disposiciones que le habilite para el para ello (art. 3.1 Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España). En algún caso (p.e. la Ley 1/2013) se ha habilitado directamente al Banco de España⁴⁵.

Como señala AURIOLLES⁴⁶, “esta deslegalización de la materia contractual bancaria ha convertido, de hecho, tanto al Ministerio de Economía y Hacienda como al Banco de España en fuentes materiales de creación del Derecho contractual bancario, con amplias facultades

⁴⁴ De acuerdo con el art. 48 de esta Directiva “los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 21 de marzo de 2016, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión”. Y se aplicarán a partir del 21 de marzo de 2016.

⁴⁵ No obstante, como señala R. ILLESCAS ORTIZ (“Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución”, RDBB 34, abril-junio 1989, pág. 283), todas estas obligaciones emanadas de la normativa de transparencia, no implican la modificación de la naturaleza jurídica de los contratos.

⁴⁶ AURIOLLES MARTÍN, A.: “Capítulo 71. Aspectos Generales de la Contratación Bancaria” en *Derecho Mercantil* (coord. G.J. Jiménez Sánchez), Ariel Derecho, Barcelona, 2006, pág. 469 y ss.

para la fijación de las condiciones mínimas que presidirán la actuación de las entidades de crédito, siempre, claro está, dentro del lógico respeto a la libertad de contratación y a las disposiciones legales de obligatoria observancia (*ius cogens*)". Nos salva, permítaseme esta expresión, que en materia de crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y crédito para financiación de bienes inmuebles de uso residencial hay Directivas Comunitarias que se transponen al Derecho interno mediante normas con rango de ley. No obstante, sin lugar a dudas, se requiere una normativa de la contratación bancaria con rango de ley formal.

Especial referencia hay que hacer a las Circulares del Banco de España y a su consideración como fuente del Derecho contractual bancario. Se ha considerado que estas Circulares tienen naturaleza reglamentaria reconociendo así potestad reglamentaria a esta Entidad. A este respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 135/1992 señaló que "la desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España. Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia [...] tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación".

El Banco de España tiene atribuida potestad normativa en las materias propias de su competencia en virtud de lo establecido en el art. 3⁴⁷ de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de

⁴⁷ De acuerdo con el mismo: "1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.3 el Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 desarrolladas en la sección 1.a y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, que se denominarán «Circulares monetarias».

España. Aunque se ha puesto en cuestión que, mediante estas Circulares puedan dictarse normas que sobrepasan el estricto campo de la organización administrativa, cabe sostener que tales normas pueden producir efectos *ad extra* siempre que se cuenten con la suficiente habilitación legal, se posea la correspondiente competencia y se respete el principio de legalidad y los límites que imponen las materias reservadas a la ley.

No cabe considerar suficiente como título legitimador para que la Circular imponga obligaciones a los particulares, la habilitación genérica contenida en el artículo 3.1 de la Ley 13/1994 (la referida a las "Circulares monetarias"), ya que, al menos en materias reservadas a la ley, no es admisible la figura de la deslegalización sino que se precisa de habilitaciones legales concretas para cada supuesto. Esta habilitación genérica ha de entenderse limitada a la "política monetaria" en sentido estricto, por lo que no puede cubrir la imposición de obligaciones o cargas a los particulares. En cuanto a las demás Circulares, la Ley 13/1994 reconoce, lógicamente, la necesidad de contar siempre con habilitaciones concretas. Cuando se trate de materias reservadas a la ley la norma habilitadora ha de ser necesariamente de rango legal, sin que quepa, en tales materias, las subdelegaciones, o más exactamente, las habilitaciones en cadena: la habilitación legal ha de estar referida, específicamente, al Banco de España.

Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán «Circulares».

2. Unas y otras disposiciones serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil. Se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar. No les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, si bien, en el caso de las «Circulares», deberán ser oídos los sectores interesados”.

Las disposiciones dictadas por el Banco de España serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Además de la competencia sobre régimen disciplinario de las entidades de crédito, el Banco de España ejerce facultades que exceden de esa materia y se enmarca en la más amplia de "ordenación del crédito", y que le corresponden en virtud de una serie de disposiciones legales y, particularmente, de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC) que deroga y sustituye la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y de la Ley 13/1994, de Autonomía de Banco de España. Por las características de esa materia de "ordenación del crédito" en la que no sólo se incluye la regulación de las entidades de crédito sino también de la actividad que desarrollan, es comprensible que a través de las normas sobre ordenación, pueda recibirse en cuestiones que afecten a la contratación. Ello es consecuencia de entrecruzamiento de sectores normativos y de la interrelación entre Derecho público y Derecho privado.

Ahora bien, la "ordenación del crédito" y la "regulación de los contratos bancarios" no forman una sola materia. Las normas sobre ordenación son de Derecho público, que disciplina relaciones entre la Administración y unos sujetos específicos (las entidades de crédito). Las normas sobre contratación lo son de Derecho privado y regulan, no las relaciones de la Administración con las entidades de crédito, sino las de éstas con su clientela. Puede ocurrir, que en un mismo cuerpo legal (así en la propia Ley Disciplina e Intervención) pueden aparecer unas y otras normas, pero ello no hace desaparecer la distinción.

La potestad reglamentaria se encuentra limitada en función de la reserva de ley proclamada por el artículo 53.1 de la Constitución, en cuanto que el establecimiento de límites a la actividad de las entidades de crédito afecta a la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución. En materias reservadas a la ley cabe la regulación reglamentaria pero con unos requisitos y unos límites inesquivables: necesaria habilitación legal que habrá de ser expresa, con atribución concreta al órgano que puede dictar la norma reglamentaria, y con la condición de que la regulación sustancial de la materia ha de encontrarse en la ley,

pudiendo sólo el reglamento completarla en cuestiones adjetivas o de detalle. La ley no puede habilitar al reglamento de manera que éste, a través de "ordenación del crédito", e independientemente de las prescripciones legales, pueda configurar los presupuestos básicos reguladores de derecho de libertad de empresa.

En cuanto a la contratación bancaria, el reglamento se encuentra sumamente condicionado, sin que quepa sostener que aquí es posible el reglamento independiente o la deslegalización. La intervención del reglamento en esta materia, al hilo de la ordenación bancaria, de la regulación de los derechos de los consumidores o usuarios o de otra oportunidad normativa, ni desvirtúa la especificidad de la materia de contratación mercantil ni pone en manos de la Administración un poder normativo autónomo desligado de la ley y menos aún de la Constitución.

Puede así concluirse que los particulares (los clientes de las entidades de crédito) no están vinculados, en modo alguno, por las normas contenidas en las Circulares del Banco de España, cuyo incumplimiento sólo podría dar lugar sanciones para las entidades de crédito, pero no a la nulidad, total o parcial, de los contratos celebrados por dichas entidades con su clientela. En consecuencia, las Circulares no pueden considerarse como fuente de la contratación bancaria.

En este sentido el AURIOLES⁴⁸ entiende que "sólo en los supuestos en que el propio documento contractual se remitiera a las circulares del Banco de España, sus disposiciones serían de aplicación directa por expresa voluntad de las partes. A falta de ese llamamiento específico, 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 (la STS de 11 de julio 1994 niega que las

⁴⁸ AURIOLES MARTÍN, A.: "Capítulo 71. Aspectos Generales de la Contratación Bancaria" ..., pág. 470.

circulares del Banco de España tengan rango de ley y, por tanto, que puedan invocarse como soporte a un motivo racional).

F) CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

Tradicionalmente se han venido diferenciando tres categorías de operaciones/contratos bancarios conforme a su significado crediticio: las operaciones activas, las pasivas y las neutras.

Hay **contrato bancario pasivo** cuando la entidad de crédito capta recursos. Es así el cliente el que, a consecuencia de la relación contractual, adquiere el título de acreedor dinerario de la entidad de crédito. Por el contrario, esta última experimenta el nacimiento a su cargo de una serie de obligaciones de *dar*. El ejemplo que mejor ilustra esta primera categoría es el contrato bancario de depósito dinerario: el cliente entrega dinero a la entidad de crédito depositaria y ésta, adquiriendo la propiedad del numerario depositado, queda obligada a devolver esa misma cantidad y también a pagar a su cliente los intereses que ambas partes hayan convenido.

A tenor del art. 3.1 LOSSEC, “queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas” (antes lo decía el artículo 1.1 del RDLeg 1298/1986, de 28 de junio).

A la inversa, en todo **contrato bancario activo** las obligaciones de pago nacen a cargo del cliente, convirtiéndose la entidad de crédito en acreedor pecuniario, pues es ella la que ahora coloca o invierte recursos, financia y su cliente quien resulta financiado. El paradigma es el contrato bancario de préstamo dinerario: en él, tras recibir el dinero, el cliente bancario se obliga a devolver la misma cantidad recibida y, además, a remunerar a su acreedor/financiador mediante el pago de los intereses convenidos.

“Conceder de créditos por cuenta propia” es otra de las actividades típicas de las entidades de crédito que recoge el citado 1.1 LOSSEC (y antes el mismo artículo del RDLeg 1298/1986, de 28 de junio) al definir las.

En los **contratos bancarios neutros** o accesorios (también denominados **de servicios**) la entidad de crédito queda obligada a *hacer*, a prestar un *servicio* a favor de su cliente, quien paga por ello una comisión. Así, por ejemplo, el contrato de cuenta corriente, en que la entidad presta a su cliente el servicio de caja⁴⁹.

En la práctica muchos contratos bancarios son fuente simultánea tanto de obligaciones de dar (dinero) como de hacer. En todo caso, cualesquiera que sean las obligaciones nacidas, *tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos* (artículo 1.091 CC)⁵⁰.

⁴⁹ GARRIGUES (*Contratos bancarios...*, pág. 122 y 124) define el contrato de cuenta corriente bancaria como contrato de gestión de intereses ajenos, en virtud del cual el banco se convierte en agente de pagos y de cobros de su cliente y en administrador de su dinero, realizando por su cuenta todas las operaciones inherentes al servicio de caja, en el sentido más amplio de esta expresión. Como señala este autor la cuenta corriente bancaria nació en el seno del depósito bancario y como pacto accesorio suyo. Posteriormente, el mecanismo de la cuenta se aplicó también a la apertura de crédito, de manera que la cuenta corriente bancaria vino a servir”. Pero con la evolución de la actividad bancaria, la cuenta corriente fue ganando en la autonomía hasta configurar, en la práctica, lo que para un destacado sector doctrinal constituye una figura contractual autónoma.

⁵⁰ A estos efectos es interesante recordar la relación que hace el Anexo de la LOSSEC al que se remite el art. 12.1 (antes estaban relacionadas en el art. 52 LDIEC) de las actividades y, por tanto, de las operaciones y contratos que pueden realizar en España cualquier entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea:

1. Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables.
2. Préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el forfaiting).
3. Arrendamiento financiero.
4. Servicios de pago, tal como se definen en el artículo 1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Esta clasificación es la comúnmente utilizada por la doctrina⁵¹ siguiendo al maestro GARRIGUES⁵² que toma como base la clasificación de las operaciones bancarias desde el punto de vista del sujeto de la concesión del crédito que, como ya hemos visto, es el objeto esencial de los contratos bancarios. Este mismo autor la defiende de las críticas señalando que “se hace precisamente tomando al banco como punto de referencia, y siendo esto así es imposible que una misma operación sea al propio tiempo activa y pasiva”. Para añadir que esta “clasificación tradicional” que él adopta lo hace “precisamente porque se basa en un criterio jurídico y no económico”. Yo me permito añadir que coincide con el criterio económico por eso a veces se puede leer u oír la distinción entre contratos/operaciones “de activo” y “de pasivo” atendiendo a un

5. Emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando dicha actividad no esté recogida en el punto 4.
6. Concesión de garantías y suscripción de compromisos.
7. Transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto cualquiera de los siguientes instrumentos:
 - a) Instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etcétera).
 - b) Divisas.
 - c) Futuros financieros y opciones.
 - d) Instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés.
 - e) Valores negociables.
8. Participación en las emisiones de valores y prestación de los servicios correspondientes.
9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas.
10. Intermediación en los mercados interbancarios.
11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios.
12. Custodia y administración de valores negociables.
13. Informes comerciales.
14. Alquiler de cajas fuertes.
15. Emisión de dinero electrónico.

⁵¹ TAPIA HERMIDA, A.J: *Derecho Bancario*. Ed. Cálamo, Barcelona, 2002. págs. 128 a 130.

⁵² GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios...*, pág. 29 y ss.

criterio contable, precisamente porque las primeras se reflejan en el activo del balance de las entidades de crédito (donde figuran sus bienes y derechos o, si se prefiere, el destino de los fondos) y las segundas en el pasivo (que recoge sus deudas y obligaciones o el origen de los fondos). En el activo está la inversión y en el pasivo la financiación de la entidad.

Como señala CORTÉS⁵³, la clasificación tradicional debe ser revisada. Por una parte, “tanto la noción de colocación o inversión cuanto la de captación de recursos son muy genéricas, y podrían en rigor comprender a todas las operaciones realizadas por estas entidades, lo que acabaría por desbordar la extensión propia del concepto”. Por otro, “es evidente que en la actualidad los «servicios bancarios» no pueden reconducirse, ni comprenderse, bajo el genérico y marginal epígrafe de «operaciones accesorias». Por todo ello, entiende este autor que es “más adecuado hablar de contratos u operaciones de financiación, de contratos u operaciones de captación de pasivos y de servicios bancarios de pago, de custodia o garantía”. Además de los referidos, las entidades de crédito pueden prestar “servicios de inversión, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello”.

Modernamente algunos autores (VERDERA⁵⁴, TAPIA HERMIDA⁵⁵, BONET SÁNCHEZ⁵⁶) han introducido la noción de “*parabancariedad*”.

⁵³ CORTÉS, L.J.: “Capítulo 74. Contratos Bancarios (I)” en *Curso de Derecho Mercantil II* (Dir. R. Uría y A. Menéndez), Civitas, Madrid, 2001, pág. 503.

⁵⁴ VERDERA TUELLS, E.: “Las actividades parabancarias. Innovación y desintermediación en el sistema financiero español” en Restuccia, G. “Altivita parabancaria. Esperienze e prospettive”, Milán, 1987, pág. 143 y ss. Citado por TAPIA HERMIDA, A.J., “Tema III. El concepto y la clasificación de los contratos bancarios” en *La Contratación Bancaria* (Dir. A. Sequeira, E. Gadea y F. Sacristán), Dykinson, 2007, pág. 140.

⁵⁵ TAPIA HERMIDA, A.J., “Tema III. El concepto y la clasificación de los contratos bancarios” en *La Contratación Bancaria* (Dir. A. Sequeira, E. Gadea y F. Sacristán), Dykinson, 2007, pág. 140.

Con la expresión *contratos parabancarios* se quiere dar cabida a una serie de contratos que no han estado dentro de la clásica actividad bancaria pero que la enorme *vis atractiva* que tienen las entidades de crédito ha hecho reconducirlas a su actividad ordinaria, unas veces actuando directamente y otras a través de filiales. Este tipo de actividades “parabancarias” tienen su origen tanto en la búsqueda por parte de estas entidades de nuevos sectores de negocio, como por la demanda de su clientela de nuevos servicios. De todas formas, en mi opinión, a la vista de la evolución legislativa, más bien habría que hablar de “bancarización” del sistema financiero. Por su parte, BONET SÁNCHEZ entiende que lo parabancario es “una noción meramente descriptiva de una apertura a la competencia general en el seno del sistema financiero”

Esta expansión se produce hacia sectores como el del Mercado de Valores, al amparo de las amplísimas posibilidades que les reconocía a las entidades de crédito la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, aún mayores desde su reforma por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre y de otras posteriores. Aquí se pueden incluir la canalización de órdenes de Bolsa o contratos como el de depósito, administración y gestión de valores negociables. Cabe decir lo mismo respecto a sectores como el de la distribución de seguros tras la Ley de 30 de abril de 1992, de mediación de seguros privados, hoy derogada y sustituida por la vigente Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados. En ambos casos estaríamos ante operaciones/contratos de servicios o de intermediación.

Dentro de esta categoría de “parabancarios” dos son los contratos de naturaleza crediticia (que calificaríamos de “activos”) más importantes: el leasing y el factoring.

⁵⁶ BONET SÁNCHEZ, J.I.: “El contrato bancario” en *Contratos Bancarios y Parabancarios...*, pág. 89.

3.- CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN

Hasta aquí ya hemos delimitado uno de los elementos del objeto de nuestro estudio: los contratos bancarios. Y al estudiar su clasificación podemos delimitar en cuáles de esos contratos vamos centrarnos: los contratos bancarios “activos” o “de financiación”. Utilizaremos esta última expresión por ser más descriptiva (incluso más comprensible para aquéllos que no están familiarizados con la terminología utilizada en la contratación bancaria)⁵⁷.

Siguiendo a CORTÉS⁵⁸, los contratos de financiación pueden clasificarse de acuerdo con varios criterios: a) Según su destino, se distinguen las operaciones de *crédito consuntivo* para la satisfacción de necesidades de índole personal o familiar, y de *crédito productivo* o empresarial, que, a su vez, pueden serlo de explotación o circulante, para financiar activos de esta clase; o de inversión, destinados a la financiación del inmovilizado. b) En atención al sector al que se dirigen o destinan los recursos, puede diferenciarse las operaciones realizadas con el *sector público* de las realizadas con el *sector privado* y el *exterior*. c) En función de la moneda que se utiliza pueda hablarse de operaciones *en moneda propia* (en nuestro caso el euro) o de operación *en divisas*. d) Por el plazo de vencimiento se clasifican en operaciones a *corto* (hasta un año), *medio* (entre uno y tres años) y *largo plazo* (más de tres años).

Desde el punto de vista económico los créditos al consumo suelen ser a corto plazo, al igual que la financiación de las operaciones empresariales de circulante. Por su parte, las operaciones productivas de inversión lo son a largo plazo como lo son las de financiación de la adquisición de determinados bienes por particulares como los inmuebles.

⁵⁷ A la vista del APCM serán contratos financieros aquellos en los que una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria. Se incluyen así tanto los contratos activos como pasivos.

⁵⁸ CORTÉS, L.J.: “Capítulo 74. Contratos Bancarios (I)” en *Curso de Derecho Mercantil II...*, pág. 505.

Dentro de este grupo de contratos de financiación serán objeto de nuestro estudio, el préstamo⁵⁹, la apertura de crédito⁶⁰ y el descuento⁶¹ que son los tipos básicos y las modalidades clásicas de los contratos bancarios activos. También son las formas más importantes de financiación de empresas y particulares. Y debemos añadir a nuestro estudio dos más que hemos calificado de “parabancarios”: el leasing y el factoring.

Tienen la consideración de contratos de arrendamiento financiero (*leasing*) aquéllos que tienen por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de unas cuotas e incluye, necesariamente, una opción de compra, a su término, en favor del usuario. Este tipo de contratos estaban reservados para las sociedades de arrendamiento financiero, pero, a partir del uno de enero de 1990, en virtud de la disposición adicional 7ª.10 de la Ley 26/1988, de 29 de junio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, pueden ser también realizados por las entidades de crédito. Esta última disposición ha sido derogada y sustituida por la disp. adic. 3ª LOSSEC.

⁵⁹ El préstamo bancario de dinero es el contrato por el que el banco prestamista transmite la propiedad de una suma de dinero al cliente prestatario, quien se obliga a restituirla y abonar los intereses pactados”. TAPIA HERMIDA, *Derecho Bancario...*, pág. 178.

⁶⁰ “Contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado, y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permita obtenerlo al cliente” (GARRIGUES, *Contratos Bancarios...*, pág. 185.)

⁶¹ “Contrato por el que el descontante se obliga a anticipar al descontatario el importe de un crédito dinerario, contra tercero y de vencimiento futuro pero determinado (o, por excepción, determinable), a cambio de la detracción de un *interussurium* y eventuales comisiones, y de la enajenación a su favor del mencionado crédito, asumiendo el descontatario la obligación subsidiaria de restitución” (GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: *El Contrato bancario de descuento*. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1990., p. 86).

En cuanto al *factoring*⁶², es un contrato en cuya virtud el cliente cede sus créditos comerciales al factor (en este caso a la entidad de crédito) a cambio de una remuneración porcentual sobre el importe del volumen de créditos, prestando a cambio servicios de investigación, control y cobro de los créditos cedidos, asumiendo, en ciertas condiciones, el riesgo de insolvencia sobre los deudores, pudiendo, previo concierto con el cliente, llevar a cabo un anticipo sobre el importe de los créditos cedidos, cobrando por ello, además, un interés.

Estas operaciones que de siempre han podido ser realizadas por las entidades de crédito no lo fueron hasta los años noventa y, al igual que el leasing, eran más propias de los establecimientos financieros de crédito (cuya denominación era, en su momento, entidades de crédito de ámbito operativo limitado).

Antes de continuar y habiendo ya visto lo que es el contrato de “apertura de crédito” hagamos una precisión terminológica. En adelante, cuando hablemos de *crédito* entenderemos que se refiere a toda operación o contrato por el que la entidad de crédito concede financiación a cambio de una remuneración⁶³.

⁶² Es definido por la sent. A.P. de Madrid de 20 de junio de 1995 de la siguiente forma: “Por el contrato de factoring, figura atípica en el que adquiere especial relevancia la autonomía de la voluntad, el cliente cede o se obliga a ceder al factor todos los créditos presentes o futuros nacidos de las ventas realizadas o por realizar, así como los servicios prestados o por prestar, a la clientela actual o potencial del cliente, en contraposición de lo cual recibe una remuneración (tarifa de factoraje e intereses por anticipo, en su caso)”.

⁶³ En sentido similar el art. 1.1 LCCC establece que “por el contrato de crédito al consumo un prestamista 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”.

4.- CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN

Siguiendo con la delimitación del ámbito de este estudio y teniendo ya los contratos bancarios concretos en los que se centra, hay que dar un paso más. No se van a analizar individualmente todos los contratos citados, cada uno de los cuales podría ser objeto de un estudio independiente, sino que se va a hacer un estudio de la normativa que afecta al contenido económico de todos ellos. Tenemos pues que concretar qué se entiende por “contenido económico”.

El Diccionario de la Real Academia Española (vigésimo segunda edición) define “económico” como “perteneciente o relativo a la economía”. Y “economía” en su tercera acepción como “la Ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos” y en su primera acepción como “administración eficaz y razonable de los bienes”.

Nosotros, en una primera aproximación, cuando nos referimos a “contenido económico del contrato” estamos haciendo mención a todos los elementos que determinan las obligaciones de pago por parte del deudor del crédito, en definitiva, a todos los factores de coste directamente relacionados con la obtención del crédito.

No hay ningún precepto legal que defina o delimite el “contenido económico” de un contrato. Sí hay un precepto, el art. 6 LCCC (que estudiaremos en su momento), que lleva la denominación “contenido económico del contrato” (obviamente en relación a los contratos de crédito al consumo) y que puede apuntarnos los elementos que delimitan ese contenido y que son: el importe total del crédito, el coste total del crédito y el importe total adeudado que es la suma de los dos anteriores.

Además, la letra a) de este precepto entiende por coste total del crédito (obviamente para el consumidor) “todos los gastos,

incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios”.

Por último, el precepto incluye otros términos muy importantes como son el de “tipo deudor” (“tipo de interés”), necesario para el cálculo de los intereses que son la principal retribución por el crédito recibido, y el de tasa anual equivalente (TAE) que es el coste total del crédito expresado como porcentaje anual del importe del crédito concedido.

Podemos con estos “mimbres” determinar qué vamos a considerar “contenido económico” del contrato bancario de financiación: los elementos que determinan el contenido obligacional, por tanto, obligaciones y derechos tanto del deudor como del acreedor, referidos a la retribución para el acreedor y al coste para el deudor que traigan causa directa en el crédito. Distinguimos entre “retribución” y “coste” porque no son coincidentes ya que hay gastos para el deudor que no son ingreso para el acreedor. El propio art. 6.a) LCCC lo deja claro al definir “coste total del crédito”; además de los gastos por intereses y comisiones hace mención a “cualquier otro gasto” y, en especial, a los impuestos (que lógicamente no son ingreso del acreedor) y al coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, servicios que muchas veces (nunca en el caso de los seguros) no presta directamente el concedente del crédito.

Nosotros, con carácter general, no estudiaremos la regulación de determinados costes del deudor como los impuestos, los aranceles de notarios y registradores y los derivados de servicios accesorios prestados por terceros aunque sí haremos referencia

expresa a ellos en los casos en los en que la legislación incluya todos o algunos de ellos o sean imprescindibles para la concesión del crédito.

Por tanto, continuando con la delimitación del objeto del presente estudio, dentro de los contratos bancarios de financiación vamos a centrarnos en su contenido económico, entendiendo por tal los derechos y obligaciones de las partes referentes a la retribución y los costes derivados directamente de la concesión del crédito. En terminología bancaria estamos refiriéndonos a intereses, comisiones, servicios bancarios vinculados al crédito y, en determinados casos, a los gastos repercutibles.

5.- TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA

Ya ha quedado determinado el objeto del estudio. Pero conviene resaltar, y así se hace en el título de este trabajo, que dentro de la regulación del contenido económico de los contratos bancarios de financiación haremos especial referencia a la normativa de transparencia y protección de la clientela.

Muchas veces ambas expresiones se toman como análogas aunque hay sustanciales diferencias. La propia exposición de motivos de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, denominada precisamente de “transparencia y protección del cliente de servicios bancarios” incurrir en esa misma confusión al decir: “la *transparencia* en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de *protección para los clientes* que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente”.

Evidentemente la “transparencia”, en cuanto dota de mayor grado de información a la otra parte contratante, sirve para proteger a la clientela bancaria que, con carácter general, tiene un menor grado de formación e información jurídica y financiera que los que actúan en nombre y representación de las entidades de crédito. Se produce lo que la citada exposición de motivos llama “asimetría de información” (nosotros añadimos también “asimetría de formación”) que es una forma eufemística de reconocer el absoluto desequilibrio que se produce entre la entidad de crédito y el cliente. Pero la “transparencia” no sólo beneficia a la otra parte contratante; beneficia a todo el mercado bancario porque lo hace más eficiente.

Pero no toda norma destinada a proteger al cliente bancario tiene que ver con la transparencia. Veamos pues la diferencia.

A) CONCEPTO DE TRANSPARENCIA

Según el Diccionario de la Lengua Española (23ª edición), “transparencia” es “cualidad de transparente” y “transparente” se define como “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”⁶⁴. Por transparencia debemos entender, pues, “claridad” y lo asimilamos a máxima información, en nuestro caso, sobre el contenido de la “operación crediticia”. Y aquí utilizamos esta expresión más amplia que la de “contrato crediticio” porque la transparencia va a ser exigible tanto en la publicidad, como en la fase precontractual y contractual, así como durante la vigencia del contrato (liquidaciones periódicas, en su caso, consecuencia del mismo)

La propia legislación utiliza unas veces el término “transparencia” y otras “claridad” (art. 1.281 CC: “Si los términos de un contrato son *claros* y no dejan duda sobre la intención de los

⁶⁴ Significado que se deriva de su significado etimológico (del latín *trans*, a través, y *parens*, *parentis*, que aparece).

contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas). Y como opuesto a “claridad” utiliza el término de “oscuridad” (así el art. 1.288 CC: “las cláusulas oscuras de los contratos no podrán beneficiar a la parte que hubiese generado la oscuridad”).

Por su parte el art. 5.5. LCGC utiliza ambos términos, “transparencia” y “claridad”, como diferentes al establecer que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA⁶⁵, no faltan autores que entienden que la “claridad, concreción y sencillez” no son sino manifestaciones del principio de transparencia. Esta autora entiende que “el concepto de transparencia se encuentra estrechamente vinculado al de información y presupone una situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes, cual sucede típicamente en los contratos de adhesión. Y cita a MINERVINI para quien “el término transparencia es un modo *riassuntivo* (“resumido”) para expresar el concepto de información completa y adecuada y debe entenderse como plena cognoscibilidad de las condiciones de las condiciones contractuales”⁶⁶.

En efecto, la finalidad de la transparencia es el adecuado conocimiento de los derechos y obligaciones que se derivan o que se van a derivar de una determinada posición contractual. Y las normas de transparencia contemplan la información que debe proporcionar, en nuestro caso, la entidad de crédito, tanto en cuanto al contenido de la información como al momento y la forma de ésta.

Y puede utilizarse el término “transparencia” tanto en relación con una cláusula concreta como en relación a todo el contrato. Una cláusula con una redacción clara, sencilla y fácilmente

⁶⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999, pág. 186.

⁶⁶ MINERVINI, E.: “La trasparenza delle condizioni contrattuali, en BBTC, 1997, pág. 96.

comprensible es transparente. Pero un contrato excesivamente extenso, con abundantes cláusulas que pueden en sí mismas considerarse transparentes aunque, tal vez, innecesarias, obligan a una lectura íntegra y pormenorizada de todo el contrato que, en su conjunto, puede ya no considerarse como “transparente”. Incluso el propio formato físico del contrato o el tipo y tamaño de la letra pueden hacer llevar a esa misma consideración del contrato.

En definitiva, cuando hablamos de transparencia nos referimos a la posibilidad de poder conocer y comprender, esto es, acceder fácilmente al contenido de la posición contractual, en nuestro caso, de la parte más débil que es el cliente bancario.

Como señala MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA⁶⁷, dentro de una nueva concepción del derecho de la contratación, dominado por los contratos en masa, la abundancia de los bienes y servicios, la complejidad de los mercados, así como la alta tecnología utilizada en los procesos de producción, adquiere una importancia vital el tema de la transparencia informativa, que permite al consumidor elegir, dentro de este mercado tan complejo, los productos y servicios que más le convenga para satisfacer sus necesidades. Presupuesto básico para esa libertad de elección es que se trate de un mercado transparente, en el que el juego de la libre competencia esté establecido no sólo en beneficio de las empresas sino también en los consumidores, convirtiendo a estos últimos en los árbitros del sistema del mercado.

Esta idea de la “transparencia” como máxima información es también un concepto económico. En Teoría de la Microeconomía se habla de “transparencia” como uno de los requisitos para poder definir un mercado como de “competencia perfecta”; y se asimila el

⁶⁷ MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L: “El derecho a la información de la clientela en las entidades de crédito. Orden ministerial del 12 diciembre 1989 y circular 8/90 del Banco de España”, RDBB julio-septiembre 1993, pág. 764.

término a “información perfecta” o “conocimiento perfecto”⁶⁸ (los otros requisitos son: los oferentes y demandantes son precio-aceptantes –otros autores⁶⁹ lo denominan “pequeñez del comprador o vendedor con relación al mercado-, producto homogéneo –por ello los compradores se muestran indiferentes en cuanto a la empresa a la que compran- y libre movilidad de recursos -ausencia de restricciones de entrada y salida del mercado). Y, desde el punto de vista teórico, el mercado de competencia perfecta es el que obtiene una mayor eficiencia en la asignación de recursos.

A este mismo sentido económico de “transparencia” parece referirse expresarse la que podríamos denominar exposición de motivos de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre al decir: “La transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente”.

B) PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA

La expresión “protección de la clientela” es más amplia que la de “transparencia”. Como ya hemos señalado, esta última es una forma de protección del cliente pero no la única.

Normas de protección de la cliente son también aquellas que dan cauces a las reclamaciones de los clientes como es el caso del

⁶⁸ FERGUSON, C.E.: *Teoría Microeconómica*, 2ª ed. en español de la 4ª en inglés, Ediciones Fondo de Cultura Económica España, Madrid, 1981, págs. 228 y ss.

⁶⁹ LEFWITZ, R.H.: *Sistema de precios y asignación de recursos*, edición en español Editora Importécnica S.A., Madrid, 1975, pág. 24)

Servicio de Reclamaciones del Banco de España creado por la OM de 12 de diciembre de 1989 y hoy, tras lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁷⁰ y el art. 31 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de

⁷⁰ Artículo 30. *Presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.-*

1. Los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones atenderán las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

Los servicios de reclamaciones atenderán también las consultas que formulen los usuarios de servicios financieros sobre las normas aplicables en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para el ejercicio de sus derechos.

La organización y el funcionamiento de los servicios de reclamaciones se ajustarán a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

Los servicios de reclamaciones funcionarán bajo el principio de ventanilla única, debiendo remitir al competente las reclamaciones que no sean de su competencia. Los servicios de reclamaciones informarán a los servicios de supervisión correspondientes cuando aprecien indicios de incumplimientos graves o reiterados de las normas de transparencia y protección a la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros por parte de una misma entidad.

2. Los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones resolverán las quejas y reclamaciones a las que se refiere el apartado anterior, mediante informes motivados, que no tendrán en ningún caso carácter de acto administrativo recurrible.

3. El Ministro de Economía y Hacienda desarrollará el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que deberá ajustarse a las siguientes reglas:

a) Para la admisión y tramitación de reclamaciones será imprescindible acreditar haberlas formulado previamente, por escrito, dirigido al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al Defensor del Cliente de la entidad contra la que se reclame. Éstos deberán acusar recibo por escrito de las reclamaciones que se les presenten y resolverlas o denegarlas igualmente por escrito y motivadamente. Asimismo, el reclamante deberá acreditar que ha transcurrido el

Economía Sostenible (que se limita a decir que ejercerá “sus facultades en materia de protección de los usuarios de servicios” bancarios), regulado su procedimiento por la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en su Capítulo III (“Mercados Financieros”) y dentro de la sección 1.ª (“Transparencia y gobierno corporativo”) incluyó en el número 2 del art. 29 (“Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros”) otra forma de protección de la clientela, que también lo es para la propia entidad de crédito y, en ambos casos, frente a sí mismas, al regular la “concesión responsable de préstamos y créditos”. Hoy este art. 29.2 ha sido derogado y sustituido por el art. 5.2 LOSSEC que establece que “en la comercialización de

plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación sin que haya sido resuelta o que ha sido denegada la admisión de la reclamación o desestimada su petición.

b) Recibida la reclamación por el servicio de reclamaciones competente por razón de la materia se verificará la concurrencia 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 le tendrá por desistido de su reclamación.

c) Formulado el correspondiente informe, y si éste fuera desfavorable a la entidad reclamada, ésta estará obligada a informar al servicio de reclamaciones competente si ha procedido a la rectificación voluntaria en un plazo no superior a un mes desde su notificación.

4. El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones publicarán anualmente una memoria de sus respectivos servicios de reclamaciones en la que, al menos, deberá incluirse el resumen estadístico de las consultas y reclamaciones atendidas y los criterios mantenidos por dichos servicios, en relación con las materias sobre las que versan las reclamaciones presentadas, así como las entidades afectadas, con indicación en su caso del carácter favorable o desfavorable del informe.

préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:

a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.

c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.

e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.

f) El respeto de las normas de protección de datos”.

Sin lugar a dudas estas normas protegen a la propia entidad salvaguardando su solvencia estimulando un comportamiento prudente a este respecto, pero también protegen al cliente ya que al valorar su solvencia y su capacidad de pago (o riesgo de impago) y la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, se le protege de posibles futuras circunstancias que afecten de forma grave a su situación personal o familiar.

Tampoco podemos olvidar que también es una normativa de protección del cliente bancario la que regula el uso de condiciones generales en los contratos lo que ocurre siempre en la contratación bancaria, y también lo es la que establece límites respecto a las cláusulas no negociadas individualmente e impide el uso de cláusulas

abusivas con consumidores y usuarios o la que regula específicamente los contratos de crédito con éstos.

En fin, también pueden considerarse normas de protección de la clientela todas aquellas destinadas a restringir la libertad de las entidades de crédito en la fijación de comisiones, incluso, a veces, en el tipo de interés estableciendo prohibiciones o importes máximos. Así, la prohibición de la exigencia de determinadas comisiones (p.e. comisiones de amortización anticipada en los préstamos y créditos con garantía hipotecaria de vivienda) o la fijación de un importe máximo (p.e. en las comisiones de novación por ampliación de plazo o de subrogación activa -por cambio de acreedor- en los préstamos hipotecarios) o la prohibición del redondeo al alza en determinadas circunstancias tal como establece la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero o limitar el interés de demora como ocurre en los supuestos establecidos por la Ley 1/2013, de Protección de los Deudores Hipotecarios.

Llegado este momento sí que conviene hacer una reflexión en cuanto a las consecuencias indeseadas del establecimiento de normas de transparencia y de normas de protección de la clientela. Respecto a las primeras pueden encarecer el coste de la financiación en la medida que las entidades de crédito ven incrementados sus propios costes por la documentación que deben entregar a los clientes y por la información periódica que deben suministrar; y, desde luego, lo repercuten sobre sus clientes en forma de mayores intereses y comisiones. De aquí les ha venido a muchas entidades la idea de “crear” determinadas comisiones como, por ejemplo, la una “comisión por gastos de correo”.

Pero respecto a algunas normas de protección de la clientela bancaria sí que podemos decir que en algunos casos han producido un “efecto perverso”, esto es, el contrario al deseado. Veamos dos ejemplos. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre hace desaparecer para determinados supuestos la comisión por amortización anticipada y “crea” la “compensación por desistimiento” limitándola al 0,50% del capital amortizado durante los cinco primeros años de vida del

préstamo y al 0,25% a partir de ese momento. Pues bien, lo que en la situación anterior estaba muy extendido y era beneficioso para el cliente, la fijación de una comisión de amortización total pero la exención de la misma en las amortizaciones parciales, ahora se ha sustituido por la fórmula “legal” de forma que, en la práctica, se ven muy pocas escrituras de préstamo hipotecario donde estén exentas de coste para el prestatario las amortizaciones anticipadas parciales.

Otro ejemplo sería la reciente limitación del tipo de interés de demora en los préstamos para adquisición de vivienda a tres veces el interés legal para los supuestos de préstamos hipotecarios cuya garantía es una vivienda (nueva redacción del art. 114 LH dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo). La consecuencia ha sido que las entidades que tenían intereses de demora inferiores los han sustituido por el máximo legal, lo que implica que en estos casos el tipo de interés de demora ha subido.

6.- CONTRATOS Y OPERACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

Con el ánimo de reducir el ámbito de este estudio, ya de por sí bastante amplio, uno de los contratos que excluiríamos de nuestro análisis es el de los préstamos de financiación tanto a vendedor como a comprador para las ventas a plazos que se encuentran regulados por la Ley 28/1988, de 13 de julio, de Venta a plazos de Bienes Muebles.

También excluiríamos los denominados “contratos de crédito vinculados” entendiéndolos por tales los que sirven exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo y que se encuentran regulados en el art. 29 LCCC.

Y dado que vamos a centrar este estudio, por la mayor proximidad profesional de su autor, en la contratación escrita y

presencial, excluiríamos también lo referido a los contratos bancarios electrónicos regulados por la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores aunque en el algún momento podamos hacer referencia a esta norma⁷¹.

7.- METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22ª edición) define la palabra *ciencia* (del latín *scientia*) como “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales”. Y conocimiento es la “acción y efecto de conocer”, entendiendo por *conocer* (del latín *cognoscere*) “averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas”. El *conocimiento científico* es el que se obtiene mediante procedimientos que forman parte del método científico y se obtiene de manera intencional a partir de problemas que se plantea el ser humano sobre la realidad.

Metodología es el “conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal” y por *método* (del latín *methodus* y éste, a su vez, del griego *μέθοδος*) se entiende el “procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla”, concepto que se deriva precisamente de las raíces de este término (*μέθο* y *οδος*): *meta*, “más allá” y *odos*, “camino”. Y “cuando hablamos de *metodología jurídica*, fundamentalmente nos estamos refiriendo al estudio y análisis del procedimiento para poder determinar cuál es la respuesta jurídica para el caso que estamos analizando”⁷².

⁷¹ A este respecto puede verse MARIMÓN DURÁ, R.: *La tutela del Usuario en el Contrato Bancario Electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

⁷² MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 22. Citado por M. SÁNCHEZ ZORRILLA: “La metodología en la

Pues bien, aquí nos corresponde señalar cuál ha sido ese “camino” para realizar el análisis del objeto⁷³ de este estudio que ya hemos determinado anteriormente (contenido económico de los contratos bancarios de financiación). En definitiva, qué “camino” hemos seguido en nuestra investigación. Porque en eso consiste “investigar”: en, primero, buscar esos “caminos” que conducen a un fin, luego recorrerlos, y así poder describir lo hallado y al término al que se ha llegado (eso es una “conclusión”: “fin y terminación de algo”).

Nosotros, en primer lugar, hemos “buscado” la legislación aplicable a los contratos bancarios, sin olvidar, con carácter previo, la existencia de una regulación general aplicable al Derecho Contractual. Precisamente por esto, yendo de lo general a lo específico, y dada una de las características fundamentales de los contratos bancarios, se hará necesario estudiar la regulación de las disposiciones que afectan a los contratos de adhesión, sean o no de naturaleza bancaria, que tienen una legislación tuitiva de todo adherente, sea persona física o jurídica, por estar basados en condiciones generales y, por tanto, cláusulas no negociables. Analizaremos si esta normativa es aplicable a la contratación bancaria como paso previo a su estudio.

Y aquí, habrá que dar un paso más porque, a su vez, hay otra normativa específica que es transposición de la Directiva europea de cláusulas abusivas y que afecta a aquellas condiciones contractuales no negociadas individualmente en las que concurra un consumidor o usuario. Y, como ya se ha visto, los clausulados de los contratos bancarios están formados por condiciones impuestas.

investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2011, www.rtf.d.es, pág. 329.

⁷³ La palabra *objeto* (del lat. *obiectus*) tiene varias acepciones que serían aquí aplicables: “todo lo que puede ser materia de conocimiento...”; “fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”; y “materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio.

Por otra parte, ya hemos visto que la contratación bancaria es un sector de la contratación carente de regulación sustancial específica. Pero sí existe, y precisamente respecto a una parte del objeto de nuestro estudio, una normativa administrativa referente a la transparencia y protección de la clientela bancaria. Hay que señalar a este respecto que este tipo de normativa afecta, fundamentalmente, a todos los factores de coste de la financiación. Su evolución histórica y el contenido de la normativa vigente (incluso futura, en materia de financiación de bienes inmuebles de uso residencial), será una parte importante de nuestro estudio.

Pero después hay que salir del ámbito estrictamente bancario para estudiar la normativa aplicable a toda “relación crediticia”, sea quien sea el empresario financiador, en la que concurra un consumidor o usuario, que deriva del ámbito comunitario con su consiguiente transposición a nuestro Derecho interno. Aquí deberemos analizar, previamente, su aplicabilidad a la contratación bancaria para luego estudiar su contenido. También debemos adentrarnos en la evolución histórica de esta normativa habida cuenta de las sucesivas modificaciones con sus consiguientes transposiciones al Derecho interno.

Tras la determinación de la normativa, ciertamente dispersa, aplicable al objeto de nuestro estudio, hemos procedido a su análisis para lo que, como no puede ser de otra forma, se ha realizado primero una búsqueda de la literatura jurídica que directa o indirectamente aborda el tema y, obviamente, de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Se sigue, así, los dos tipos de metodología en el Derecho: la *metodología judicial* y la *metodología dogmático-académica*⁷⁴ que ya en su momento

⁷⁴ Dentro de la cual se puede distinguir el *método dogmático* (se pretende ordenar el Derecho en un sistema de conceptos axiológicamente neutrales cuyo resultado es la decisión del caso concreto), *exegético* (se busca el análisis, explicación e interpretación de las normas) y *hermenéutico* (establece principios, métodos y reglas que son necesarios para revelar el sentido de lo que está escrito). Para distinguir estos dos últimos podemos acudir a J.M^º MARTÍNEZ (*Hermenéutica Bíblica*, edit CLIE, Madrid, 1984, pág. 17): “la exégesis se usa para presentar la

expusiera K. LARENZ⁷⁵, y que se proyectan en los dos tipos de investigación jurídica. Esta última también llamada *investigación jurídico-pura*⁷⁶ para distinguirla de la *investigación jurídico-social*⁷⁷ y de la *jurídico-filosófica*⁷⁸.

A través del estudio de la doctrina y la jurisprudencia, el contraste, en su caso, de las distintas opiniones de los autores y de los órganos jurisdiccionales (*método dialéctico*), del propio análisis que realice de este investigador y por qué no decirlo, de su propia experiencia profesional, saldrá el análisis y la crítica de la regulación aplicable y de su interpretación, incluso propuestas *de lege ferenda*. Y aunque todo investigador pretenda ser “objetivo”, y también quien suscribe, no es menos cierto que la condición de “profesional”, inescindible de aquélla, permite la observación práctica de la aplicación de las normas y sus consecuencias personales y sociales. Y si es que si es que existe la “investigación jurídica-pura”, en nuestro caso no se da, ni se ha pretendido, porque entendemos el Derecho como ciencia social viva y, por tanto, evolutiva (del aforismo romano *ubi societas ubi ius* hay que deducir hoy la interrelación entre una y

práctica de la interpretación del texto, mientras que la hermenéutica determina los principios y reglas que deben regir la exégesis”. Para ello, la hermenéutica tiene un conjunto de reglas o principios a tener en cuenta: Contexto, Gramática, Semántica, Sintaxis y Circunstancias Históricas (OSBORNE, G.R.: *The hermeneutical spiral*. Illinois, EE.UU., 1991). Ambos autores citados por SÁNCHEZ ZORRILLA: “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho” ..., pág. 341.

⁷⁵ SALAS, M.E.: “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2009, www.rtfed.es, pág. 208.

⁷⁶ SÁNCHEZ ZORRILLA, M.: “Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, www.rtfed.es, pág. 302-306.

⁷⁷ Se centran en el funcionamiento en la sociedad de las normas jurídicas.

⁷⁸ Se preocupan de la relación entre el derecho, la moral y la ética.

otro) y que afecta de forma muy directa, en algunos casos, dramática, a los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto.

En otro orden de cosas, lo pretendidamente novedoso del presente estudio es su carácter transversal. Significa esto que frente a los estudios que analizan un tipo concreto de contrato bancario (préstamo, apertura de crédito...) o un grupo de contratos a los que se les aplica una normativa específica (p.e. los contratos de crédito al consumo), nosotros vamos a analizar la normativa que afecta al contenido económico de todos los contratos bancarios de financiación, con independencia de quien sea el sujeto deudor del crédito. Por eso, tal y como ya se ha dicho, habrá que estudiar la normativa reguladora de todos los contratos de adhesión (contratos basados en condiciones generales), sean, por tanto, personas físicas o jurídicas los adherentes; la que afecta específicamente a consumidores y personas jurídicas sin ánimo de lucro; la aún más específica que regula los contratos de crédito al consumo; la normativa general específicamente bancaria y, en su caso, la regulación especial que afecte a algún contrato bancario específico (como es el caso de los préstamos y créditos hipotecarios). Todo ello, obviamente, ciñéndonos al contenido económico de los contratos bancarios de financiación. De esta forma será posible analizar sus diferencias y coincidencias.

CAPÍTULO II.- NORMATIVA GENERAL DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE BANCARIO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

En este capítulo se va a hacer mención a toda la normativa que protege al cliente bancario. En primer lugar, y dado que, como ya hemos señalado, los contratos bancarios son contratos de adhesión, existe una normativa que protege a todo adherente y, por tanto, al cliente bancario en tanto en cuanto que lo es. Luego existe una normativa específica de protección para aquellos contratantes que reúnan la condición de consumidor o usuario y otra, todavía más concreta, para los contratos de crédito celebrados por éstos. Y, en fin, como también ha quedado apuntado en otro lugar, hay una normativa sectorial específicamente bancaria que regula la transparencia y la protección de la clientela.

Aquí daremos una visión general de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y sobre cláusulas contractuales abusivas con consumidores y usuarios que nos permitirá hacer una aplicación específica de la misma en otros capítulos. Respecto a la normativa de los contratos de crédito al consumo y a la de transparencia bancaria, nos limitaremos ahora a hablar de sus antecedentes y su ámbito de aplicación, para entrar en su estudio específico aplicado al contenido económico de los contratos de financiación en los restantes capítulos.

2.- NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE TODO CONTRATANTE BANCARIO: LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La contratación en serie o en masa que realizan los empresarios mercantiles dificulta, cuando no impide, la discusión con todos y cada uno de sus clientes de las condiciones y cláusulas de cada

contrato, cuyo contenido, además, suele ser idéntico para todos ellos⁷⁹. Por esta razón los empresarios redactan *unilateralmente* las condiciones generales de sus contratos sin que a sus clientes les quepa posibilidad alguna de modificar su contenido restándoles manifestar su adhesión al clausulado, de ahí que reciban el nombre de *contratos de adhesión*.

El principal efecto de esta tipificación es que el elemento personal de la relación contractual queda sustituido por un "elemento objetivo y uniforme incorporado de antemano a las condiciones generales, las cuales vienen a funcionar, prácticamente, a modo de preceptos de carácter abstracto, que dotados de una cierta coacción se imponen con carácter general a quienes necesitan contratar con los empresarios"⁸⁰.

Como señala O'CALLAGHAN⁸¹, "se ha llegado a mantener (así, SALEILLES en la doctrina francesa, a principios de siglo) que es un acto unilateral: no hay contrato, sino dos actos unilaterales independientes entre sí: la voluntad unilateral del que dicta el contrato y el acto de adhesión del que lo acepta. Sin embargo, la doctrina moderna y la jurisprudencia mantienen su naturaleza de contrato, ya que las declaraciones de voluntad de una y otra parte,

⁷⁹ Como ya señalaba el Prof. URÍA (*Derecho Mercantil*. 1990, pág. 25), "como consecuencia de la aparición de las grandes empresas y del tráfico en masa, la mayor parte de la contratación mercantil moderna (el seguro, el transporte, el fletamento, las operaciones bancarias, etc.) se hace sobre la base de contratos-tipo en pólizas o documentos impresos preestablecidos, que moldean el contenido de los futuros convenios en una serie de cláusulas o condiciones generales que rara vez sufren modificaciones, al menos importantes, al tiempo de ser firmados los singulares contratos".

⁸⁰ URÍA, R.: *Derecho Mercantil...*, pág. 25.

⁸¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos" en *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Cuadernos de Derecho Judicial VI, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 15.

coinciden aunque una de ellas queda limitada a la aceptación o no, de la voluntad declarada de la otra".

Uno de los principios básicos en los que se apoya el Derecho Civil es el de autonomía de la voluntad, entendido éste en palabras de FEDERICO DE CASTRO⁸² como el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta entre sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

Pero el principio de autonomía de la voluntad no es ilimitado. Todo negocio jurídico y, por tanto, todo contrato, está basado en este principio, pero tiene límites. Así se establece en el art. 1255 CC que dice que "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". Pues bien, uno de esos límites es la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) cuya entrada en vigor se produjo veinte días después de su publicación en el BOE del 14 de abril (disposición final tercera) y, por tanto, el día 4 de mayo de 1998. De acuerdo con su Exposición de Motivos, esta Ley tenía por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación. Si bien en el párrafo quinto se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, señalando que ambos conceptos no tienen por qué coincidir, cosa que es evidente, hay que señalar que en el resto de la Exposición de Motivos se produce una cierta confusión entre unas y otras. Por ello conviene distinguir lo que es el

⁸² Citado por O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos"..., pág. 12.

objeto fundamental de la Ley: la regulación de las condiciones generales de los contratos. De hecho, ya existían anteproyectos anteriores que se remontan a los años 80, habiendo sido el último de 1991, y, por tanto, anteriores a la propia Directiva⁸³.

Cosa distinta es la transposición de la Directiva de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (que ya se hizo con retraso -la fecha límite era el 31 de diciembre de 1994-) y que, como su propio nombre indica, tiene un objeto mucho más restringido, en la medida que afecta sólo a contratos celebrados con consumidores, mientras que las condiciones generales afectan a todo tipo de contrato sea o no consumidor el adherente.

Dicho esto, hay que señalar que es muy loable el objetivo de regular las condiciones generales de los contratos sean o no celebrados con consumidores, cuestión ésta ya reclamada de antiguo por nuestra doctrina. En efecto, dos son básicamente los sistemas de control del contenido de la contratación en el Derecho comparado: uno limita su intervención a aquellas formas de contratación en las que típicamente una de las partes carece de libertad contractual - *leyes de condiciones generales*- seguido en Alemania, Portugal, Reino Unido; otro somete a control aquellas relaciones en las que participan contratantes típicamente merecedores de protección - *leyes de contratos con consumidores*- que es el sistema seguido en Francia y determinadas Directivas comunitarias. El sistema seguido en nuestro país por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) era peculiar en cuanto sometió a control únicamente los contratos celebrados conforme a condiciones generales en los que el adherente era un consumidor en el sentido de los arts 1º.2 y 1º.3 de la propia Ley -

⁸³ A estos efectos puede verse RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Antecedentes de la ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de ley”. En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000, pag. 79 y ss.

leyes de consumidores con regulación de las condiciones generales-. A este respecto véase el art. 10 de dicha Ley que se modificó por la LCGC.

Con este criterio delimitador de la aplicación de la legislación de control de las condiciones generales de contratación en función de la condición de consumidor de uno de los contratantes, quedaban desamparadas aquellas situaciones en las que el adherente era un empresario. Se había argumentado que éstos no estaban necesitados de protección ya que, a diferencia de los consumidores, disponen de mayor información y organización además de estar más motivados para negociar las cláusulas del contrato. Si bien es claro que el consumidor está más necesitado de protección que el empresario, en uno y otro caso, y con independencia de los medios económicos y organizativos, están en situación de *inferioridad funcional* con respecto al que impone el clausulado general, siendo esta inferioridad que puede acarrear abuso la que es de por sí digna de protección. De hecho las normas de Derecho comparado tienen un ámbito de aplicación general, sin perjuicio de que añadan normas específicas para el caso de que el adherente sea un consumidor.

Ya ALFARO⁸⁴ consideraba que la definición legal de condiciones generales que ofrecía la LGDCU tenía como función la de servir a la aplicación de este conjunto normativo, proporcionando certeza respecto a su ámbito, pero presentaba “el riesgo de impedir la aplicación del régimen de control a cláusulas que razonablemente debieran quedar incluidas en dicho régimen, bien sea por error del legislador, bien por la naturaleza misma del fenómeno regulado”. Por lo tanto, para evitar estos riesgos, la interpretación de la definición debería atender muy especialmente a la regulación a la que sirve, y esto en dos aspectos: el teleológico, de forma que una interpretación literalista podía vaciar de contenido la regulación legal y, en segundo

⁸⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*. CIVITAS, 1991, pág. 112.

lugar, el sistemático. De hecho algunas resoluciones judiciales vía analógica extendieron su aplicación a supuestos en los que el adherente no era consumidor o usuario.

Este problema ha venido a resolverse con la LCGC si bien esta norma no ha estado exenta de críticas. Valga por todas de la J. PAGADOR⁸⁵. La valoración global que hace este autor de la Ley es la siguiente: “no aporta absolutamente nada a nuestro Derecho. Sus dos primeros capítulos se revelan [...] como absolutamente inútiles, dado que no establecen mecanismos de control de contenido. La reforma de la LGDCU ha contribuido, lo que no era nada fácil, a empeorarla aún más, sin que sea de esperar que la ampliación de su ámbito de aplicación tenga consecuencias prácticas. Se ha creado un Registro de Condiciones Generales de la Contratación mastodóntico, impracticable e inútil. Se ha establecido un procedimiento de control abstracto que no conduce a ningún sitio. Por último, se ha colado de rondón una reforma de la Ley Hipotecaria que nada tiene que ver con el objeto de regulación de esta Ley y que, si acaso, contribuye a dificultar el acceso del público a las informaciones obrantes en el Registro de la Propiedad, lo que no parece especialmente encomiable. Podría decirse aquello de peor, imposible, pero lo que, desde luego, escapa a toda duda es que para este camino no hacían falta alforjas”.

Con carácter previo al estudio de esta Ley conviene hacer una reflexión: la existencia de unas condiciones generales uniformes no sólo no es *a priori* malo sino que hay experiencias positivas en el Derecho comparado y precisamente en el ámbito bancario. En efecto, como señala J. SÁNCHEZ CALERO⁸⁶, “la experiencia comparada arroja pocas dudas sobre el efecto favorable de cara a la

⁸⁵ PAGADOR LÓPEZ, J.: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación” en *Derecho de los Negocios*, octubre de 1998, pág. 22.

⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: “El Derecho de la competencia y la contratación bancaria” ..., pág. 294.

seguridad jurídica y a lo que ahora se engloba bajo el concepto de la transparencia tiene la introducción de un marco contractual uniforme". Con tales condiciones se tiende a una creciente claridad y sencillez de los pactos bancarios cuyos principales beneficiarios han de ser los clientes. Así, tomando el ejemplo alemán, por ser éste el país que ofrece una más dilatada experiencia, se observa cómo las sucesivas revisiones (la última de 2012) efectuadas en las *allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)* desde su primera versión en 1937 han supuesto la permanente simplificación de su redacción. Se trata de condiciones impulsadas por la asociación bancaria alemana y de aplicación voluntaria, lo que no impide que ésta sea la práctica cuasi total.

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCGC

Dentro del capítulo primero de la Ley, dedicado a las disposiciones generales, el artículo 1 delimita el ámbito de aplicación *objetivo* de la Ley. Define las condiciones generales de la contratación diciendo que son "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 circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

De este precepto se deducen los elementos que caracterizan las condiciones generales y que son los siguientes:

a) *Contractualidad*. Se habla de "cláusulas" y se opta así por el criterio contractual que considera las condiciones generales meras cláusulas contractuales y fundamenta su validez en el hecho de haber sido aceptadas por el adherente frente al criterio normativista que las considera normas derivando de este carácter su obligatoriedad. Además se dice que las condiciones generales deben haber sido

redactadas “con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de *contratos*”.

b) *Predisposición*. Esto implica que las condiciones se han elaborado de manera unilateral por el predisponente. Parece evidente que la formulación por escrito de las condiciones generales pone de manifiesto la predisposición de las mismas, máxime si están impresas o han sido “redactadas con arreglo a minuta”. A efectos de la predisposición, es indiferente que el predisponente sea o no autor material de las condiciones generales, tal como se especifica en el artículo 1 de la Ley.

Como señala J.J. MARÍN LÓPEZ⁸⁷, la antigua redacción del artículo 10.2.I LGDCU era más clara en este punto que el actual artículo 1.1 LCGC en la medida en que se refería a las cláusulas, condiciones o estipulaciones “redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas”. La predisposición se caracteriza por la falta de negociación entre las partes sobre el contenido contractual, cuya confección ha sido realizada, antes de la celebración del contrato, y de modo unilateral, por profesional

c) *Imposición*. Esta característica se deduce del artículo 1 de la Ley cuando dice que su “incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes”, que se decía con otras palabras en el entonces artículo 10.2 LGDCU (“cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”).

Hay pues imposición cuando las condiciones no han sido negociadas entre los contratantes de forma que el adherente no ha podido influir en su contenido. Este es el requisito que explica el control del contenido de las cláusulas generales. Como señala

⁸⁷ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 127.

ALFARO⁸⁸, “la predisposición, impide que funcionen correctamente los controles e incentivos que permiten predecir, en la generalidad los casos, que el contenido de los contratos es, normalmente, justo”. Se entiende que los contratos tienen un contenido “justo” porque si un contratante lo sintiera como injusto, simplemente, rechazaría firmarlo. En los contratos de adhesión, la predisposición de su contenido por el empresario le permite incluir una regulación que no se atrevería a incluir en un contrato negociado individualmente.

d) *Generalidad*. Existe tal cuando las condiciones generales han sido redactadas para ser incorporadas “a una pluralidad de contratos” y, como señala BERCOVITZ⁸⁹, en efecto lo hayan sido⁹⁰. Añade que no basta con la incorporación a un solo contrato de los otorgados por el profesional predisponerte. “Es preciso que se incorporen a varios de los contratos que otorgue, aunque no sean todos los de una clase o tipo, o que pertenezcan a diversas clases o tipos de los contratos que otorgue, aunque ello sea únicamente con varios clientes, o con uno solo”. La pluralidad de contratos de ser debe referirse a un único profesional predisponerte; no sería condición general la cláusula predispuesta que se incorpora a diversos contratos otorgados cada uno por un profesional distinto.

⁸⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “Artículo 1”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, pág. 112.

⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: “Artículo 1. Ámbito objetivo”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999, pág. 28.

⁹⁰ Entiende F. RODRÍGUEZ ARTIGAS (“El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación” en *Las Condiciones generales la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, 1999, pág. 64) que para el control abstracto de las condiciones generales basta con la finalidad sin que sea necesario que hayan sido utilizadas en verdad ni siquiera en un contrato.

Respecto al ámbito *subjetivo* de la Ley, y como ya señalábamos antes, ésta es de aplicación a todos los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre un profesional (“predisponente”) y cualquier persona física o jurídica (“adherente”). Por tanto, se aplicará a aquellos contratos celebrados entre un profesional, sea persona física o jurídica, que actúe dentro de su actividad profesional o empresarial, pública o privada, y a todo adherente sea éste persona física, profesional o consumidor o persona jurídica.

El inciso final del apartado tercero del art. 2 LCGC (“el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”), “aclara aunque no era necesario, que la consideración del empresario como adherente de condiciones generales, se produce lo mismo si actúa en cuanto profesional como si actúa fuera del marco de la actividad. Fuera del marco del ámbito profesional, el adherente podría ser un consumidor y producirse, por consiguiente, la especial protección brindada a estos últimos”⁹¹.

BÁDENAS⁹² define el adherente como “aquella persona que con la finalidad de obtener un bien o la prestación de un servicio se ve en la necesidad de tener que concluir un contrato por medio de condiciones generales, que han sido predispuestas por el otro contratante (predisponente)”

Se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y los contratos

⁹¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L: “Artículo 2”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, pág. 144.

⁹² BÁDENAS CARPIO, J. M: “Artículo 2. Ámbito subjetivo”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999, pág. 88.

sucesorios, así como las condiciones generales que reflejen disposiciones de los convenios internacionales en los que España sea parte y las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general que sea de aplicación obligatoria para los contratantes.

Por último, en cuanto a su ámbito de aplicación *territorial*, esta Ley también se aplica a aquellos contratos en los que, aun sometidos a la legislación extranjera, la adhesión se haya realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia habitual y ello en virtud del convenio firmado en Roma el 19 de junio de 1980 ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE 19 de julio).

a) Aplicabilidad de la LCGC a los contratos bancarios

Antes de estudiar la aplicabilidad de la LCGC a la contratación bancaria vamos a analizar cuáles son los intereses del empresario bancario que le llevan a la utilización de dichas condiciones y así poder enjuiciar cuales de estos intereses son dignos de protección.

Como ya hemos indicado, las condiciones generales son una respuesta "racionalizadora" a la problemática que comporta el tráfico en masa. Siguiendo a ALFARO⁹³ y haciendo una aplicación particular al tráfico bancario, podemos señalar los efectos "racionalizadores" que para este tipo de empresas tienen las condiciones generales:

1.- *Reducción de los costes de contratación*: el empleo de las condiciones generales permite simplificar y acelerar la celebración de los contratos reduciendo los costes de negociación (tiempo, medios, etc) convirtiendo ésta en un proceso prácticamente automático una vez que hay acuerdo en la prestación y el precio. No debemos olvidar que las entidades de crédito financian adquisiciones de bienes o

⁹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de contratación...*, pág. 28.

servicios, u oportunidades de inversión cuya realización debe hacerse, en ocasiones, con mucha celeridad.

2.- *Facilitación de la división de tareas:* al uniformar las condiciones de contratación para todas las sucursales y agencias que tienen las entidades de crédito en todo el país reduce las necesidades de personal jurídico especializado y permite depositar la gerencia de las oficinas bancarias en personal comercial.

3.- *Facilita la coordinación en el seno de la propia empresa bancaria:* con el uso de condiciones generales se reducen las necesidades de comunicación en el seno de la empresa; así la que sería necesaria en otro caso entre departamentos comerciales y jurídicos con intereses generalmente contrapuestos, los primeros buscando un mayor beneficio aún asumiendo un mayor riesgo y los segundos, asegurando con las necesarias garantías personales y reales la devolución del principal. Facilita también una mejor planificación de la actividad de la empresa bancaria adaptando la actuación de los terceros a las necesidades de la propia empresa, como ocurre, por ejemplo, haciendo coincidir las fechas de devengo de las cuotas mensuales de los préstamos que adoptan esta modalidad.

4.- *Posibilita el cálculo anticipado de los costes:* así incluyendo en las condiciones generales determinadas garantías que deben prestar los clientes o transfiriéndoles a éstos determinados riesgos o gastos imprevistos.

Pero a estas justificaciones de tipo económico hay que añadirle otras de carácter jurídico. Algunos autores han visto en las condiciones generales una cierta función de promoción de la *seguridad jurídica* en el sentido de hacer previsible las consecuencias de una actuación tanto para la entidad crediticia como para el cliente. Se argumenta que el derecho dispositivo en escasa medida se adapta a las necesidades del tráfico actual además de no prever determinadas especialidades atípicas que surgen constantemente y

aún más en el ámbito financiero. Esto se cumple desde luego en el tráfico bancario en el que incluso alguna de las figuras jurídicas que podemos considerar *típicas* carecen de regulación en el derecho positivo. En este sentido se manifiesta el Prof. PAZ-ARES⁹⁴ al decir que las condiciones proporcionan seguridad jurídica a las partes en cuanto suministran "una reglamentación de las relaciones más analítica, exhaustiva y clara... [con lo que] se remueven... los motivos de incertidumbre y con ellos las razones de muchas controversias en lo que toca a una correcta administración del contrato previniéndose así, indirectamente, la *litis* y los costes a ella asociados".

Este argumento si bien es correcto queda bastante desdibujado en la práctica diaria. Como señala ALFARO⁹⁵ "cuando, como ocurre en nuestro país, las condiciones generales se hallan plagadas de cláusulas abusivas⁹⁶, las dudas sobre su validez generan más incertidumbre que seguridad". Por otra parte, lo que busca fundamentalmente el empresario bancario es su propia seguridad, esto es, garantizar la recuperación del crédito concedido y la obtención de un beneficio. Esto les lleva en ocasiones a una "sobrepotección" de su posición jurídica. Ahora bien, tampoco podemos olvidar que la contratación por adhesión es un instrumento para evitar la incidencia negativa de posibles insolvencias en el patrimonio de la entidad de crédito y, por tanto, la incidencia derivada en la economía nacional⁹⁷, dada la importancia que ocupan en la misma dichas entidades y el sistema financiero en su conjunto. Concluye por

⁹⁴ PAZ-ARES, C.: "La economía política como jurisprudencia racional". Anuario de Derecho Civil, 1981, pág. 677.

⁹⁵ "Las condiciones generales...", pág. 34.

⁹⁶ Ya decía GARRIGUES (*Contratos Bancarios...* 1975, pág. 21) que las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad.

⁹⁷ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Operaciones Bancarias*. EDESA 1985.

su parte GARCIA-CRUCES⁹⁸ que "los clausulados generales que utilizan las entidades de crédito cumplen la misión de tutelar los legítimos intereses que defienden la contratación bancaria, sin ninguna otra consideración de orden más general que justificara, si no una derogación, sí una valoración moderadora de aquellas normas que pudieran limitar tales intereses legítimos, como es el caso de la LGDCU⁹⁹".

Con carácter general la LCGC establece su ámbito de aplicación no en función de los distintos ámbitos o sectores del tráfico, sino en base a la concurrencia en los mismos de un profesional y un adherente. Goza por tanto de una eficacia general que desde luego incluye la contratación bancaria.

Estos cuatro elementos los encontramos de forma clara en la contratación bancaria. Es claro que se cumple el primer requisito, el de la *contractualidad* de las cláusulas, no en vano el aspecto del tráfico bancario que estamos estudiando es precisamente el contractual. Se cumple igualmente el elemento de la *predisposición*, ya que el cliente bancario no influye en la redacción del clausulado que ha sido elaborado con anterioridad a la fase negocial del contrato que está generalmente impreso en formularios o redactados con arreglo a minutas que son sustancialmente iguales y que se aplican a todos los contratos. También concurre el requisito de la *imposición*, en tanto en cuanto el cliente si quiere acceder al servicio bancario no le queda más remedio que admitir las condiciones prefijadas adhiriéndose al contrato. Por último, también se da el requisito de la *generalidad*, están incorporadas a una pluralidad de contratos.

⁹⁸ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: "Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al art. 10 LGDCU". RDBB. nº 30, junio 1988, pág. 291.

⁹⁹ Este autor menciona esta norma porque en esa fecha era la que regulaba las condiciones generales aunque referidas sólo a consumidores y usuarios.

Desde el punto de vista *subjetivo* la LCGC, y como ya señalábamos antes, es de aplicación a todos los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre un profesional (“predisponente”) y cualquier persona física o jurídica (“adherente”). Por tanto, en tanto en cuanto las entidades de crédito son empresas que actúan de forma típica y habitual en la intermediación del crédito sus contratos estarán sometidos a esta Ley.

Al respecto de la contratación bancaria hay que hacer especial referencia a la exclusión que del ámbito de aplicación de la LCGC hace su art. 4.2 al disponer que tampoco “será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”. Y ello por la existencia de determinadas disposiciones administrativas, concretamente las referidas a la transparencia y protección de la clientela, concretamente las entonces vigentes OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito y OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, hoy derogadas y sustituidas por la Orden EHA/2899/2011, incluso legales como sería la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.

Como ha señalado expresamente el TS en su sent. 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013) uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española, es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010). Por esta razón, en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos

económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.

En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible "contractualidad" de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el artículo 4.2 LCGC excluye tales cláusulas del ámbito de aplicación de la Ley.

Ahora bien, la normativa sectorial bancaria se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de determinadas cláusulas en los contratos a que se refiere, pero no impone la existencia de determinadas cláusulas ni, en defecto de pacto, supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato. En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo (RC 33/2003), declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la LCGC de esta suerte de contratos, como ley general.

Así lo disponía el artículo 2.2 de la propia OM de 5 mayo de 1994¹⁰⁰, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación"¹⁰¹. Sería,

¹⁰⁰ La vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre que deroga y sustituye esta OM nada dice a este respecto ni menciona la LCGC ni el TRLCU. Pero es que no hay razón para que una disposición administrativa diga nada respecto a la aplicación en su caso de una Ley.

¹⁰¹ Las referencias a la LGDCU de 1984 traen causa en que en 1994 no se había promulgado la LCGC y la única regulación existente en relación con las condiciones

afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

La propia Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que "tampoco se extiende la Ley -siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengan determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas reguladas en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido.

El TS afirma en su sent. 241/2013, de 9 de mayo que "la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

generales de la contratación venía recogida en aquella norma como ya hemos dicho anteriormente.

B) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN

Para que las condiciones generales pasen a formar parte del contrato, se exige que ello sea aceptado por el adherente y el contrato se firme por todos los contratantes. Como señala DURANY¹⁰² este precepto exige para la incorporación de las condiciones generales la prestación conjunta de *dos consentimientos*, cuyos objetos son distintos, a saber, la aceptación de la incorporación de las condiciones generales, por un lado, y la firma del contrato, por otro. Entiende este autor que “se puede afirmar sin ambages que en este punto el redactor la ley perdió el control del texto, y no sabía bien lo que decía o quería decir, pues el art. 7.1.a) señala, en cambio a las condiciones generales como objeto de la firma: «no quedarán incorporadas (...) las (...) condiciones generales (...) cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5». Lo que sitúa al lector en un estado de cierta perplejidad, pues no le queda claro entonces si son las condiciones generales o el contrato lo que debe ser firmado”. La solución para este autor es dar prevalencia a lo prescrito en el artículo 5, pues en definitiva el artículo 7.1.a) se remite a él.

El artículo 5.1 exige, además, que en todo contrato se haga referencia a las condiciones generales incorporadas. Por otra parte, 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.

Este precepto también establece cuándo deben ser consideradas incorporadas las condiciones generales en los

¹⁰² DURANY PICH, S: “Artículos 5 y 7”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, pág.282.

supuestos en los que el contrato no deba formalizarse por escrito, así como en los supuestos de contratación telefónica o electrónica.

Por último, dentro de este artículo 5, se recogen como requisitos de incorporación lo que entendemos son más bien de contenido, concretamente la necesidad de que la redacción de las cláusulas generales se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Como señala Javier PAGADOR LÓPEZ¹⁰³, “destaca, dentro de este precepto [5.4 LCGC], la yuxtaposición del sustantivo transparencia a los de concreción, claridad y sencillez, cuyo significado no se comprende fácilmente, dado que la transparencia es, en rigor, el resultado de la concreción, claridad y sencillez”.

Es lo que Luis DÍEZ-PICAZO¹⁰⁴ denomina requisito de “asequibilidad” de la redacción de las condiciones generales: “La protección de los adherentes exige que éstos puedan comprender estas reglas que pueden vincularles. No es admisible que tengan una redacción incomprensible para personas del nivel cultural que a los adherentes se supone. No puede establecerse una redacción que sólo pueda comprender los expertos en Derecho”.

No quedarán incorporadas al contrato, a tenor del art. 7 LCGC, las siguientes condiciones generales:

a) Las 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 esto sea necesario.

¹⁰³ PAGADOR LÓPEZ, J.: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”..., pág. 7.

¹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, L: “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en la obra del mismo nombre, Civitas, 1996, pág. 38.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a éstas últimas, 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.

Esta referencia a la “normativa específica” se ejemplificó en el debate parlamentario precisamente con las normas de transparencia bancaria, incluso con cita expresa a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios¹⁰⁵.

Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA¹⁰⁶, esta remisión a la normativa específica resulta perturbadora. “Primero, porque si se pretende dar solución a lo que parece inevitable en contratos con gran complejidad técnica, justificando un contenido contractual que se expresa en términos que sólo están al alcance de especialistas, no se ha logrado”. Dicha regulación, de cuyo valor normativo “inter privados” se puede legítimamente dudar, supone en muchas ocasiones un reenvío a lo “claro, concreto y comprensible”.

Y en segundo lugar, supone un intento de concretar el nivel de transparencia y resolver “la tensión entre el lenguaje «accesible a cualquiera», y la complejidad económica y jurídica del propio contenido contractual. Difícil misión. Pero, en último término, como la propia normativa específica nos demuestra, se vuelve a los conceptos generales y se hace gravitar el riesgo de la falta de

¹⁰⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 1998, núm. 370, págs. 10.897, 10901 y 10.908 y Cortes Generales, Diario de Sesiones, Senado, 11 de marzo de 1998, pág. 3.554.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Artículo 5. Requisitos de incorporación”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999, pág. 243.

comprensión sobre aquel a cuya iniciativa se introducen las condiciones generales en el contrato”.

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.

La nulidad de las condiciones generales o su no incorporación al contrato, no determinará la ineficacia total del mismo si éste puede subsistir sin tales cláusulas. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y demás disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

C) REGLAS DE INTERPRETACIÓN

El artículo 6 LCGC transcribe los criterios de interpretación que ya estaban contenidos en el artículo 10 LGDCU de 1984. En primer lugar, prevalecerán las condiciones particulares sobre las generales (*regla de prevalencia*) si bien, en el supuesto de que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las particulares, serán aplicables aquéllas (*regla de la condición más beneficiosa*).

Como señala DÍAZ ALABART¹⁰⁷, lo que es “condición general” viene definido en la LCGC pero lo que es “condición particular” ni se definió en la LGDCU, ni tampoco en la LCGC, que se limita a añadir al término condiciones particulares la frase “específicamente previstas en ese contrato”. “A *sensu contrario*, las condiciones particulares

¹⁰⁷ DÍAZ ALABART, S: “Artículo 6. Reglas de interpretación”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999, pág. 205.

habrán de ser aquellas carentes de las notas de predisposición y generalidad”.

La primera regla que establece este precepto es la de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales, norma interpretativa tradicional y aplicada desde antiguo por la jurisprudencia, entendiéndose por condición particular la que no está predispuesta sino prevista para un contrato concreto. Esta regla tiene su fundamento en la consideración de que las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes que las generales. Como señala FERRER RIBA¹⁰⁸ la función integradora de las condiciones generales “deviene inútil si las partes han llegado a acuerdos individuales”.

La *regla de la condición más beneficiosa* matiza la regla anterior de *prevalencia* en tanto en cuanto, cuando concorra un consumidor, la condición particular no prevalecerá sobre la general en todo caso sino sólo en el caso de que tal condición particular sea más beneficiosa.

En definitiva y conjugando ambas reglas, en caso de divergencia entre una condición general y una cláusula particular, se aplicará la que resulte más beneficiosa para el adherente. En el caso de que no pueda determinarse cual es más beneficiosa, prevalecerá la cláusula particular sobre la general.

En todo caso, coincidimos con MASIDE MIRANDA¹⁰⁹ cuando señala que “las reglas de prevalencia y de la condición más beneficiosa

¹⁰⁸ FERRER RIBA, J: “Artículo 6.1”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, pág. 362.

¹⁰⁹ MASIDE MIRANDA, J.E.: “Las condiciones generales de los contratos y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Tomo I, 1998, pág. 206.

no son en realidad ninguna regla de interpretación, sino un criterio jerárquico en la regulación del contrato”.

Respecto a las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras, se resolverán siempre a favor del adherente (*regla contra proferentem*), como por otra parte se deduce del principio *in dubio contra stipulatorem* del artículo 1.288 del Código Civil. Los requisitos de aplicación de esta regla son tres: que la cláusula sea dudosa, ambigua u oscura; segundo, que tal duda sea imputable al predisponente y, por último, que la duda no haya sido resuelta utilizando las restantes reglas de interpretación, esto es, aplicación con carácter subsidiario.

El fundamento de esta norma interpretativa puede buscarse en el principio de buena fe "concretado en el sentido de exigencia de autorresponsabilidad al sujeto que realiza una declaración de voluntad" de forma que al realizarla "debe expresarse claramente, por lo que si no lo hace debe pechar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra"¹¹⁰.

Por último, el artículo 6.3 LCGC establece que en lo no previsto en el mismo serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos lo que plantea algunas cuestiones que aquí no se pueden abordar.¹¹¹

¹¹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL. J.: *Las condiciones generales....*, pág. 319.

¹¹¹ Así, siguiendo a EGEA FERNÁNDEZ, J. ("Artículo 6.3". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* -Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León-, Civitas, Madrid, 2002, pág. 409) se plantean varias cuestiones: La posición que en esta sede ocupan las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en los ordenamientos civiles de las Comunidades Autónomas; la relación entre los criterios de interpretación específicamente previstos en el art. 6 LCGC y las reglas generales sobre interpretación de los contratos; si en el supuesto de que las condiciones generales se hallen incorporadas a contratos de naturaleza mercantil, la llamada al Código Civil excluye la aplicación de las normas del Código de Comercio; y, por último, la repercusión que podría tener el hecho de que se tratase de contratos de compraventa

D) ACCIONES CONTRA LA UTILIZACIÓN DE CONDICIONES GENERALES

a) Acciones individuales

El adherente podrá instar la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

La sentencia estimatoria obtenida en estos casos decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del mismo o declarará la nulidad del contrato cuando la nulidad de las cláusulas o su no incorporación afecte a uno de los elementos esenciales del contrato de acuerdo con el artículo 1.261 del Código Civil.

b) Acciones colectivas

Como señala VICENT CHULIÁ¹¹², las acciones civiles colectivas de condiciones generales tienen su precedente en las *class actions* norteamericanas. Este dato no debe olvidarse al interpretar la LCGC, sin perjuicio de reconocer que entre las acciones colectivas de esta Ley y las *class actions* norteamericanas existen algunas sustanciales diferencias, derivadas de distinto sistema jurídico y judicial.

internacional de mercaderías, concretamente, si cabría acudir a las reglas de interpretación previstas en el art. 8 del Convenio de Viena.

¹¹² VICENT CHULIÁ, F.: “Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 397.

La LCGC concreta las acciones judiciales colectivas que pueden ejercerse contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley o en otras leyes imperativas o prohibitivas: las acciones de cesación y retractación, respectivamente.

En primer lugar, la *acción de cesación*, que se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, la *acción de retractación*, que insta la imposición al demandado de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.

Por último, la *acción declarativa*, que tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación, pudiendo instarse así su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación sólo en los supuestos en que ésta sea obligatoria, lo que ocurrirá en los sectores específicos de la contratación que determine el Gobierno.

Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa. Este dictamen del Registrador, llamado de conciliación, no será vinculante.

Estas acciones podrán ser ejercidas por asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; por las asociaciones de consumidores y usuarios; por el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores; por los colegios profesionales y por el Ministerio Fiscal.

Las acciones de cesación y declarativa procederán contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales, en el primer caso, siempre que sean nulas, y la de retractación contra el que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

Las acciones mencionadas podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

Las entidades legitimadas para ejercer las acciones colectivas, podrán también personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas si lo estiman conveniente para la defensa de los intereses que representan.

Las acciones colectivas de cesación y retractación, serán, con carácter general, imprescriptibles. No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

Tales acciones podrán ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual.

Por su parte, la acción declarativa es imprescriptible.

El fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente. En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

E) REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES

Una de las novedades de esta Ley fue la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. A tenor de la Exposición de Motivos, esto se hace “de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Directiva¹¹³ y conforme a los preceptos de otros

¹¹³ Al margen de que la Directiva se refiere a cláusulas abusivas en los contratos celebrados con *consumidores* y no a todas las condiciones generales, del tenor literal de este precepto no se deduce la necesidad de registro alguno. En efecto, de acuerdo con el mismo “los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Estos medios “incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tenga un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el Derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a

Estados miembros de la Unión Europea". Con él se pretende posibilitar el ejercicio de las acciones colectivas y coordinar la actuación judicial, permitiendo que ésta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación.

Señala GÓMEZ GÁLLIGO¹¹⁴ que otros países han utilizado una técnica similar, como la Ley alemana de 1976. En esta ley, en la que se ha inspirado la Ley española, también existe un Registro donde se inscriben las demandas y sentencias dictadas en ejercicio de acciones colectivas ("acciones de omisión", dirigida a lograr su eliminación, y "de revocación", para revocar su recomendación); el efecto de la sentencia -completada por su inscripción en un instrumento de publicidad general- es que si el predisponente condenado contrata en disconformidad con el mandato de eliminación de la cláusula de las condiciones generales del negocio, ésta se considera nula, con tal que el adherente se remita a los efectos de la sentencia de eliminación, siempre la sentencia sea firme.

El Registro de Condiciones Generales está a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil conforme a las normas previstas en la Ley Hipotecaria. Su organización se ajusta a las normas establecidas por el RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación¹¹⁵. En todo caso, las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas.

su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

¹¹⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: "El registro de condiciones generales de la contratación", en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 353.

¹¹⁵ Las sentencias del TS de 12 y 19 de febrero de 2002 declaran la nulidad de determinados artículos.

Este registro tiene una naturaleza específica y diferente a los Registros Mobiliarios, donde rigen principios hipotecarios que no siempre son aplicables al Registro de Condiciones Generales. No obstante, siguiendo la sugerencia del Consejo de Estado y por razones de economía de medios y dada la similitud en las técnicas que deben emplearse en uno y otros, el Registro de Condiciones Generales se integra en el Registro de Bienes Muebles, concretamente en su sección 6ª: "Sección del Registro de Condiciones Generales".

En este Registro *podrán* inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado. La inscripción se configura, así, como voluntaria, buscando, como dice la Exposición de Motivos, "un equilibrio entre seguridad jurídica y agilidad en la contratación"¹¹⁶.

Serán objeto de *anotación preventiva* la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general.

También será objeto de inscripción la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas cuando ello se acredite suficientemente al Registrador¹¹⁷.

¹¹⁶ De acuerdo con el art. 5 del Reglamento el Gobierno *podría imponer la inscripción obligatoria* en el Registro de las Condiciones Generales en determinados sectores específicos de la contratación, pero este precepto fue anulado por la STS de 12 de febrero de 2002.

¹¹⁷ El art. 2 del Reglamento establecía que también eran susceptibles de inscripción las ejecutorias en que se recogiera el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción individual de nulidad o no incorporación de condiciones

La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse:

a) Por el predisponente.

b) Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa.

c) En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento que las incorpora.

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación será público y todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de los asientos registrales, si bien su publicidad se realizará bajo la responsabilidad y el control profesional del Registrador.

Siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO¹¹⁸ podemos señalar las que este Registro se caracteriza por ser:

- Un registro estatal: no es un registro meramente administrativo, sometido a la competencia de las comunidades autónomas.

- Un registro voluntario: los profesionales podrán depositar voluntariamente los clausulados que constituyan condiciones generales; sólo será imperativo en los sectores específicos que el Gobierno determine¹¹⁹.

generales, junto con el texto de la cláusula afectada y las ejecutorias en las que se recogiera el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción colectiva de cesación, retractación o declarativa de condiciones generales, junto con el texto de la cláusula afectada pero estos supuestos fueron anulados por la STS de 12 de febrero de 2002.

¹¹⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: "El registro de condiciones generales de la contratación"..., págs. 357 y ss.

¹¹⁹ Ya hemos señalado que esto era así hasta la STS de 12 de febrero de 2002.

- Un registro de libertad formal: “no se depositan contratos, sino clausulados, independientemente de la forma privada o pública del contrato que las contenga”. No rige, por tanto, el principio de titulación auténtica cuya manifestación se traduce en la necesidad de que el título que acceda al registro esté consignado en escritura pública, documento admirativo o mandamiento judicial (art. 3 LH).

- Un registro de calificación registral atenuada: “el Registrador de Condiciones Generales no califica sistemáticamente las condiciones depositadas sin perjuicio de que tendrá que incidir sobre determinados extremos: supuestos de ilegibilidad del clausulado, falta de acreditación de la cualidad de profesional, no concurrencia de los requisitos precisos para que la cláusula tengan carácter de control general, legitimación para solicitar el depósito, calificación de la persistencia en la obtención de las condiciones generales, etc”.

A juicio del Consejo de Estado (Dictamen de 17 de junio de 1999, pág. 27) "no es propiamente una calificación registral en el sentido que tiene en el Registro de la Propiedad y Mercantil, ya que no tiene efectos declarativos vinculantes sobre su naturaleza de condición general y sobre su validez".

- Un registro basado en la técnica del folio personal: se abrirá un folio a cada profesional y dentro de él un subfolio para cada condición general, referida según la propia denominación atribuida a la misma por el profesional.

- Un registro de trascendencia jurídica: en la medida que produce efectos jurídicos la inscripción practicada. La inscripción en el Registro de Condiciones Generales aunque posibilita el conocimiento general de las condiciones generales depositadas a efectos de posibles impugnaciones judiciales, atribuye otros efectos: conlleva la necesaria legitimación en el tráfico del profesional que somete a la censura general sus clausulados; establece la fecha de cómputo para la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación (transcurso de los años desde el momento en que se

practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar); las sentencias declarativas de la nulidad de una condición general tanto en acciones individuales como colectivas al ser inscritas en el Registro de Condiciones Generales permitirá su eficacia *erga omnes*; puede llegar a tener una eficacia prejudicial cuando constituyan doctrina legal, de manera que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de las acciones colectivas vinculan a todos los jueces en ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubiere sido objeto de la sentencia y siempre que se trate del mismo predisponente¹²⁰; y, en fin, otra de las manifestaciones de la trascendencia jurídica de este Registro es la posibilidad de someter la cuestión a dictamen de conciliación por parte del Registrador de Condiciones Generales de la Contratación.

F) INFORMACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES. EL PAPEL DE LOS FEDATARIOS PÚBLICOS

El art. 23 LCGC recoge los deberes de los fedatarios públicos en referencia a esta Ley. Permítaseme extenderme a este respecto por razones obvias y, además, porque una redacción similar la encontramos en el art. 81.2 TRLCU¹²¹ en relación con las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores o usuarios, por lo que lo aquí dicho es plenamente aplicable.

Hay que comenzar señalando que esta norma no tiene parangón en el Derecho comparado (al menos en la legislación alemana, portuguesa, italiana y francesa). Tampoco tiene

¹²⁰ Esto era así de acuerdo con el art. 17.2 del Reglamento pero fue declarado nulo por STS de 19 de febrero de 2002.

¹²¹ Hoy su contenido sigue igual a pesar de haberse modificado el punto número 1 e incluido el número 3 por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

antecedente alguno en los anteproyectos salidos de la Comisión General de Codificación que no incluían referencia alguna al papel de los fedatarios públicos en el control legal de las condiciones generales. Probablemente se consideraba que la normativa específica de cada Cuerpo de fedatarios y, más aún, la esencia de la propia función, les obligaría a velar por el cumplimiento escrupuloso no sólo de una ley de condiciones generales sino de cualquier otra que fuera de aplicación, así como a asesorar a las partes y advertirles de cualquier discrepancia entre la establecido en el contrato y la normativa aplicable.

Algún autor¹²² considera como antecedente de este precepto la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por ello, la Exposición de Motivos de la Directiva señala que ésta responde a la necesidad de “velar para que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, así como a la de “eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos”, debiendo estar “los adquirentes de bienes y servicios protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos”. Más concretamente, se cita el art. 7.1 de la norma comunitaria según el cual “los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores [...]”.

Sin embargo, y aceptando que el control previo de legalidad que debe hacer todo fedatario público dota de mayor seguridad jurídica la contratación y, en especial, la parte más débil en el contrato (en particular el consumidor) encuentra una mayor

¹²² SOLÉ RESINA, Judith: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Coords: I. Arroyo y J. Miquel), 1999, págs. 221 y 222.

protección, y que todo ello contribuirá a la paulatina desaparición de las condiciones abusivas, no podemos apoyar directamente el art. 23 LCGC en la Directiva comunitaria. Y ello porque los ámbitos de eficacia de las normas son distintos: la Directiva afecta, en el aspecto objetivo, a las cláusulas abusivas, sean o no generales, y en el subjetivo, a los consumidores. Por el contrario, la LCGC es de aplicación a las cláusulas predispuestas e impuestas en una pluralidad de contratos y con independencia de que el adherente sea o no consumidor.

Pero es que esta cierta confusión entre condiciones generales y condiciones abusivas la provoca, en parte, el propio legislador ya que en la Exposición de Motivos de la LCGC comienza señalando que ésta “tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación”. Y aunque en el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, señalando que ambos conceptos no tienen por qué coincidir, cosa evidente, en el resto de la misma y la propia forma de trasponer la Directiva, producen una cierta confusión entre unas y otras.

CASTÁN¹²³ distinguía tres funciones propias de la actuación notarial: la función de asesoramiento, la función formativa y legitimadora y la función documental o autenticadora. A nuestros efectos interesan ahora las dos primeras.

La función de asesoramiento es considerada tan esencial en la actuación notarial que viene ya recogida en el primer artículo del Reglamento Notarial (RN) aprobado por Decreto de 2 de junio de

¹²³ CASTÁN TOBEÑAS, J.: Función notarial y elaboración notarial del Derecho. Edit Reus, 1946.

1944 cuyo párrafo segundo dice: “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de *asesorar* a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”.

Es, por tanto, misión del Notario, esencia de su propia función, asesorar e informar a los que requieren de su actuación para lo cual debe buscar la verdadera voluntad de las partes tal como se deduce del art. 147 RN (“El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e *informará* a aquéllos del valor y alcance de su redacción”). Y este deber de información no cesa ni siquiera en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado. Prueba de la importancia que se concede a este deber de asesoramiento que forma parte, como ya he dicho, de la propia esencia de la función, que ese mismo precepto reitera por tercera vez: “Sin mengua de su imparcialidad, el Notario *insistirá en informar* a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

La función legitimadora, lo que hoy podríamos llamar “control de legalidad”, es otro elemento esencial de la actuación notarial, no en vano es consustancial a la su condición funcional tal como reza el art. 1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Como ha señalado la Sent T.C. 207/1999, de 11 de noviembre, “a los notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad”. Por tanto, el Notario debe asegurarse del cumplimiento de los preceptos de carácter general y de los específicos aplicables al supuesto concreto objeto del documento público que se va a autorizar.

El art. 23.1 LCGC establece que “los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención”.

Encontramos aquí un primer mandato común a Notarios y Registradores en el ámbito de sus respectivas competencias. No obstante, habida cuenta que las actuaciones de unos y otros profesionales se producen en distintos momentos, “advertir” en el sentido de “avisar” o “prevenir” es más propio de la fase previa o simultánea al perfeccionamiento del contrato, y, por tanto, parece más propia de la actuación notarial que de la registral ya que esta última tiene lugar una vez perfeccionado e, incluso, consumado el contrato, sin perjuicio de que esta última tiene un ámbito más limitado.

En efecto, como se señala en la Memoria justificativa del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación en cuanto a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, éstos deberán calificar la validez de las cláusulas generales “a los efectos de practicar, denegar o suspender la inscripción”, pero ciñéndose a las que tengan “eficacia real, ya que las cláusulas meramente obligacionales no son objeto de inscripción”¹²⁴.

MADRIDEJOS¹²⁵ entiende que el término “advertirán” no resulta muy adecuado ya que la labor notarial nunca puede reducirse a una simple advertencia sobre la existencia y posible aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales a modo de añadido ritual a la

¹²⁴ CABELLO DE LOS COBOS, Luis M^a.: *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Centro de Estudios Registrales, 1998, p. 177.

¹²⁵ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Lorenzo: “Artículo 23.1, 2 y 3” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz). Aranzadi, 1999, pág. 602.

escritura sino que la labor notarial, “porque así lo exige la legislación específica y es consustancial a la función”, debe ir más allá, informando “en profundidad a las partes no sólo de la existencia sino también de su contenido y de las consecuencias que la aplicación de esta Ley, y de las demás que procedan dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puedan producir en cada caso”.

Pero hay que recordar que el propio RN utiliza la expresión “advertir” en varias ocasiones; así, en los arts. 172 cuando falten circunstancias necesarias en actos o contratos sujetos a inscripción, 193 respecto a la advertencia del derecho que les asiste a leer por sí la escritura y, de forma más específica, en el 194: “los Notarios harán de palabra, en el acta del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, haciéndolo constar en esta o parecida forma: «Se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales». Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario”.

Por ello, no es de extrañar que, en gran medida, la principal consecuencia directa del art. 23.1 LCGC es que en las escrituras se añade la referencia a la aplicabilidad de esta Ley, como fórmula rituarial, ya que este precepto nada añade a las obligaciones que de siempre han tenido los Notarios de informar a los otorgantes del contenido y alcance del acto o contrato que van a otorgar derivadas del ya comentado art. 147 RN (“El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e *informará* a aquéllos del valor y alcance de su redacción [...] Sin mengua de su imparcialidad; el Notario *insistirá en informar* a una de

las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”).

Tampoco parece muy afortunada la determinación del contenido de la advertencia de la aplicación de la Ley “tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención”. No cabe duda que en lo que se refiera al acto o contrato concreto objeto de la autorización notarial, el deber de informar y advertir adquiere toda su amplitud en aplicación del deber genérico de información que tiene el Notario.

Más difícil es entender qué se quiere decir con eso de “sus aspectos generales” salvo que se pretenda que a toda persona que se acerque a una Notaría se le dé una disertación sobre el contenido de la Ley de Condiciones Generales. Tal vez fuera esa la intención de los redactores del Proyecto de Ley a la vista de lo que se dice en la Memoria justificativa del mismo: “Este deber de información, que corresponde a los profesionales ejercientes de funciones públicas, no debe confundirse con la información de las condiciones generales que corresponde al predisponente de las mismas; el primero va referido a la aplicación en general de la Ley y la segunda se refiere a las concretas estipulaciones que puedan constituir condiciones generales”¹²⁶. Por mi parte entiendo que en su actuación el Notario debe informar y, en su caso, advertir, sobre las consecuencias “concretas” de la aplicación de dicha Ley al específico acto o contrato objeto de autorización. Otra cosa al margen de ilusoria sería absolutamente inútil.

Por su parte, el art. 23.2 LCGC exige a los Notarios que en el ejercicio profesional de su función pública, velen “por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5.º y 7.º de esta Ley.

¹²⁶ CABELLO DE LOS COBOS, L.Mª.: *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación...*, pág. 176.

Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos”.

Este precepto normativo ya concreta su contenido obligacional exclusivamente a los Notarios cosa lógica porque se centra en la fase previa o simultánea al perfeccionamiento. Sin embargo, comienza con una aclaración innecesaria ya que la obligación que se impone respecto al cumplimiento de los requisitos de incorporación en los documentos que autorice el Notario “en el ejercicio profesional de su función pública”, nos llevaría a preguntarnos si acaso éste puede “autorizar” algún documento si no es precisamente en su condición de fedatario público.

La primera obligación que se impone a los Notarios es velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5.º y 7.º de la LCGC objeto de comentario en otro lugar de esta obra.

Como señala J. PAGADOR¹²⁷, la LCGC no exige en ningún caso que las condiciones generales sean firmadas por todos los contratantes para que pasen a formar parte del contrato. En los que se formalicen por escrito, que son los que serán objeto de autorización o intervención por Notario, se considerarán incorporadas cuando el adherente conozca su existencia y pueda conocer su contenido y, además, manifieste su conformidad con que el contrato se rija por ellas.

Para lo primero se exige que el predisponente facilite al adherente un ejemplar de las condiciones generales bien mediante

¹²⁷ PAGADOR LÓPEZ, J.: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación” en *Derecho de los Negocios*, octubre de 1998, p. 9. Para más detalle puede verse del mismo autor: “Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negativas” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Dir: U. Nieto Carol), Lex Nova, 2000, pág. 250 y ss.

su inserción en el propio contrato o bien mediante su incorporación a un documento independiente que le habrá de ser entregado. Y para que el adherente manifieste su conformidad con la incorporación de las condiciones generales al contrato, deberá incluirse en éste una referencia a aquéllas que deberá ser suscrita por todos los contratantes, con independencia de que las condiciones generales aparezcan recogidas en el documento contractual o en un texto o documento separado o complementario. Por eso el art. 5.1.1º exige no que se firmen las “condiciones generales” sino el “contrato”.

La exigencia para el Notario es clara: debe asegurarse que el adherente conoce y acepta las condiciones generales porque éstas se contienen en la escritura o en la póliza que va a otorgarse o manifiesta haberlas recibido y se recoge en cualquiera de los dos instrumentos públicos vistos ese hecho y su consentimiento a que el contrato se rija por las mismas.

Por último, dentro de este artículo 5, se recoge como requisito de incorporación la exigencia de que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, exigencia ya recogida con carácter general para todo el contenido del documento público en el art. 148 RN (“Los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente [...] empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos...”). Por ello no parece suficiente, por no decir que a veces es contraproducente, la lectura íntegra por el Notario del instrumento público que se va a otorgar por las partes tal como se exige en el art. 193 RN. Una explicación, incluso abreviada, es más “clarificadora” para las partes que han de prestar su consentimiento que el “sufrir” el requisito ritual de una lectura íntegra cuya principal consecuencia es que tras la tercera cláusula los comparecientes sólo quieren firmar e irse de la Notaría¹²⁸.

¹²⁸ Por eso la modificación experimentada por el art. 193 RN mediante RD 45/2007, de 19 de enero, se añadió que “a los efectos del art. 25 de la Ley del Notariado, y

Por último, el art. 23.2 LCGC señala que los Notarios “advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos”. Este precepto parece lógico si bien hasta la fecha carece de la más mínima eficacia práctica ya que si bien a tenor del art. 11.2 el Gobierno “podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las Condiciones Generales en determinados sectores específicos de la contratación”, esto todavía no ha ocurrido. En los demás casos la inscripción es voluntaria por lo que carecería de sentido advertir a la parte predisponente de esa posibilidad.

Igualmente, tal como establece el art. 23.3 LCGC, “el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes”.

Este precepto experimentó una modificación importante en el trámite parlamentario. El texto del Proyecto de Ley decía: “En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan este carácter”. Al margen de la reiteración del término “carácter”, esta redacción planteaba un problema práctico al Notario ya que tendría que enjuiciar si determinadas cláusulas incluidas en un instrumento público eran o no generales. Los requisitos de “predisposición” e “imposición” serían fáciles de establecer (éste sería el caso de redacción de la escritura según minuta) pero no así la “generalidad” ya que podría darse la circunstancia que aunque tales condiciones fueran utilizadas por la parte empresarial en una pluralidad de contratos, el que fuera a ser objeto de autorización fuese el primero que se le presentase al fedatario. Tal vez por ello, la redacción

con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el Notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes”.

definitiva de la Ley exige dos condiciones: que tengan la naturaleza de condición general y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Este último hecho es de fácil constatación e implica, desde luego, el carácter de condición general de las cláusulas allí inscritas.

Para considerar un cláusula como “condición general” de la parte profesional inscrita en el Registro deberá, por una parte, estarlo por ese mismo profesional y no otro, aunque sea idéntica. Y ello porque, precisamente, el sistema de llevanza del Registro es el de “folio personal” tal como señala el art. 8 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación aprobado por RD 1828/1999, de 3 de diciembre. De esta forma, “las condiciones generales se inscribirán, clasificarán y consultarán por razón del predisponente”. Y dentro de las del mismo predisponente se clasificarán por razón de la materia asignando a cada una la denominación o nombre identificativo que, en su caso, hubiera utilizado a aquél. Porque el hecho de que una condición sea general para un empresario no significa que también lo sea para otro.

En cuanto a la manifestación en contrario por las partes respecto al carácter de condición general de una cláusula, MADRIDEJOS¹²⁹ entiende que debe ser bilateral y que si procede de una sola de las partes el Notario deberá mantener la advertencia relativa a la existencia de condiciones generales, “aunque la prudencia aconseja que recoja también la manifestación unilateral discordante”. Pero es difícil obtener esa manifestación bilateral ya que el adherente puede afirmar que determinadas cláusulas le han sido impuestas pero nunca podrá decir que la condición es general si solo ha concluido un contrato con el predisponente.

¹²⁹ “Artículo 23.1, 2 y 3” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 608.

Pero una vez más hay que reiterar que la constancia del carácter de condición general en el instrumento público, tal y como exige la Ley, se reducirá, en la práctica, a la inclusión de una fórmula rituarial en la escritura pública o en la póliza. Lo realmente importante no es si las cláusulas son o no generales, cosa que a efectos de aplicación de las normas, en última instancia, sería materia de apreciación judicial, sino que en su actuación el Notario busque el mayor equilibrio contractual y, por supuesto, que en ningún caso se incluyan cláusulas abusivas, sea o no consumidor el adherente.

Por último hay que reiterar que, en todo caso, haya o no condiciones generales, el Notario, por aplicación del art. 147 RN, deberá consignar en el texto del documento que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

El art. 23 finaliza incluyendo en su número 4 una referencia a los Corredores de Comercio Colegiados (“Los Corredores de Comercio en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley”).

Este precepto se explica por la dualidad de fedatarios públicos existente en ese momento desaparecida a partir del uno de octubre del año 2000 tras la entrada en vigor de la disp. adic. 24ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹³⁰.

En definitiva, y a modo de conclusión, el precepto objeto de estudio poco o nada ha añadido a las exigencias en la actuación de los Notarios (y antes, también, de los Corredores de Comercio

¹³⁰ Según dicha disposición: “Los notarios y los corredores de comercio colegiados se integran en un Cuerpo único de Notarios, que dependerá del Ministerio de Justicia”.

Colegiados), en su condición de fedatarios públicos en cuya actuación profesional han de velar por el cumplimiento de la LCGC en todos los contratos que autoricen o intervengan¹³¹ y muy especialmente observar que se cumplan los requisitos de incorporación porque, en caso contrario, las condiciones generales no pasarían a formar parte del contrato. Y dentro de este control de legalidad también debería advertir de aquellas cláusulas que considerase contrarias a lo establecido en la LCGC o a cualquier otra norma.

Podemos concluir que la norma contenida en el art. 23 es inútil por imprecisa y, además, porque el resto del ordenamiento jurídico y la propia naturaleza de la función fedataria que desempeñan Notarios (y antes, también, Corredores de Comercio Colegiados), va mucho más allá que la LCGC. A este precepto se le podría aplicar lo que J. PAGADOR¹³² dice respecto a la Ley en su conjunto: “no aporta absolutamente nada a nuestro Derecho”; en nuestro caso, no aporta nada al papel que el ordenamiento jurídico otorga al Notario en el control de las condiciones generales.

3.- NORMATIVA GENERAL DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Históricamente en nuestro Derecho, con carácter previo a la normativa general de condiciones generales, se reguló la contratación con consumidores y usuarios a través de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y, dentro de ésta, el régimen de las condiciones

¹³¹ La segunda acepción de la palabra “intervenir” es “interponer uno su autoridad”. Por ello intervenir y autorizar son, a estos efectos, términos equivalentes.

¹³² PAGADOR LÓPEZ, J.r: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación” en *Derecho de los Negocios*, octubre de 1998, pág. 22.

generales con consumidores y usuarios (art. 10). La LCGC de 1998 dio nueva redacción al art. 10 LGDCU e introdujo en esta norma el art. 10 bis y la disposición adicional primera regulando las cláusulas abusivas. La LGDCU ha sido derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU).

De acuerdo con el art. 1 TRLUCU, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución española que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

Es de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, entendiéndose por los primeros “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”, en la redacción del art. 3 vigente hasta su reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo¹³³ y, a partir de ella, “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, si bien, “son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”¹³⁴.

¹³³ Esta Ley modifica otras varias, entre ellas el TRLUCU, y trae causa en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹³⁴ Puede verse respecto a este cambio legislativo M.J. MARÍN LÓPEZ: “El «nuevo» concepto de Consumidor y Empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, Revista CESCO de Consumo 9/2014.

Por otra parte se considera empresario a “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada” (art. 4 TRLCU en su redacción anterior) y hoy, tras la reforma del TRLCU por la Ley 3/2014, “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Observamos un cambio en la definición de consumidor y usuario del TRLCU respecto a la dada por la versión original de la LGDCU: “personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades, funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios 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”. De aquí se deducía que el elemento fundamental que caracterizaba la noción de consumidor era la de ser destinatario final del bien o servicio y aunque no lo dijera la definición legal era claro que esta adquisición, utilización o disfrute se producía en el mercado, de manera que no había consumo frente a la Administración cuando ésta actuaba sometida al Derecho Administrativo, ni cuando se producían actuaciones fuera de las condiciones de mercado, es decir, en condiciones especiales en atención, por ejemplo, a la relación laboral existente entre cliente y empresa como es el caso de los préstamos a interés inferior al de mercado que conceden las entidades de crédito a sus empleados¹³⁵. Resta añadir que aunque

¹³⁵ Así el art. 2 nº 2 de la Directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo entonces vigente permitía a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación los créditos que se concedían a tipos de interés inferiores a los de mercado y que no se

tampoco lo decía la definición legal sólo había consumidores cuando enfrente había empresarios ya que carecería de sentido someter a régimen especial las relaciones entre particulares.

La definición del art. 3 vigente hasta su reforma por la Ley 3/2014, ponía el acento en la actuación “en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Tal como señalaba la Exposición de Motivos del TRLCU, este concepto “se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas»”¹³⁶. Y aclara que el consumidor y usuario, definido en la ley, “es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”, de forma que se pretende cohesionar ambas definiciones¹³⁷.

Es totalmente indiferente que el consumidor sea persona física o jurídica si bien sólo son imaginables estas últimas como consumidores en el sentido que le da la Ley cuando, "sin finalidad de lucro, transmitan a título gratuito los bienes y servicios adquiridos (como p.e. fundaciones o asociaciones que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la

ofrecían al público en general. Hoy están excluidos directamente por el art. 2.2.g) de la vigente Directiva 2008/48/CE y en coherencia con ello por el art. 3.g) LCCC.

¹³⁶ Esta modificación del concepto legal se hace al amparo de la habilitación conferida por la disp. final 5ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios para “regularizar, aclarar y armonizar” los textos legales refundidos.

¹³⁷ Véase a este respecto el comentario al art. 3 TRLCU de S. CÁMARA LAPUENTE en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Dir. Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pág. 102 y ss..

entidad)¹³⁸. En este sentido el legislador español se ha separado del concepto doctrinal de consumidor como persona física así como del concepto utilizado por las Directivas comunitarias ya que una de las razones fundamentales que justifican la protección del consumidor estriba en que, a diferencia de los empresarios, carecen de una organización que les permite "autoprotegerse". Luego, en la LCC-1995 y en la vigente LCCC y por coherencia con las sucesivas Directivas de Crédito al consumo, se ha definido consumidor como persona física.

Entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios recogidos en el art. 8 TRLCU están: "b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos", "d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios [...]" y "f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión".

Dentro del Libro segundo ("Contratos y garantías") del TRLCU se contiene el Título II ("Condiciones generales y cláusulas abusivas") que regula las "Cláusulas no negociadas individualmente" (Capítulo I) y las "Cláusulas abusivas" (Capítulo II).

¹³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A: "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en *Estudios sobre Consumo*, 3. 1984, pág. 32.

A) CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE.

a) Concepto

El TRLCU no define qué se entiende por “cláusulas no negociadas individualmente” pero la propia nomenclatura de la norma lo equipara a veces a “condiciones generales”. Como hemos visto para la denominación del Título II del Libro segundo utiliza esta última expresión y para el Capítulo I la otra.

El propio art. 80 TRLCU hace dos veces alusión a requisitos para los casos de contratación telefónica o electrónica “con condiciones generales”, lo que nos daría la idea de identidad de conceptos.

No obstante, sí cabe la hipótesis de cláusulas que pese a no haberse negociado individualmente con el consumidor no sean *stricto sensu* condiciones generales de la contratación por no haber sido redactadas con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos, tal y como exige el art. 1 LCGC. Estaríamos así ante una cláusula impuesta por el empresario para un contrato en particular con un consumidor. Esto ocurre en ocasiones en la contratación bancaria.

Como señala SERRA RODRÍGUEZ¹³⁹, la diferencia entre una condición general y una cláusula no negociada individualmente es la nota de uniformidad que ha de concurrir en la primera y no necesariamente en la segunda.

Esta distinción parece también deducirse del art. 3.2 Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas al decir: “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre

¹³⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo”, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2153, abril 2013, pág. 3.

su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”. Se dan, por tanto, las notas de predisposición e imposición unilateral por el empresario.

b) Requisitos

En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos (art. 80.1 TRLCU):

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. “En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuere inferior a milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”¹⁴⁰.

La accesibilidad ya se halla en cierta forma exigida en la letra anterior del precepto al no admitirse “reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato...” y debe ponerse en relación con la forma de contratación empleada (por escrito, en forma oral o telefónica o electrónicamente).

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales

¹⁴⁰ Este último párrafo ha sido incluido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente.

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.

El art. 80.1.a) (coincidente con el art. 10.1.a LGDCU) establece una serie de requisitos iniciales que algún autor ha llamado *de inclusión*¹⁴¹ por ser requisitos que ha de cumplir quien utilice condiciones generales para garantizarse su incorporación al contrato y cumplen una función de transparencia, en el sentido de dotar al cliente de la información necesaria para que pueda adoptar una decisión plenamente consciente. Se enmarcan en la tendencia del Derecho contractual de los últimos tiempos dirigida a formalizar la celebración de los contratos con finalidad protectora de la libertad de decisión negocial de los consumidores. Desde luego estos requisitos se solapan en gran medida con los requisitos de incorporación previstos con carácter general para las condiciones generales de la contratación (art. 5 LCGC)¹⁴².

A estos efectos dicho precepto exige a las condiciones generales "concreción, claridad y sencillez en la redacción con

¹⁴¹ ALFARO AGUILA-REAL, J: *Las condiciones generales...*, pág. 189.

¹⁴² Véase a este respecto la crítica de F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ en el "Comentario al art. 80 TRLCU" en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*(Dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pág. 697.

posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato¹⁴³ y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual".

Como señala PERTIÑEZ VÍLCHEZ¹⁴⁴, "estos requisitos son distintas manifestaciones de un concepto más amplio, el de transparencia. El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas no negociadas individualmente surge como correlato de la facultad de predisposición del contenido contractual reconocida al empresarios: si el empresarios puede predisponer unilateralmente el contenido del contrato, la buena fe le impone un deber de *hablar claro*".

Estos requisitos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1º.- Que en el documento contractual figuren las condiciones no negociadas individualmente con el consumidor o una referencia expresa al documento donde éstas se encuentren (en este último caso sí que parece que podamos identificarlas como condiciones generales).

2º.- Que se entregue al consumidor una copia de dichas condiciones, bien el propio documento contractual, bien el documento a que se refiere éste.

3º.- Que las condiciones estén redactadas de forma legible, concreta, sencilla y comprensible.

¹⁴³ Por ello no deberían considerarse admisibles cláusulas que establecen que los intereses (p.e. de descubierto en cuenta corriente) serán los comunicados al Banco de España y publicados en cada momento. En esta línea podemos citar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de León de 31 de julio de 1996.

¹⁴⁴ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Comentario al art. 80 TRLCU" en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 697.

La legibilidad debe entenderse como perceptibilidad directa, esto es, que el consumidor "se pueda percatar fácilmente de su existencia y de su contenido con un solo golpe de vista, bien porque se encuentre ubicada en un lugar preferente del documento contractual, o bien porque, aun colocada en un ángulo del mismo, se emplee por el empresario un tipo de letra lo suficientemente grande como para poder ser vista y leída sin dificultad por un usuario medio" (Sent. A.P. de Toledo de 31 de diciembre de 1993).

Las cláusulas pueden no cumplir este requisito de legibilidad por "el tamaño microscópico de la letra, por su inusual tipografía, por tener un color no suficientemente contrastado con el fondo de papel, por la deficiente calidad de la impresión o incluso por su inclusión en un lugar recóndito del documento contractual"¹⁴⁵. Por lo que se refiere al tamaño de la letra, se exige como requisito básico que las cláusulas pueden ser leídas sin esfuerzo extraordinario y sin necesidad de utilizar instrumentos ópticos de aumento especiales por una persona normal. A este respecto puede señalarse lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1997: "... que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo".

Con la exigencia de "concreción", señala PAGADOR¹⁴⁶, se trata de impedir que el predisponente obtenga ventajas adicionales e injustificadas a consecuencia de la vaguedad o imprecisión con que se redacta una o varias cláusulas, especialmente cuando éstas están

¹⁴⁵ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Comentario al art. 80 TRLCU" en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 699.

¹⁴⁶ PAGADOR LÓPEZ, J.: "Incorporación de las condiciones generales al contrato. Aplicación jurisprudencial y práctica". Cuadernos de Derecho y Comercio n° 19, abril 1996, pág. 221.

destinadas a imponer obligaciones al adherente en favor del predisponente.

Mediante el requisito de comprensibilidad se trata de posibilitar un fácil y directo conocimiento del alcance de las condiciones generales por parte del adherente (sent. A.P. de Barcelona de 2 de junio de 1993), es decir, que las condiciones del contrato sean perfectamente comprensibles para el consumidor (sent. A.P. de Oviedo de 22 de enero de 1993). No debe atenderse a las circunstancias concurrentes en cada adherente concreto, sino que el patrón vendrá dado por "cualquier persona de mediana diligencia" o adherente "medio" (sent. A.P. de Toledo de 31 de diciembre de 1993).

Así, en este sector de la contratación bancaria a la noción de "adherente medio" pertenecen "personas de no grandes conocimientos, que proceden, de ordinario, sin prestar gran atención a la letra del contrato y que en cualquier caso están necesitadas de dinero (sent. A.P. de León de 7 de diciembre de 1994), a las que no puede exigirse los conocimientos propios de "personas expertas en matemática financiera" (sent. A.P. de Oviedo de 22 de enero de 1993).

Por otra parte, el art. 80.1.c) TRLCU (al igual que hacía el art. 10.1.c) LGDCU) exige otro requisito a las condiciones no negociadas individualmente con los consumidores que afecta a su *contenido*. Deben ser acordes con la *buena fe* y el *justo equilibrio de las prestaciones* añadiendo que esto "en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".

La *buena fe*¹⁴⁷ a la que hace mención el TRLCU (y antes la LGDCU) significa, a juicio de ALFARO¹⁴⁸, "un mandato a los jueces

¹⁴⁷ Siguiendo a S. DÍAZ ALABART ("*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos" en *Condiciones Generales de la Contratación y*

Cláusulas Abusivas -Dir. U. Nieto Carol-, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 63 y ss), la buena fe junto con la autonomía de la voluntad son los dos principios fundamentales del derecho de obligaciones. La formulación legal del principio de buena fe puede hacerse estableciendo la conducta que en el caso corresponda al contratante, pero la mayor parte de los casos aparece como una cláusula general o abierta, que no contiene sino el mandato genérico del legislador para que en determinado ámbito se aplique dicha buena fe. Esto último determina que es el juez quien en cada caso habrá de concretar el principio abstracto a las circunstancias del supuesto de que se trate.

Básicamente en todos los códigos europeos aparece algún tipo de mención a ese principio. Así, el artículo 1184 del Código Civil francés, que en su último párrafo dispone que las obligaciones deben efectuarse conforme a la buena fe. El artículo 21 del Código Civil suizo de obligaciones de 1907, dice por su parte, que "cada uno está obligado a ejercitar sus derechos y obligaciones según las reglas de la buena fe". El párrafo 242 del BGB establece que "el deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos de tráfico". El Código Civil italiano de 1865, en su artículo 1124, dice que "los contratos deben cumplirse de buena fe y obligan no solo a cuánto en ellos se expresa, sino también a todas las consecuencias que según la equidad, el uso o la ley se deriven de los mismos". El Código portugués de 1867, en cambio, en su artículo 704 no dice sino que los contratos obligan tanto a lo que en ellos expresa como sus consecuencias usuarios o legales.

En los códigos europeos de segunda y tercera generación también está recogido el principio de la buena fe objetiva en la contratación. Así el Código Civil italiano de 1942, en su artículo 1175, manifiesta bajo la rúbrica de "comportamiento correcto" que "el deudor y el acreedor deben comportarse siguiendo las reglas de la corrección". En el artículo 1325, bajo la rúbrica de "ejecución de buena fe", dice que "el contrato debe ejecutarse conforme a la buena fe". El Código portugués de 1966 habla también de buena fe objetiva en una serie preceptos. Así, entre otros, el artículo 239 establece que "a falta de disposición especial la declaración negocial debe integrarse en armonía con la voluntad que las partes habrían tenido si hubiesen previsto el pacto omitido, o de acuerdo con los dictados de la buena fe, cuando sea otra la solución impuesta".

Concluye la Prof. DÍAZ ALABART que "la buena fe ha de responder necesariamente a un concepto muy genérico, pues su esencia es la de un conjunto de reglas de conducta que habrá de adecuarse a la situación concreta que contemplemos". "Son reglas de conducta no escritas y, sin embargo, resultan conocidas por todos, puesto que obedece a unos principios éticos, los de la sociedad de que se trate. Actuar conforme a la buena fe es el actuar correcto, leal, honesto, de los contratantes. Implica poder confiar -cuando las circunstancias lo hacen razonable -que los contratantes también actúan con esa misma corrección o lealtad". En palabras de

para que fiscalicen las condiciones generales¹⁴⁹ comparándolas con el Derecho dispositivo. Más exactamente, el juez deberá comparar la regulación que sería aplicable a dicho supuesto de no existir tal condición general. [...] Si entre el contenido de la condición general y el derecho que resultaría aplicable existe una discrepancia que no está justificada por las especialidades del contrato específicamente celebrado, el juez deberá declarar la nulidad de dicha cláusula por ser contraria a la buena fe y sustituirla por el Derecho que se pretendía derogar".

Como señala CARRASCO PERERA¹⁵⁰, no es fácil precisar si estos dos paradigmas "contrariedad a la buena fe" y "desequilibrio importante de derechos y obligaciones" desempeñan funciones autónomas o son redundantes entre sí.

Finaliza el art. 80 TRLCU señalando en su punto 2 que "cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor". Si bien la regla de interpretación más favorable, en este caso, al consumidor, sería coincidente con la de art. 6.2 LCGC en favor del adherente, tendría aquí cabida para los supuestos ya señalados de cláusulas no negociadas individualmente que no sean condiciones generales, lo que parece recalcarse al limitar esta interpretación para las acciones individuales que pueda ejercer el consumidor.

ALMEIDA COSTA (*Direito das obrigações*, 7ª edición, Coimbra, 1998, pág. 892) se trata de "una fórmula elástica que impone a cada una de las partes una conducta honrada y concienciada a fin de que no resulten afectados los legítimos intereses de la otra".

¹⁴⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J: *Las condiciones generales...*, pág. 82.

¹⁴⁹ En nuestro caso, las "condiciones no negociadas individualmente".

¹⁵⁰ CARRASCO PERERA, A: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 796.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 81.2 TRLCU los “Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia”. Nos remitimos a este respecto a lo ya dicho para la norma de igual contenido recogida en la LCGC.

B) CLÁUSULAS ABUSIVAS

a) Concepto de cláusulas abusivas

De acuerdo con el art. 82 TRLCU, “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

La regulación de las cláusulas abusivas con consumidores y usuarios se introduce en nuestro Derecho con la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE). Esto tiene lugar a través de la introducción del art. 10 bis y de una disposición adicional primera a la LGDCU (todo ello recogido hoy en el TRLCU), lo que se hizo mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Pero no hay que confundir condiciones generales de la contratación con condiciones abusivas aunque es el propio legislador

el que provoca, en parte, cierta confusión¹⁵¹ ya que la Exposición de Motivos de la LCGC comienza señalando que ésta “tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación”. Da a entender que la transposición de la norma comunitaria es lo sustancial y la regulación de las condiciones generales lo adjetivo. Y, si bien, en el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, señalando que ambos conceptos no tienen por qué coincidir, cosa que es evidente, hay que señalar que en el resto de la misma y la propia forma de trasponer la Directiva, se produce una cierta confusión entre unas y otras.

Porque una cosa es la regulación de las condiciones generales de los contratos, respecto a la cual ya existían anteproyectos anteriores que se remontan a los años 80, habiendo sido el último de 1991 y, por tanto, anteriores a la propia Directiva y otra efectivamente distinta es la transposición de la norma comunitaria de condiciones abusivas en los contratos celebrados con consumidores (que ya se hizo con retraso -la fecha límite era el 31 de diciembre de 1994-). Esta última, como su propio nombre indica, tiene un objeto

¹⁵¹ En este sentido ya se manifestó J. ALFARO AGUILA-REAL (“El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 67, julio-septiembre 1997, p. 862): “Lo que ha hecho el proyecto de ley es, básicamente, redactar una ley de condiciones generales y una ley (dentro de la ley de consumidores) de control de las cláusulas no negociadas incluidas en un contrato entre un empresario y un consumidor. Para ello, utiliza como punto de partida la distinción entre *cláusulas abusivas* y *condiciones generales*, distinción que es, a nuestro juicio, errónea. A pesar de los intentos de la Memoria que acompaña al proyecto de ley por justificarse, condiciones generales y cláusulas abusivas no son dos categorías homogéneas que, por lo tanto, puedan distinguirse y, sobre todo, deban distinguirse, ya que el régimen jurídico que se pretende para ambas es idéntico”.

mucho más restringido, en la medida que afecta sólo a contratos celebrados con consumidores, mientras que la LCGC afecta a todo tipo de contrato sea o no consumidor el adherente. Es obvio que no todas las condiciones generales son abusivas y que una cláusula puede ser abusiva y no tener el carácter de general.

Como señala BERCOVITZ¹⁵², la falta de claridad en la Directiva es uno de los factores que ha contribuido a la confusión de nuestro legislador a la hora trasponerla a nuestro ordenamiento. En principio, existían dos opciones: una primera, propiciada inicialmente por el Ministerio de Justicia, era aprobar una ley de condiciones generales de la contratación aplicable a todos los contratos, y no sólo a los de consumo, sin perjuicio, en su caso, de limitar la aplicación de algunos de los preceptos (supuestos de condiciones abusivas) a estos últimos. Los anteproyectos elaborados a partir de 1983, de acuerdo con esta opción, suponían además una derogación del artículo 10 de la LGDCU, en el que existía ya una prolija y técnicamente imperfecta, aunque eficaz regulación de las cláusulas generales abusivas en los contratos de consumo.

Una segunda opción posible era la de conservar una regulación especial para las condiciones generales abusivas en la LGDCU y dedicar una ley de condiciones generales de la contratación a una regulación de las mismas aplicables a todos los contratos. Esta segunda fue la opción elegida por nuestros legisladores.

De acuerdo con la sent. TJUE de 14 de marzo de 2013, el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE cuyo contenido es muy similar al art. 82 TRLCU debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante:

¹⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La Transposición de la Directiva comunitaria al Derecho español”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000, pág 453 y ss.

- Un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

- Un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

La carga de la prueba de que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente compete al empresario.

Continúa señalando el art. 82.3 TRLCU que “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. De ello resulta que, en este contexto, tal como señala la sentencia antes referida en relación con el art. 4.1 Directiva 93/13/CEE cuyo tenor literal es análogo, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional [para garantizar o cerciorarse que el

citado consumidor no esté vinculado por la mencionada cláusula] (párrafos 70 y 71).

b) Aplicabilidad a los contratos bancarios

La delimitación del ámbito de aplicación del TRLCU a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 2) y la definición de unos y otros elementos subjetivos (arts. 3 y 4) lo hace plenamente aplicable a la contratación bancaria cuando concurren consumidores y usuarios.

Ahora bien, ha habido dos aspectos sobre los que se ha puesto en tela de juicio la aplicabilidad de la normativa de cláusulas abusivas que afectan de lleno a la contratación bancaria: cuando determinadas cláusulas estén reguladas por una normativa administrativa (en nuestro caso la normativa de transparencia) y cuando las condiciones afectan a un elemento esencial del contrato cual es el precio (como es el caso del tipo de interés).

Empezando por el primero, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 indica que "[...] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo". A su vez el apartado 2 del artículo 1, dispone que "las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o

reglamentarias imperativas [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Las reglas transcritas en el anterior apartado han sido interpretadas por el Informe de la Comisión sobre la Aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores del año 2000 en el sentido de que la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (considerando nº 13) ya que "en el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros velen por que en ellas no figuren dichas cláusulas (considerando nº 14).

También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11¹⁵³, apartado 25, afirma que: "[...] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma", lo que según el apartado 26 "[...] se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto", ya que, a tenor del apartado 28 "tal como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos

153

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0092:ES:HTML>

contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".

En el caso de nuestra normativa administrativa de transparencia es precisamente eso, normas que obligan a un mayor grado de información respecto al contenido de determinadas cláusulas pero no unas disposiciones aplicables entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo, por lo que, en ningún caso, hacen que se excluya la aplicación de la legislación aplicable a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios.

Respecto al control judicial sobre la abusividad de las condiciones contractuales que afectan a elementos esenciales del contrato, la cuestión nace del contenido del art. 4.2 Directiva 93/13 CEE que establece que "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 [...]".

Como señala CÁMARA LAPUENTE¹⁵⁴, es de sobra conocido que el legislador español no transpuso esta importante excepción de la Directiva por un desliz en la tramitación parlamentaria, de manera que el respeto a cierto margen de autonomía de la voluntad a la hora de configurar los elementos esenciales del contrato pese a los nuevos límites introducidos por el régimen de las cláusulas abusivas quedaba

¹⁵⁴ CÁMARA LAPUENTE, S: "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo". <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE-CALIFICARSE-COMO-CL%C3%81USULA-ABUSIVA-LA-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO-.pdf>, pág. 7.

en entredicho por el silencio legislativo y la debatida interpretación que éste merecía.

El silencio legal dio lugar a una intensa controversia en la doctrina española sobre la interpretación que merecía y merece, con una clara división entre quienes consideran que el art. 4.2 de la Directiva debe entenderse vigente en Derecho español, con una serie de variados y convincentes argumentos (doctrina mayoritaria -entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE, MIQUEL GONZÁLEZ, MÚRTULA LAFUENTE, PAGADOR LÓPEZ, PALAU RAMÍREZ, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ- y quienes consideran que dicho inciso no rige en nuestro ordenamiento, que habría así elevado el nivel de protección del consumidor (doctrina minoritaria -destacadamente, DUQUE DOMÍNGUEZ, CARRASCO PERERA, LYCZKOWSKA¹⁵⁵-).

Estas dudas hermenéuticas llevaron al TS a plantear la cuestión prejudicial que dio origen a la STJUE de 3 de junio de 2010¹⁵⁶, C-484/08, que en su apartado 40 sostiene que "[...] no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección". Y, según su apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución

¹⁵⁵ El art. 4.2 Directiva "no fue transpuesto al ordenamiento español, dado que el legislador optó por extender el ámbito de protección del consumidor y permitir que el juez entre a valorar el posible carácter abusivo de una cláusula del objeto del contrato" (Karolina Lyczkowska: "Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 5/2013).

¹⁵⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0484:ES:HTML>

y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, al señalar que "los artículos 2 CE¹⁵⁷, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

Por tanto, como concluye la sent. T.S. 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013) en su apartado 197 "que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia".

¹⁵⁷ Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Como señala CÁMARA LAPUENTE¹⁵⁸, “la jurisprudencia española, hasta esta STS 9 mayo 2013, enfrentada con el control de auténticos elementos esenciales del contrato, ha tendido a acudir al argumento de su presentación poco transparente para invalidar las cláusulas, más que a usar la facultad que supuestamente se decía que tienen los tribunales españoles para realizar un control directo de ellas conforme a los criterios generales sobre el carácter abusivo de una cláusula por derivación del asunto *Caja Madrid* [STJUE 3 junio 2010]”. Por tanto, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

En todo caso, siguiendo a este mismo autor¹⁵⁹, “las escasas sentencias y opiniones doctrinales que abogan por entender que el silencio legal supone una correcta y vigente transposición del art. 4.2 de la Directiva, por mor de una mayor protección de los consumidores [...] pueden suponer un punto de inflexión hacia el desconcierto”. Tales sentencias “han resuelto con justicia, en beneficio del consumidor, la mayor parte de los pleitos planteados y sin dejar de tomar en consideración todos los intereses en juego. Sin embargo, se corre el riesgo de iniciar razonamientos y resultados muy dispares y de emprenderse una revisión judicial de precios, desde luego, no deseada por el legislador comunitario, ni producida realmente hasta la fecha pese la falta de transposición formal (como en el año 2000 dijo correctamente el informe de la Comisión Europea), ni realmente buscada ni autorizada conscientemente por el legislador español. Por ello urge encauzar esta jurisprudencia cuanto antes y, preferentemente, que este encauzamiento venga de la mano de un cambio legislativo que asuma la tendencia jurisprudencial hasta la fecha claramente dominante y correcta”.

¹⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S: “No puede calificarse como cláusula abusiva...”, pág. 7.

¹⁵⁹ CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 187 y 188.

Sólo de esta forma no nos vemos enfrentados a lo que señala el TJUE en su sent. de 10 mayo 2000: "la adaptación de la normativa nacional a lo establecido en la Directiva no exige necesariamente una opción legislativa del Estado miembro; sin embargo, es indispensable que la legislación nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva. La interpretación que los jueces nacionales conforman la Directiva, como pretende el Estado demandado, no es suficiente para lograr ese objetivo". En definitiva, como señala también este autor¹⁶⁰, "el cambio legislativo es en todo caso necesario, en un sentido (incorporar el art. 4.2 de la Directiva) o en otro (rechazar esta regla), y propone incorporar expresamente este artículo como se ha hecho los 15 Estados miembros, en coherencia con nuestro sistema jurídico.

c) Cláusulas abusivas *per se*

El art. 82.4 señala que, en todo caso, son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

¹⁶⁰ CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusula abusivas sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?...*, págs. 184 y 185.

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Como señala PIPAÓN¹⁶¹, es destacable la ampliación de las de las causas por las que podemos reconocer una cláusula abusiva en la redacción de este precepto en relación con derogado artículo 10 bis de la LGDCU, que fue posteriormente modificado por la Ley 44/2006, de 29 diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

CARRASCO PERERA¹⁶² las clasifica en “cláusulas negras” y “cláusulas grises”. Las “cláusulas negras” son “cláusulas contractuales cuya nulidad resulta sin más de la sola contrastación literal de su tenor con la regla aplicable. En tales casos, no resulta posible y necesaria ninguna ponderación adicional de intereses, ni es legítimo realizar una labor de contextualización de la cláusula en el resto del contrato, ni considerar las circunstancias concurrentes a la celebración de aquel ni la naturaleza de los bienes o servicios”.

Las “cláusulas grises” “se corresponden con alguno de los nichos específicos de los artículos 85 a 90 TRLCU que, a diferencia de los que describen cláusulas negras, están construidos decisivamente sobre el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, que requieren de una concreción ulterior por el juzgador, en virtud de una consideración contextual de la cláusula y de una valoración sobre la base de principios. Los mandatos legales no pueden ser directamente *contrastados* con la cláusula examinada, sino *concretados ad hoc* en función de todas las circunstancias que constituyen el contexto del caso”.

¹⁶¹ PIPAÓN PULIDO, J.G.: *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 174.

¹⁶² CARRASCO PERERA, A: *Derecho de Contratos...*, pág.787 y ss.

Citaremos algunas cláusulas en el ámbito de la contratación bancaria que han sido declaradas abusivas o que podrían serlo.

c.1) Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

De acuerdo con el art. 85, las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

- “2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo”.

Aquí pueden incluirse aquellas cláusulas de contratos bancarios que incluyen una prórroga automática sin que al consumidor se le dé posibilidad efectiva de no prorrogarlo.

- “3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario 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 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 empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y

éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”.

- “4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato”.

Aquí podrían incluirse las resoluciones anticipadas basadas en causas genéricas como la pérdida de solvencia del deudor o por impago de una sola cuota de capital e intereses o por cualquier incumplimiento genérico del consumidor.

- “6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

Este sería el caso de los intereses moratorios desproporcionadamente elevados¹⁶³ o comisiones por gestión de impagados notoriamente superiores a los gastos efectivamente habidos. Valga de ejemplo la Sent. AP Las Palmas de Gran Canaria de 31 de octubre de 2013 (Roj: SAP GC 2150/2013): “se debe declarar abusiva la cláusula por la que se fija un interés de demora del 27% anual, atendiendo al importe del interés del dinero vigente al tiempo de suscribir el contrato, que se hallaba en el 4% anual (Ley 26/2009, de 23/12/2009, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, y en un cinco por ciento el tipo de interés de demora fijado por la Ley 58/2003 General Tributaria), dejándola sin efecto”.

Aquí también podrían incluirse las previsiones en los préstamos bancarios de penalización por recibo impagado (comisión o gastos por reclamación de posiciones deudoras) que se añaden a los correspondientes intereses de demora (sent. A.P. de Asturias, Civil sección 5ª, de 31 enero 2000 un, sents. A.P. Lugo, Civil sección 1ª, de 16 abril 2008 y 23 noviembre 2010...).

- “10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio”.

¹⁶³ Véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.. Comentario al art. 85 TRLCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 815 y SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo”..., pág. 7.

Como dispone el artículo 1.273 CC, el objeto del contrato no ha de estar necesariamente determinado sino que puede ser también determinable en el futuro siempre y cuando no sea necesario un nuevo convenio entre los contratantes. “Pese a ello, las cláusulas que permitan determinar el precio en el momento de la entrega del bien o servicio con arreglo a parámetros de referencia objetivos pueden ser abusivas si, por no ser conocidas por el consumidor, resultan sorprendentes por frustrar una expectativa legítima del mismo en cuanto a la existencia de un precio ya cerrado o si el parámetro de referencia objetivo escogido por el empresario, por su complejidad o extravagancia, no permite al consumidor formarse una representación exacta sobre el futuro precio del contrato”¹⁶⁴.

- “11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato”.

Esta cláusula abusiva está en relación con la establecida en el número 3 de este artículo. En efecto, como señala CARBALLO FIDALGO¹⁶⁵, “el parentesco entre las cláusulas que reserven la interpretación unilateral y las que reservan al predisponente el juicio sobre la adecuación de la prestación al programa contractual previsto se revela por su tratamiento conjunto en la letra m) del anexo de la Directiva 93/13/CEE”. Existe una flagrante contravención del principio de interdicción de la arbitrariedad cuando se permite a uno de los contratantes erigirse en árbitro de su propio cumplimiento.

¹⁶⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: Comentario al art. 85 TRLCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 825.

¹⁶⁵ CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 132.

c.2) Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario

A tenor del art. 86 TRLCU, en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas¹⁶⁶ y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

- “1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario”.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad”.

Aquí pueden incluirse las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la entidad de crédito por sustracción o extravío de tarjetas de crédito, o por su uso fraudulento por tercero que accede al número secreto de identificación personal; las cláusulas de exoneración de responsabilidad por fallos en cajeros y aparatos de

¹⁶⁶ La subcláusula que encabeza el artículo 86 podrá constituir un apoyo a la conclusión de nulidad obtenida por otras vías, pero no justificar directamente tal conclusión. Así se conduce la jurisprudencia, que ha declarado la validez de ciertas cláusulas de renuncia, en la medida en que se reputan justificadas y decretando la nulidad de otras, tras un cuidadoso análisis de su incidencia en la justicia del contrato, realizado a la luz de los criterios generales de interpretación. Sirva de ejemplo la sent. JM número 9 de Madrid de 8 septiembre 2011 donde la cláusula inserta en los contratos de préstamo hipotecario en que la entidad bancaria se reserva la facultad de suscribir el seguro de daños, privando al consumidor del derecho de elección, se justifica o no en función de que se formule como directa o subsidiaria de la inactividad de aquél (CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente...*, pág. 151).

disposición con tarjetas o por medio de banca electrónica; las cláusulas de reparto de responsabilidad en los supuestos de pago de cheques manipulados y falsificados.

A este respecto valga el ejemplo la sent. TS 792/2009, de 16 diciembre 2009 (Roj: STS 8466/2009) sobre el carácter abusivo, por razón de su amplitud, de las cláusulas de exoneración total y en todo caso de responsabilidad de las entidades bancarias en el supuesto de utilización indebida de tarjeta o de libreta antes de la comunicación por el cliente de su pérdida o sustracción, así como del sometimiento de tal deber de comunicación a breves plazos, computables desde el acaecimiento de tales hechos y no ya desde su conocimiento por el titular.

- "3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste".

Aquí cabe referirse a la cláusula de los contratos de préstamo hipotecario en los que se permite la cesión del contrato o del crédito por la entidad prestamista sin necesidad de notificarlo al consumidor, o bien, con la imposición expresa de la renuncia que el consumidor hace a su derecho de notificación¹⁶⁷. La sent. T.S. de 16 diciembre de 2009 (Roj: STS 8466/2009) estimó abusiva esta cláusula por vulnerar la disp. adic. 1ª, en los apartados 2º, 10º y 14º y los artículos 10.1.c y 10.bis.1 LGDCU, que era la norma aplicable a tales hechos -y que se corresponden con los vigentes artículos 85.3, 86.3, 86.4, 86.7 y 82.1 al considerar que la cesión de "todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes del contrato" de préstamo concertado era en rigor una cesión del contrato, que exige el consentimiento del deudor cedido. Junto a ello se subraya por el Tribunal Supremo que la cesión puede causar una limitación de los derechos del deudor

¹⁶⁷ A este respecto véase SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo"..., pág. 16 y ss.

cedido, por ejemplo, a efectos de liberación por pago al cedente antes de la notificación (art. 1.527 CC) o de la extinción total o parcial de la obligación por compensación (art. 1.198 CC). La renuncia a la ratificación por el adherente es una renuncia o limitación de los derechos del consumidor proscrita en el artículo 86.7 TRLCU (anterior disp. adic. 1ª, apartado 14 LGDCU). La misma doctrina la considera aplicable el Tribunal Supremo a la cesión del crédito hipotecario, de manera que la renuncia a la notificación del deudor-consumidor cedido, aún permitida por el art. 242 RH, no superaría el control de contenido de la normativa especial sobre protección de consumidores.

- “4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación”.

Así, en materia de compensación, podría considerarse abusiva la cláusula que establece que el deudor no podrá alegar como forma de pago el simple ingreso de cantidad o la existencia de saldo en cualquier tipo de cuenta a su nombre y para que tenga efecto liberatorio hará falta el consentimiento expreso de la entidad de crédito.

- “5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario”.

Por ejemplo una cláusula que limite la facultad de resolución por parte del consumidor en un contrato bancario de apertura de crédito aunque la entidad de crédito no ponga a disposición de aquél los medios necesarios para su disposición.

- “6. La imposición de renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación”.

Este sería el caso de una cláusula contractual que recogiera la renuncia del consumidor a la entrega por la entidad de crédito de un ejemplar del contrato (art. 16 LCCC).

- “7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”.

Por ejemplo la cláusula que estableciera la renuncia del consumidor al derecho de desistimiento que le reconoce el art. 28 LCCC.

c.3) Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

De acuerdo con el art. 87 TRLCU, son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

- “1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos”.

Este tipo de cláusula es sustancialmente idéntico que las ya vistas de los arts. 86.1 y 86.5.

- “3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad”.

Dentro de esta facultad de resolución discrecional del empresario que, en todo caso, produce un manifiesto desequilibrio contractual, se encuentra la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor.

A este respecto ha señalado el T.S. en su sent. de 16 de diciembre de 2012 (F.J. 11º) que "la previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a

que se haya «acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia», y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional-predisponente para ejercitar la facultad resolutoria contractual. Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva."

También la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias. El Fundamento Jurídico (F.J.) 20º de la sentencia arriba mencionada señala que la misma "...resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida". Y cita la doctrina jurisprudencial más reciente -SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008-, que sólo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio."

También esta misma sent. analiza la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por falta de inscripción de la hipoteca por motivos ajenos al prestatario (F.J. 21º). Y señala que "es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer

exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que «recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente», y que no tiene en cuenta que es "suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo» [el préstamo]. En definitiva, lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes, y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo".

-“5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”.

Aquí se enmarca la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés que ha sido considerada abusiva y que estudiaremos más adelante.

c.4) Cláusulas abusivas sobre garantías

Según el art. 88 TRLCU, en todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

- “1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”.

La normativa específica de las entidades financieras a las que se refiere la presunción son las normas de transparencia de la Orden

EHA/2899/2011 y la Circ. B.E. 5/2012. Como señala PERTIÑEZ VÍLCHEZ¹⁶⁸, “esta presunción resulta criticable, porque la normativa específica de las entidades financieras no ha sido prevista para integrarse en la relación contractual entre la entidad financiera y su cliente, es decir, no son normas de derecho privado llamadas a producir efectos inter partes. Su objeto es regular la supervisión administrativa de la actividad de las entidades de crédito, de manera que las consecuencias de su incumplimiento se producen en la esfera de las relaciones de las entidades financieras y la administración competente para supervisar su actividad (Ministerio de Economía y Hacienda y Banco de España)”. Teniendo en cuenta que las alusiones que pueden encontrarse en esta normativa en relación a la imposición de garantías se reducen a la información sobre el coste de los distintos seguros, “el principal efecto que produce la presunción es la de trasladar el centro de gravedad del juicio sobre la abusividad de estas garantías de la desproporción de su contenido a la transparencia de la plasmación de su coste, presumiéndose que se cumplen los requisitos de orden informativo previstos, la garantía no es desproporcionada”.

Este mismo autor considera que dentro del ámbito de aplicación del supuesto del apartado 1º del art. 88 TRLCU se pueden incluir “no solamente las cláusulas que impongan garantías típicas, personales o reales, sino también, conforme un concepto más amplio de garantía, cualquier cláusula que prevea un «sistema de aseguramiento legal o voluntario, cuya finalidad esencial sea preservar el interés del acreedor, asegurando el cumplimiento de la obligación» (tomando la definición amplia de garantía de ROCA TRÍAS¹⁶⁹)”. Y entre estos supuestos incluye la exigencia de seguros de

¹⁶⁸ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: Comentario al art. 88 TRLCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...* pág. 902 y ss.

¹⁶⁹ ROCA TRÍAS, E.: “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantías” en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil* (Coord. U. Nieto Carol y J.I. Bonet Sánchez), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs 131 a 164.

amortización de capital en los contratos de préstamo, la acumulación de una garantía personal y una garantía real, la imposición al deudor de la obligación de emitir un pagaré en blanco, las cláusulas sobre compensación de créditos empleadas por entidades financieras, las cláusulas que prevén la resolución anticipada por disminución de solvencia, las cláusulas que prevén el vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario por falta de pago de impuestos o contribuciones que graven la finca o de la prima del seguro de incendios, las cláusulas que prevén el vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario en caso de arrendamiento de la finca hipotecada.

Como señala CARBALLO FIDALGO¹⁷⁰, "por directa contravención del artículo 88.1, es abusiva la cláusula que fija la suma asegurada en una cifra coincidente con el valor máximo de la reconstrucción a nuevo de la finca siniestrada, sin hacer distinción en cuanto al importe del crédito garantizado, estado de la finca al momento de constituir la hipoteca y sobre todo el valor tasación de la finca, a que se refiere el propio artículo 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, de regulación del mercado hipotecario, cuando regula el deber del prestatario de asegurar contra daños los bienes hipotecados. La desconexión entre el valor de la garantía y la suma asegurada repercute de modo negativo en el patrimonio del prestatario (encarecimiento de la prima) a efectos no ya de mantener sino de incrementar el valor de aquélla, lo que merece el reproche que abusividad" (sent. JM Madrid de 8 de septiembre de 2011).

También se ha considerado abusiva la cláusula que impide al hipotecante, con sanción de vencimiento anticipado del crédito, arrendar la finca hipotecada cuando la prohibición no se limita a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (artículo 13 Ley 29/1894, de 24 noviembre, de

¹⁷⁰ CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente...*, pág. 170).

arrendamientos urbanos) –sent. TS de 16 de diciembre de 2009-, los que someten a autorización previa del prestamista las enajenaciones del bien que impliquen subrogación en el crédito hipotecario –misma sentencia- (la cláusula se anula por “crear confusión, en detrimento de la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa que se exige en la materia” a tenor del art. 10.1.a LGDCU) y las que limitan el uso del bien, impidiendo al hipotecante afectarlo a cualquier actividad profesional o alterar su destino¹⁷¹.

- “2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”.

Aquí puede incluirse la cláusula que obliga al deudor a emitir un pagaré en blanco en garantía del pago de una deuda de futuro vencimiento en el momento de celebrarse el contrato por suponer una inversión de la carga de la prueba sobre la certeza, exigibilidad y vencimiento de la deuda (que además elude el cumplimiento de los requisitos del art. 572.2 y 3 LEC) -entre otras razones para considerar esta cláusula como abusiva-.

¹⁷¹ De acuerdo con la sent. JM nº 9 de Madrid de 8 septiembre 2011, "la supeditación a la autorización del banco de la utilización del bien hipotecado para una actividad acorde a su naturaleza no afectante al valor de la garantía y durante toda la vida el préstamo, sin distingo alguno, resulta abusiva, pues supone la imposición de una garantía desproporcionada para el riesgo asumido por la entidad bancaria (artículo 88 TRLCU), atribuyendo a la entidad bancaria una facultad de control sobre el destino de la vivienda que no resulta acorde con el negocio jurídico celebrado, ni necesario para el cumplimiento del fin contractualmente perseguido, limitando un derecho del prestatario en cuanto propietario de la vivienda de destinarla a usos que no afecten al valor de la garantía".

c.5) Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato

A tenor del art. 89 TRLCU, en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

- “1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Aquí se puede citar la cláusula por la que el prestatario declare que ha recibido el importe del préstamo o la recepción del folleto de tarifas sin que ello sea cierto.

- “2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”.

Se pueden incluir aquí las cláusulas de reparto de responsabilidad distinta de la contemplada legalmente en los supuestos de pago de cheques manipulados y falsificados, la exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria por fallos en cajeros¹⁷² y aparatos de disposición con tarjetas electrónicas y por fallos en canales alternativos como la banca electrónica, la que impone la resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad “por cualquier causa”.

- “3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

¹⁷² Así la sent. AP Madrid, Civil sección 13ª de 11 de mayo de 2004 declaró nula la cláusula de exención de responsabilidad por la entidad por incidencias de tipo técnico u operativo en los cajeros automáticos o terminales de capturas.

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario...”

- “4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”.

A este respecto se ha discutido sobre la abusividad de aquellas cláusulas que imponen la contratación de un seguro de vida o un seguro de amortización¹⁷³ como requisito para obtener un préstamo sobre todo cuando se designaba como beneficiaria única a la entidad prestamista.

¹⁷³ Ya señalaba a este respecto C. BOLDÓ RODA (“El seguro de amortización de préstamos” RDBB, 71, julio-septiembre 1998, pág. 699) con la anterior regulación que “la mayoría de los autores califican la contratación obligatoria de seguros de vida como un supuesto de condición abusiva de las recogidas en el art. 10.1.c) de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es decir, aquellas que no respetan el requisito de buena fe y justo equilibrio entre las contraprestaciones. En concreto, se ha considerado que el supuesto encajaba en el número 4º de este último precepto (condiciones abusivas de crédito) o en los números 5º (incrementos de precios por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados por la debilidad claridad y separación) y 12º (la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados), en su redacción anterior a la reforma que de esa norma ha llevado a cabo la disposición adicional primera de la ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación”.

- “5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”.

- “6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación”.

- “7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo” precepto hoy sustituido por el art. 20,4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo que establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a el mismo límite de 2,5 veces el interés legal del dinero.

- “8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

No hay que olvidar que el párrafo segundo del art. 126 RN establece que “en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizados por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de *contratación bancaria*, el derecho de elección corresponde al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer Notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”.

c.6) Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

De acuerdo con el art. 90 TRLCU, son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

- “1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

- “2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble”.

Hay que tener en cuenta que la mayoría de los contratos bancarios de financiación son instrumentados en póliza intervenida o en escritura pública autorizada por Notario. Tienen, pues, el carácter de título ejecutivo (art. 517.2.4º y 5º LEC) y de acuerdo con el art. 545.3 LEC será competente el Juzgado de Primera Instancia de domicilio del demandado (remisión al art. 50 LEC) si bien también podrá instarse ante el del lugar del cumplimiento de la obligación, según el título o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que pueden ser embargados, “sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa...”

A este respecto, a tenor del Fundamento Jurídico 2º STS de 8 de noviembre de 1996, la cláusula de sumisión expresa origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios del banco demandante en tanto resulta lesiva a sus intereses y, al propio tiempo, genera como contrapartida un beneficio innegable a la entidad

predisponente. Como señala LÓPEZ YAGÜES¹⁷⁴, "la exclusión del contenido contractual de la cláusula de sumisión prefijada por la poderosa entidad en su propio beneficio, lejos de menoscabarlos, reafirma y hace más ciertos los principios de autonomía privada y buena fe contractual, que junto a la prohibición del abuso y fraude de ley, constituyen los cimientos básicos de la contratación mercantil o privada en general, y bancaria o crediticia en particular".

d) Consecuencias de la declaración judicial de abusividad

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas establece el art. 83 TRLCU.

Como vemos, si una cláusula es abusiva, es nula de pleno derecho. La literalidad del precepto es muy clara, porque además de decir expresamente que la nulidad es de pleno derecho añade la frase "y se tienen por no puestas". Esto significa, como señala MIQUEL GONZÁLEZ¹⁷⁵, que "la nulidad procede inmediatamente la ley y que no es precisa una declaración judicial de nulidad para que las cláusulas abusivas sean ineficaces". Como ya señalaba Federico DE CASTRO¹⁷⁶, en caso de nulidad de pleno derecho, la eficacia del negocio nulo se produce *ipso iure*, por sí misma y sin necesidad de intervención judicial. En este sentido la sent. TJUE de 9 junio 2009¹⁷⁷ declara: "el artículo 6, apartado uno, de la Directiva 93/13 CEE del

¹⁷⁴ LÓPEZ YAGÜES, V.: "Entorno al carácter abusivo de las cláusulas de sumisión competencial insertas en los contratos de adhesión bancarios. (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1996), RDBB núm. 69, enero-marzo 1998, pág. 187.

¹⁷⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: Comentario al artículo 83 en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 754.

¹⁷⁶ DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971, pág. 475.

¹⁷⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0243:ES:HTML>

Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito la cláusula".

Siguiendo a MIQUEL GONZÁLEZ¹⁷⁸, "la nulidad de las cláusulas abusivas, si bien protege a un sujeto, la protección se le dispensa en cuanto cumple la importante función económica del consumidor, porque también está en juego un interés público definido constitucionalmente (art. 51 CE) y por el Derecho de la Unión Europea. Dicha nulidad también protege indirectamente a los competidores y, en suma, el buen funcionamiento del mercado".

La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas significa que el Ordenamiento jurídico no las considera como vinculantes para el consumidor, y se tienen por no puestas. La nulidad, así, procede directamente de la ley sin mediación judicial. Será precisa naturalmente una declaración judicial cuando se pretenda la restitución de lo entregado en cumplimiento de una cláusula nula y la otra parte se niegue a restituir o cuando sea necesario destruir la apariencia creada por un documento público o una inscripción registral que han sido indebidamente obtenidos.

Por otra parte, la nulidad de pleno derecho es imprescriptible. Lo que prescribe es la pretensión de restitución de lo entregado con ocasión o por causa del contrato o cláusula nula, pero no puede prescribir la nulidad de pleno derecho, porque no entraña ninguna pretensión.

Continúa el art. 83 TRLCU, hasta su modificación operada por la Ley 3/2004, de 27 de marzo, continuaba señalando que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo

¹⁷⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: Comentario al artículo 83 en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 754.

dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas *integrará* el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario". Y "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".

A pesar del tenor de este precepto, propiamente sólo era necesaria la integración del contrato cuando la nulidad de la cláusula abusiva provocase una laguna contractual. Ahora bien, la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, fue declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012¹⁷⁹, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Estos es, los jueces nacionales únicamente pueden dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva pero no están facultados para modificar el contenido de la misma ni integrarla ni sustituirla. El contrato en cuestión debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

¹⁷⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0415:ES:HTML>

Como señala CARRASCO PERERA¹⁸⁰, “esta doctrina (sorprendente) está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera, ni se «reconduce» a lo justo, el empresario que utiliza cláusulas abusivas sufre un impacto *in terrorem* que de otra forma se ahorraría, perdiendo con ello incentivos para acomodar sus contratos a las exigencias de lo justo”. Por tanto, el juez no puede “integrar” ni “moderar”, como imponía el art. 83.2 TRLCU.

Continúa este autor señalando que “la doctrina sólo es incontestable cuando se trata de cláusulas *cuantitativas* susceptibles de reducción parcial, como ocurre con las cláusulas de intereses y las cláusulas penales; por cierto, el art. 1.154 CC¹⁸¹ dejaría de aplicarse entonces a las relaciones de consumo, y el juez carecería de facultad de moderación de la pena cuando la cláusula penal se hubiera pactado en condiciones generales, no en otro caso (i). Ninguno de los *conceptos punitivos* tachados de abusivos son elementos esenciales ni naturales del contrato, por lo que se pueden eliminar por entero, creando en el predisponente la necesidad de cuidarse para el futuro de incluir cláusulas admisibles, y no esperar tranquilamente a que el juzgador modere la cláusula inadmisibles”.

“Pero la doctrina del TJUE no sirve para las cláusulas que son abusivas por conceder al predisponente o al consumidor un plazo «muy largo» o «muy corto» para tomar una decisión sobre el contrato o su continuidad, o para desistir, cuando no existe (la mayoría de las veces) un Derecho dispositivo residual. No se puede

¹⁸⁰ “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”

http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%C3%81S.pdf, pág. 1 y ss.

¹⁸¹ “El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”

eliminar (o casi nunca) el plazo sin más, pues la existencia del mismo es un elemento esencial de la relación. Si el clausulado concede al consumidor un plazo muy breve para mostrar su voluntad de desistir, la opción legítima no puede ser la de quitarle todo plazo”.

Tampoco para las cláusulas de duración del contrato o de la relación obligacional, siempre que una duración sea exigible y no exista un Derecho dispositivo, o éste resulte inconveniente. Si la duración del contrato, mediante la cual se encadena al consumidor, es excesiva, habrá que reducirla, pero no declarar nulo el contrato por falta de objeto cierto. Si en el contrato se ha previsto que éste durará lo que quiera el predisponente, no bastará con eliminar esta cláusula potestativa, sino que habrá que concretar un plazo, porque de otra manera el contrato no es factible.

No sirve esta doctrina tampoco para las cláusulas encadenadas bilateralmente, porque destruirían necesariamente la contraprestación bilateral. Si el consumidor tiene que entregar algo a cambio de una prestación determinada del predisponente, y una de ellas se elimina por abusiva, indefectiblemente arrastra a la otra, si la eliminada no se recompone por vía de integración.

Y, en fin, no sirve la doctrina cuando la abusividad se localiza en parte de una cláusula de inclusión de cobertura del contrato de seguro. La parte contamina al todo de la cláusula, también conforme al art. 6.1 de la Directiva, pues es la “cláusula” la que no vinculará. Pero toda inclusión que se borra se convierte negativamente en exclusión de cobertura, con daño del asegurado.

Hay más, continúa este autor, “la doctrina del TJUE crea espacios, inexistentes hasta ahora en la práctica judicial, para que el contrato en su conjunto, y no sólo la cláusula nula, no pueda subsistir, con perjuicio del consumidor. Según el art. 6.1 de la Directiva, ello se determinará conforme al Derecho español, y éste impone que el contrato se anule en su totalidad si las cláusulas subsistentes “determinan una situación no equitativa” en la posición

de las partes. No es equitativo para una entidad financiera que el deudor impague sin costes moratorios. Afortunadamente, el art. 1.108 CC¹⁸² es una norma de Derecho dispositivo aplicable una vez que se ha creado la laguna contractual. Pero no siempre se encuentra un remedio tan a la mano. Piénsese qué ocurriría si la cláusula abusiva fuera la relativa a los intereses remuneratorios y no a los moratorios; se trataría al banco “abusador” peor que trata a los usureros la vieja Ley Azcárate de 1908, los cuales podían atenerse a la nulidad total. Piénsese también en aquellas cláusulas que conceden a los consumidores un remedio favorable no previsto en el Derecho dispositivo (por ejemplo, un derecho de salida o desistimiento) sometido a una condición muy gravosa; no sería de recibo anular el gravamen y dejar al consumidor con toda la ventaja totalmente regalada, que nunca le hubiera correspondido si la totalidad de la cláusula (lo favorable y lo adverso) desapareciera. Porque lo que el art. 6.1 de la Directiva no permitiría (¿o sí?) sería anular *partes* de cláusulas, dejando lo bueno y eliminando lo malo.

Finalmente, concluye CARRASCO PERERA, preocupan los efectos perversos que pueda producir esta dicotomía todo/nada, incluso cuando exista un “colchón” de Derecho supletorio, como es el caso del art. 1.108 CC. A su juicio, este precepto no crea desincentivos suficientes a la morosidad. Ante una opción tan draconiana, más de un juez que antes moderaba la tasa por costumbre se verá impelido a, por no caer en una “barra libre de la morosidad”, dar por buenos intereses moratorios que ayer mismo condenaba de abusivos.

En conclusión, siguiendo a este autor, “la doctrina del TJUE es correcta cuando la ventaja está tan poco “imbricada” en el resto del contrato que sea bueno castigar mediante la eliminación *in terrorem*,

¹⁸² “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

y allí donde existe un Derecho dispositivo que permita la continuación equitativa del contrato, al menos de manera tan conveniente para el consumidor como la que resulta de la eliminación pura de la cláusula. La doctrina no sirve para aquellos supuestos donde la eliminación de la cláusula por entero dañaría la posición del consumidor frente a otras opciones más favorables, ni para aquellos casos en que la eliminación se llevaría por delante un elemento esencial del contrato, por lo que éste no podría subsistir”.

En todo caso, la Ley 3/2004, de 27 de marzo, ha dado nueva redacción al art. 83 TRLCU. Ahora, de acuerdo con su nueva redacción, “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”; pero, y aquí está el cambio, “a estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Como señala el preámbulo de la ley, ésta procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 TRLCU y entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

“El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y

simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios”.

Por último, el art. 84 TRLCU establece que “los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”. Nos remitimos a lo señalado anteriormente en relación con las condiciones generales.

4.- NORMATIVA ESPECÍFICA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

Ya hemos visto la normativa que protege a todo adherente y, por tanto, al cliente bancario en tanto en cuanto los contratos bancarios son contratos de adhesión, así como la normativa específica de protección para aquellos contratantes que reúnan la condición de consumidor o usuario en relación con las cláusulas no negociadas individualmente. Ahora corresponde estudiar, con carácter general, la regulación de los contratos de crédito celebrados con consumidores, ya que el estudio específico aplicado al contenido económico de los contratos bancarios de financiación se hace en otra parte de esta obra. Aquí nos limitaremos a hablar de sus antecedentes y de su ámbito de aplicación.

A) ANTECEDENTES

En la década de los años setenta surge una preocupación jurídica por el consumo y el consumidor (valgan de ejemplo las Leyes suecas de 29 de junio de 1970 y 15 de diciembre de 1975, Ley francesa de 27 de diciembre de 1973, *Consume Protection Act* de 1971, *Fair Trading Act* de 1973, Programa de Acción para la información y protección de los consumidores sancionado por el Consejo de Ministros de la CEE de 14 de abril de 1975, etc.). Hasta entonces se entendía el consumo como un fenómeno estrictamente económico de forma que si se regulaba convenientemente la libre circulación de bienes y servicios se garantizaba la libre competencia y el consumidor tendría plenamente resueltas sus aspiraciones, demandas e intereses. Sin embargo, "la necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa -la inmensa mayoría- de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir por sí solas las calidades y precios adecuados"¹⁸³, o dicho de otro modo, no existe equilibrio entre la posición que ocupa el consumidor en el mercado y la que ocupa la empresa organizada¹⁸⁴.

¹⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil", en *Lecturas sobre la Constitución*. U.N.E.D. 1978, volumen II, pág. 10.

¹⁸⁴ Especial trascendencia tuvo el discurso que pronunció el Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en el Mensaje al Congreso el 15 de marzo de 1962, en el que puso de manifiesto los aspectos que posteriormente sustentaron la protección de los derechos de los consumidores como categoría específica: «Los consumidores, todos nosotros por definición, representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en casi todas las decisiones económicas, públicas y privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tenida en cuenta.» Desde entonces, se empezó a conferir un estatuto específico al consumidor, concretado en la

Esta preocupación por el consumidor tiene acceso a diversas constituciones como es el caso de la portuguesa de 1976 y de la Constitución española de 1978 que en su art. 51 establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Asimismo promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles.

En desarrollo de este precepto constitucional surge la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU)¹⁸⁵ cuyos objetivos se concretaban en: 1º Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios; 2º Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo; 3º Declarar los principios, criterios y obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

Además, de acuerdo con el art. 53,3 CE y el art. 1º TRLCU, la protección de los consumidores y usuarios, tiene el carácter de principio general del ordenamiento jurídico, lo que nos obliga a

descriptiva y conocida frase: «consumidores somos todos». Este discurso fue especialmente significativo porque sirvió para dar dimensión social a la esfera de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, al poner de relieve que su defensa atañe personal y directamente a todos los individuos y a toda la comunidad (REYES LÓPEZ, M.J.: *Manual de Derecho privado de consumo*, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2009 –www.laleydigital-es-).

¹⁸⁵ Hoy derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLCU).

reinterpretar a la luz de la misma muchas de las normas que se promulgaron con anterioridad.

Por su parte, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCC-1995) supuso la primera norma jurídica no sectorial de nuestro Ordenamiento relativa a la financiación del consumo. Tuvo por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y su posterior modificación por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.

Como señalaba ARRANZ¹⁸⁶ en relación con el proyecto de esta Ley [y en mayor medida se podía decir de la propia Ley] se contienen soluciones no previstas en la Directiva (oferta vinculante, cobro indebido). "La Directiva es claramente una norma de mínimos y se ha considerado conveniente regular de forma más completa el régimen jurídico del crédito al consumo".

Algunos artículos presentaban cierto grado de intervencionismo y era dudoso que sirvieran a la finalidad de proteger al consumidor. Así, la ley limitaba el tipo de interés aplicable a los descubiertos en cuenta corriente y las comisiones de cancelación anticipada y algunos preceptos, contenidos en los artículos 14 y 15, tenían en común, como señalaba ALFARO¹⁸⁷, su objetivo de «impedir la existencia de contratos de financiación y contratos de adquisición anudados entre sí». Es obvio que en estos casos la entidad bancaria pretende vender crédito, y no el producto.

¹⁸⁶ ARRANZ PUMAR, G.: *Análisis del Proyecto de Ley de Crédito al Consumo*. Crédito Cooperativo, núm. 71, 1994, pág. 32.

¹⁸⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Proyecto de Ley de Crédito al Consumo*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 56. Diciembre, 1994, págs. 1.046 a 1.052.

Si se tienen por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado concedente (art 14.1,II), si el consumidor dispone «de la opción de no concertar el contrato de crédito» (art 14.3,II) o puede acordar la operación con otro prestamista (art 15.1,b), las entidades de crédito dejarán de efectuar estas operaciones.

Con posterioridad, la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo con efectos 12 de mayo de 2010, que fue modificada por la Directiva 2011/90/UE, de la Comisión de 14 de noviembre de 2011, concretamente la parte II de su Anexo I, estableciendo supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente (en adelante DCC-2008).

Y la transposición de la Directiva del 2008 y su posterior modificación al Derecho español se produce mediante la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC). Como señala el propio preámbulo de la Ley para esta incorporación al ordenamiento jurídico interno de esta Directiva han sido determinantes dos criterios: de una parte, respetar la vocación de la Directiva, que impone una armonización total, de forma que los Estados miembros no pueden mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las disposiciones armonizadas establecidas en esta norma europea, si bien tal restricción no impide mantener o adoptar normas nacionales en caso de que no existan disposiciones armonizadas. La información normalizada europea sobre el crédito al consumo y, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Unión Europea, dotan al mercado crediticio de una mayor transparencia, permite que las distintas ofertas puedan compararse y aumentan las posibilidades de los consumidores de acogerse al crédito al consumo transfronterizo. Vemos así como una de las piedras maestras sobre las que descansa la protección del consumidor en los contratos de

crédito es la Tasa Anual Equivalente (TAE) cuya forma de cálculo debe ser idéntica en toda la Unión Europea.

Como segundo criterio se ha pretendido conservar aquellas previsiones de nuestro Derecho interno que ofrecían una mayor protección en el ámbito del crédito al consumo sin que vengan exigidas por la normativa comunitaria. Por ello, esta Ley recoge las previsiones de la Ley 7/1995 relativas a la oferta vinculante, a la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito, al cobro indebido y a la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias en los contratos. Asimismo, se mantiene la aplicación parcial de la Ley a los contratos de crédito cuyo importe total es superior a 75.000 euros¹⁸⁸.

La norma de transposición tiene rango de Ley, como no podía ser de otra forma, dado que en ella se establecen preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos, en materias reguladas por los Códigos Civil y de Comercio; al régimen de las ventas a plazos de bienes muebles, objeto de la Ley 28/1998, de 13 de julio, y a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

Como señala ORDÁS ALONSO¹⁸⁹, “el primer gran problema que plantea la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito

¹⁸⁸ El art. 2.2.c) de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los contratos de crédito cuyo importe sea inferior a 200 euros y superior a 75.000 euros. La Directiva 87/102/CEE excluía los de importe inferior 200 ECUS o superior a 20 000 ECUS.

¹⁸⁹ ORDÁS ALONSO, M.: Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pág. 43.

al Consumo es la determinación de su ámbito de aplicación”. Veámoslo nosotros.

a) Ámbito objetivo: contrato de crédito al consumo

El art. 1 LCCC define el contrato de crédito al consumo como aquél por el que “un prestamista 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”.

Siguiendo la línea del art. 1 de la LCC-1995 la vigente Ley incluye dentro de su ámbito de aplicación no sólo la concesión de crédito sino también el compromiso de concesión, aunque, a este respecto, era más correcta, a mi juicio, la utilización del término “empresario” que hacía la Ley derogada frente al de “prestamista” que hace la vigente. Y ello, porque, en nuestro Derecho el préstamo es un contrato de naturaleza real¹⁹⁰ y no casa bien con el carácter consensual que exige el comprometerse a la concesión de crédito.

Esta consideración del contrato de crédito al consumo como aquél que se refiere tanto a los contratos de crédito consensual como a los de carácter real es la que mantienen autores como DÍEZ PICAZO¹⁹¹, refrendada, a mi juicio, por la enumeración *ad exemplum* que contiene el mismo precepto (bajo la forma de... préstamos, apertura de crédito...).

¹⁹⁰ Sin embargo ya he señalado que el art. 573-1 PCM define el contrato mercantil de préstamo como aquél por el que “el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés”.

¹⁹¹ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 568.

Sin embargo, ORDÁS ALONSO¹⁹² entiende que esta expresión contempla tanto la concesión como la oferta vinculante. Lo que justifica señalando que la apertura de crédito no está explícitamente contemplada por la Directiva 2008/48/CE, aunque en ningún caso entiende que este tipo de contrato quedaría excluido “del ámbito protector de la disciplina reguladora del crédito al consumo, puesto que quedaría englobado en la locución «cualquier medio equivalente de financiación»”.

Como señala MARÍN LÓPEZ¹⁹³, la doctrina ha interpretado la expresión “concede o se compromete a conceder” de muy distinta manera. “Para unos¹⁹⁴, se alude al precontrato de crédito al consumo. Otros¹⁹⁵ estiman que puede entenderse como la manifestación unilateral de voluntad hecha por el empresario de conceder un crédito a cualquier consumidor que lo solicite; pero que en tal caso se confunde con la oferta vinculante del art. 8 LCCC. Ninguna de estas interpretaciones me parece adecuada”.

Con esta expresión, continúa esta autor, “la norma se refiere a los contratos definitivos y firmes (y no simples precontratos) que no suponen una inmediata concesión de crédito, sino que obligan al empresario a concederlo en el futuro en la forma y tiempo pactados.

¹⁹² *Los Contratos de Crédito al Consumo...*, pág. 43

¹⁹³ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al art. 1. Contrato de crédito al consumo” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. Manuel Jesús Marín López), Aranzadi, 2014, pág. 61.

¹⁹⁴ AGUILAR RUIZ, L., *La protección legal del crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 181.

¹⁹⁵ ORDÁS ALONSO, M.: “El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”, AC, 2008-3, pág. 2679; MARÍN LÓPEZ, J. J.: “El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo», en *Crédito al consumo y transparencia bancaria* (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pág. 97.

Por eso se afirma que el prestamista no concede crédito, sino que «se compromete» (se obliga) a concederlo en el futuro. Así sucede, en primer lugar, en el contrato de préstamo bancario, que no es un contrato real, sino consensual; esto es, la entidad de crédito no entrega al capital prestado al tiempo de celebrarse el contrato, sino que lo debe entregar en un momento posterior. Lo mismo ocurre, en segundo lugar, con el contrato de apertura de crédito o con el contrato de tarjeta de crédito. La perfección del contrato no supone en estos casos la inmediata entrega de capital al consumidor, sino que éste dispone de la posibilidad de recibir dinero en el futuro, hasta el límite máximo que se haya pactado”.

El art. 1.1 LCCC recoge tres modalidades típicas de concesión de crédito: el préstamo, el pago aplazado y la apertura de crédito.

La primera y la más habitual y sencilla es el préstamo que consiste en la entrega por el prestamista de una cantidad de dinero al prestatario, que se obliga a restituirla en los plazos pactados, más los correspondientes intereses, en su caso. Como señala MARÍN LÓPEZ¹⁹⁶ “la referencia al «préstamo» en el art. 1.1 LCCC debe entenderse realizada a cualquier contrato que satisfaga estos caracteres básicos: concesión de un dinero, con obligación de devolverlo en las fechas pactadas”.

La Ley 16/2011 se aplica al contrato de simple préstamo o mutuo regulado en los arts. 1753 y ss. CC. En el Código Civil el préstamo se configura como un contrato de naturaleza real, de modo que se perfecciona únicamente cuando el prestamista entrega el capital prestado al prestatario (así se deduce del concepto de préstamo del art. 1740 CC). Por eso el préstamo es, en el Código, un contrato unilateral, pues sólo se generan obligaciones para una de las partes (el prestatario).

¹⁹⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Comentario al art. 1. Contrato de crédito al consumo”... pág. 63.

También se aplica la Ley 16/2011 al préstamo personal, esto es, al contrato por el que una persona (prestamista) se obliga a entregar a otra (prestatario) una cantidad de dinero, que ésta queda obligada a restituir en las fechas pactadas. Se trata de un préstamo de carácter consensual, no previsto en el Código Civil, pero que se basa en el principio de autonomía de la voluntad, en el que la entrega del capital no es un elemento necesario para la perfección del contrato, sino una obligación que surge a cargo del prestamista tras la celebración del contrato. Al margen de la disputa doctrinal sobre la validez del préstamo de carácter consensual, la validez del préstamo al consumo consensual, y no real, se consagra en el art. 1.1 LCCC. De hecho algún autor¹⁹⁷ ha afirmado que la mención al «compromiso» de conceder un crédito, contemplada en este precepto, se refiere precisamente al préstamo de naturaleza consensual.

La referencia a la “apertura de crédito” constituye una novedad del legislador español en relación a la Directiva europea [art. 3.c)]. Pero ello no supone ningún incumplimiento de la Directiva europea y, en todo caso, aunque la ley española no hubiera mencionado expresamente este contrato, quedaría igualmente sometido a su ámbito de aplicación, al tratarse de “otro medio equivalente de financiación”¹⁹⁸. Y como nos recuerda MARÍN LÓPEZ¹⁹⁹, las leyes de otros Estados miembros no aluden de manera

¹⁹⁷ PRATS ALBENTOSA, L., Préstamo de consumo, crédito al consumo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 35.

¹⁹⁸ De hecho la STJCE de 4 de octubre de 2007 (TJCE 2007, 259 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=apertura%2Bde%2Bcredito&docid=71795&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=349569#ctx1>) somete la concesión de crédito mediante apertura de crédito a la Directiva 87/102/CEE, a pesar de que la norma comunitaria no la mencionaba expresamente.

¹⁹⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Comentario al art. 1. Contrato de crédito al consumo”... pág. 66.

expresa a la apertura de crédito, y sin embargo se considera este contrato como una modalidad de concesión de crédito.

La tercera operación típica de concesión de crédito contemplada expresamente en el art. 1.1 LCCC es el “pago aplazado”. Desde el punto de vista histórico, ésta es la primera forma de concesión crediticia desde el antiguo Egipto, Grecia, y especialmente en el Imperio Romano, pasando por la Edad Media, la revolución industrial hasta llegar a la vigente sociedad de consumo.

En la actualidad, el pago aplazado constituye una forma poco habitual de financiar la adquisición de bienes de consumo. El acceso generalizado a los bienes de consumo, el alto precio de los mismos y el mayor volumen de demanda de crédito hacen que, a partir de un determinado momento histórico (que coincide con la aparición del automóvil), el vendedor no pueda seguir asumiendo su función de financiación, y que aparezca un tercer sujeto, el financiador, que asume en exclusiva esta labor. Aparece así la compraventa financiada, que es una operación en la que intervienen tres sujetos: un consumidor, un vendedor (que celebra un contrato de venta con el consumidor con pago al contado), y un prestamista (que celebra un contrato de préstamo con el consumidor, quien obtiene así el dinero con el que abonar el precio de la compraventa).

El “pago aplazado” al que se refiere el art. 1.1 LCCC es el aplazamiento en el pago del precio que pactan el proveedor de bienes y servicios y el consumidor, en el marco de un contrato bilateral. No hay pago aplazado cuando el consumidor obtiene de una entidad de crédito el dinero que precisa para pagar (al contado) un bien o servicio. En este caso el crédito obtenido de la misma sí está sometido a la Ley 16/2011, y puede ser un préstamo, una apertura de crédito u otro medio equivalente de financiación (pero no un pago aplazado). Y el contrato celebrado con el proveedor al ser un contrato con pago al contado, no es un crédito al consumo.

Después de enumerar las tres modalidades típicas de concesión de crédito (préstamo, apertura de crédito y aplazamiento en el pago), el art. 1.1 LCCC establece que también tiene la consideración de crédito al consumo “cualquier medio equivalente de financiación”. Se trata de una expresión ya utilizada en otras normas, como en la Ley 2/2009, en su art. 1.1.a).

La inclusión de esta fórmula tiene enorme importancia, por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque las tres modalidades típicas descritas en la Ley no agotan todos los casos de concesión de crédito. Así, también se concede crédito, por ejemplo, en los casos de utilización de una tarjeta de crédito, o en el leasing al consumo. Además, y en segundo lugar, porque permite la inclusión en el ámbito de la Ley de modalidades contractuales que quizás hoy todavía no existen, pero que pueden crearse en el futuro.

b) Ámbito subjetivo

Dos son los elementos subjetivos de este contrato: el “consumidor” y el “prestamista”. A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor “la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

Como señala PAISANT²⁰⁰ en relación con el art. 3.a) de la Directiva 2008/48/CE del que es copia literal el art. 2.1 LCCC, tal definición resulta a la vez clara y ambigua:

Clara en el sentido de que el texto no es de aplicación a los créditos consentidos a las personas jurídicas cualesquiera que sean, aun asociaciones sin actividad económica alguna. Tal exclusión puede

²⁰⁰ PAISANT, G.: “La Directiva de 23 de abril de 2008, sobre el crédito al consumo”, Boletín del Ministerio de Justicia nº 2.150, enero 2013, pág. 8.

ser criticable a razón de su carácter sistemático, pues numerosas asociaciones, sin ánimo de lucro, en especial culturales o de protección del medio ambiente, son representadas por personas benévolas que sufren las mismas debilidades que los consumidores. Sin embargo proporciona la seguridad jurídica.

“Ambigua porque plantea, por lo menos, dos problemas de interpretación. La primera dificultad concierne a la persona que suscribe el crédito a la vez con fines domésticos y profesionales [p.e. un crédito para adquirir un vehículo para sus desplazamientos profesionales y de ocio]. Una respuesta puede encontrarse en una sentencia de la CJCE de 20 de enero de 2005²⁰¹ juzgando que, en este caso, no se puede invocar la calidad de consumidor «salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional». Es decir que, en tal circunstancia, el Tribunal de Justicia no aplica la teoría del principal y del accesorio.

Sobre el segundo punto, la dificultad resulta más controvertida y la solución incierta. Se manifiesta, en especial, cuando un profesional contrata para proporcionarse un material de equipo o un servicio relacionado; por ejemplo, el médico que se compromete para la informatización de su consultorio, es decir la gestión de las citas, de la contabilidad y de sus ficheros [y para ello concierta un crédito]. Según una primera opinión, se puede sostener que el médico no es el consumidor protegido por la ley porque, tratándose de equipar su consultorio, actúa con fines relacionadas a su actividad profesional. Pero, con la misma lógica, se puede abogar que la actividad profesional de un médico consiste en prestar asistencia a sus pacientes, lo que no se hace con tal material y que,

201

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49857&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48001>

consecuentemente, dicho médico actúa «al margen de su actividad profesional», es decir como consumidor²⁰²».

En cuanto al “prestamista”, es “la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”.

c) Contratos excluidos

Quedan excluidos de la LCCC a tenor de su art. 3:

a) Los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.

b) Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

c) Los contratos de crédito cuyo importe total sea inferior a 200 euros.

A estos efectos, se entenderá como única la cuantía de un mismo crédito, aunque aparezca distribuida en contratos diferentes celebrados entre las mismas partes y para la adquisición de un mismo bien o servicio, aun cuando los créditos hayan sido concedidos por

²⁰² A este respecto el considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE: “La definición de «consumidor» debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor”.

diferentes miembros de una agrupación, tenga ésta o no personalidad jurídica.

d) Los contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación de compra del objeto del contrato por el arrendatario ni en el propio contrato ni en otro contrato aparte. Se considerará que existe obligación si el prestamista así lo ha decidido unilateralmente.

e) Los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo máximo de un mes, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 12²⁰³ y en el artículo 19²⁰⁴.

f) Los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, y los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo máximo de tres meses y por los que sólo se deban pagar unos gastos mínimos.

²⁰³ “La descripción de las principales características del servicio financiero incluirá al menos los elementos indicados en las letras c), e) y g) del apartado 2”, esto es, c) El importe total del crédito; e) El tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables desde la suscripción del contrato de crédito y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse; y g) una indicación de que podrá exigirse al consumidor el reembolso de la totalidad del importe del crédito en cualquier momento.

²⁰⁴ Deberá informarse de: a) El período preciso al que se refiere el extracto de cuenta; b) Los importes de los que se ha dispuesto y la fecha de disposición; c) La fecha y el saldo del extracto anterior; d) El nuevo saldo; e) La fecha y el importe de los pagos efectuados por el consumidor; f) El tipo deudor aplicado; g) Los recargos que se hayan aplicado; h) En su caso, el importe mínimo que deba pagarse; Además, el consumidor será informado de los incrementos del tipo deudor o de los recargos que deba pagar antes de que las modificaciones en cuestión entren en vigor.

A estos efectos, los gastos mínimos no podrán exceder en su conjunto, excluidos los impuestos, del 1 por ciento del importe total del crédito.

En los contratos vinculados a que se refiere el artículo 29 de esta Ley, se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de bienes o de servicios han pactado una retribución por la que éste abonará a aquél una cantidad por la celebración del contrato de préstamo. En tal caso, el contrato de crédito al consumo no se considerará gratuito.

g) Los contratos de crédito concedidos por un empresario a sus empleados a título subsidiario y sin intereses o cuyas tasas anuales equivalentes sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general.

A estos efectos se entenderá por tasas anuales equivalentes inferiores a las del mercado las que sean inferiores al tipo de interés legal del dinero.

h) Los contratos de crédito celebrados con empresas de servicios de inversión o con entidades de crédito con la finalidad de que un inversor pueda realizar una operación relativa a uno o más de los instrumentos financieros enumerados en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuando la empresa de inversión o la entidad de crédito que concede el crédito participe en la operación.

i) Los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado en los tribunales.

j) Los contratos de crédito relativos al pago aplazado, sin intereses, comisiones ni otros gastos, de una deuda existente.

k) Los contratos de crédito para cuya celebración se pide al consumidor que entregue un bien al prestamista como garantía de

seguridad y en los que la responsabilidad del consumidor está estrictamente limitada a dicho bien.

d) Aplicación parcial de la Ley

El art. 4 LCCC establece en relación con el *descubierto*, entendiendo por tal aquel “contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor”, cuando éste deba reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses, solo serán aplicables los artículos 1 a 7, el apartado 1 y las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 9, los artículos 12 a 15, los apartados 1 y 4 del artículo 16 y los artículos 17, 19, 29 y 31 a 36 LCCC.

En los *descubiertos tácitos* entendidos como “aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida”, sólo serán aplicables los artículos 1 a 7, 20 y 34 a 36 LCCC.

Los *excedidos tácitos* sobre los límites pactados en cuenta de crédito que son aquellos excedidos aceptados tácitamente “mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el límite pactado en la cuenta de crédito del consumidor”, sólo serán aplicables los artículos 1 a 7, 20 y 34 a 36 LCCC.

“A los contratos de crédito que prevean que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al *pago aplazado* o los métodos de reembolso cuando el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial, siempre que tales acuerdos puedan evitar la posibilidad de actuaciones judiciales relativas al impago y el consumidor no se vea sometido a condiciones menos favorables que las establecidas en el

contrato de crédito inicial, sólo serán aplicables los artículos 1 a 7, 9, 12, 13 y 15, el apartado 1 del artículo 16, las letras a) a i), l) y r) del apartado 2 del artículo 16, el apartado 4 del artículo 16, los artículos 18, 20, 27 y 30 y los artículos 32 a 36” LCCC.

Por último, “en los contratos de crédito cuyo *importe* total sea *superior a 75.000 euros* sólo serán aplicables los artículos 1 a 11, 14, 15 y 32 a 36” LCCC²⁰⁵.

e) Ámbito temporal

En lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal de la LCCC, la disp. final 7ª establece que la ley entraría en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, lo que tuvo lugar el 25 de junio de 2011, por lo que la entrada en vigor fue el 25 de septiembre.

Como señala la disp. trans., la Ley no se aplica a los contratos de crédito en curso en la fecha de su entrada en vigor y, por tanto, a los contratos celebrados antes del 25 de septiembre de 2011; con una salvedad: los contratos de crédito de duración indefinida. Para éstos que se establecen dos previsiones: les serán de aplicación los arts. 18, 19, 27, 31, 20.2 y 20.3 y se exige que su adaptación a lo previsto en la LCCC en el plazo de doce meses contados desde la fecha de la entrada en vigor de la LCCC.

²⁰⁵ Este precepto deberá ser objeto de modificación habida cuenta que el art. 46 de la Directiva 2014/17/UE modifica la Directiva 2008/48/CE añadiéndole el art. 2 bis por el que se declara aplicable la Directiva de Contratos de Crédito al Consumo los contratos de crédito no garantizados cuyo importe exceda de 75.000 euros cuando tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial (en lugar de excluirlos con carácter general como hasta ahora aunque el legislador nacional aplicó parcialmente sus preceptos a los contratos de crédito cuyo importe exceda de 75.000 euros). Por ello, cuando se transponga la Directiva 2014/17/UE serán aplicables todos los preceptos de la LCCC cuando el destino del crédito sea el señalado.

f) Aplicabilidad de la LCCC a los contratos bancarios

Como ya hemos visto, el art. 2.2 LCCC define el prestamista como la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

El RDLeg 1298/1986, de 28 de junio, de adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, estableció tanto un concepto de entidad de crédito. El artículo 1.1 del RDLeg 1298/1986, de 28 de junio, definió entidad de crédito como “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”. Hoy la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC) ha derogado la Ley de Ordenación bancaria de 1946, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) y el RDLeg 1298/1986, de 28 de junio. De acuerdo con su art. 1.1 “son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”.

Por tanto, en nuestro Derecho la “empresa bancaria” en sentido económico recibe el término jurídico de “entidad de crédito” y su actividad típica es la de concesión de créditos.

La LCCC no resuelve en qué supuestos el concedente del crédito lo hace en el ejercicio de su actividad comercial o profesional pero es obvio que los créditos concedidos por las entidades de crédito, puesto que éstos son una operaciones que están dentro del ámbito profesional de estas entidades y, por tanto, esta Ley es

plenamente aplicable a todas las operaciones de crédito, en todas sus modalidades, siempre que el beneficiario sea un consumidor en los términos del art. 2.1 de la propia Ley.

5.- NORMATIVA SECTORIAL DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA

Como en el epígrafe anterior, aquí estudiaremos con carácter general la normativa sectorial de transparencia y protección de la clientela ya que el estudio específico aplicado al contenido económico de los contratos bancarios de financiación se hace en el capítulo siguiente. Por ello, ahora nos limitaremos a estudiar sus antecedentes y su ámbito de aplicación.

Pero antes hay que señalar, siguiendo a RAMOS HERRANZ²⁰⁶, que la normativa sectorial bancaria regula aspectos de los contratos tales como su forma, la información contractual precontractual, las comisiones, la obligatoriedad de que conste la tasa anual equivalente, la liquidación de las operaciones... La aplicación a la clientela de esta normativa ha sido objeto de amplio debate doctrinal, transformándose en una cuestión ciertamente controvertida:

De un lado, se ha estimado aplicable a la relación banco-cliente: a la cabeza de tal postura se encuentra el profesor ILLESCAS²⁰⁷, que sostiene que la normativa sectorial se incluye dentro de los límites de la libertad contractual establecidos en el art. 1.255 CC; en particular, dentro de la ley como límite de la autonomía de la

²⁰⁶ RAMOS HERRANZ, I.: Lección 17ª. Contratos bancarios celebrados con consumidores en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores* (Coord. G. Botana García y M. Ruiz Muñoz), McGraw Hill,, Madrid, 1999, págs. 365-366.

²⁰⁷ ILLESCAS ORTIZ, R.: "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución", RDBB 1989, núm, 34, págs. 261-289.

voluntad. En consecuencia, por aplicación del artículo 63 CCom se producirá la nulidad, total o parcial, de los contratos bancarios contrarios a las leyes (normas sectoriales o de disciplina bancaria). Esta misma línea sigue PETIT LAVALL²⁰⁸ y BETANCOR²⁰⁹ quien analizando la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1994, en la que se estimó no admisible en casación la infracción de Circulares del Banco de España, ha entendido que la negativa a admitir el carácter de normas integrantes del ordenamiento jurídico, cuya infracción por las entidades de crédito podría fundamentar el recurso de casación, impediría su eficacia.

De otro lado, se ha estimado que no es aplicable a la relación banco-cliente. Así lo entiende el profesor ARAGÓN REYES²¹⁰ para quien las circulares del Banco de España no pueden dictar normas que afecten a la contratación bancaria, al carecer de habilitación legal al efecto, por ello, sólo podrían crear normas que afecten a relación Banco de España-entidades de crédito; sería necesaria una habilitación legal expresa por ser materia sometida a reserva de ley. De lo que puede deducirse que entonces la Orden Ministerial de 12 diciembre de 1989 y hoy la Orden EHA/2899/2011 sí podrían regular la relación de entidades de crédito-clientela al estar amparadas en su momento por el art. 48.2 la LDIEC y hoy por el art. 5 de la LOSSEC. Por su parte, la LCC-1995, en su Exposición de Motivos, se ha pronunciado sobre la aplicación de tales normas a la relación contractual, estableciendo que son de carácter administrativo y, por ello, no afectan al régimen de las obligaciones y contratos; sin

²⁰⁸ PETIT LAVALL, M^a.V.: *La protección del consumidor a crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996, págs. 181-195.

²⁰⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: “La infracción de Circulares del Banco de España no es motivo en que pueda fundarse el recurso de casación. Crítica a la negativa a reconocerles el carácter de norma jurídica-sustantiva”, RDBB 1995, núm. 58, págs. 533-544.

²¹⁰ ARAGÓN REYES, M.: “Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España”... pág. 11 y ss.

embargo tal afirmación no se realizaba en su articulado sino en la Exposición de Motivos por lo que carece de eficacia.

Algún autor²¹¹, desde su perspectiva de abogado de entidad de crédito, entendía que era necesario "reaccionar frente a la proliferación de normas, el exceso de regulación de la vida económica, el exceso de regulación y la judicialización de la vida económica que de modo tan visible se produce en el ámbito del sector financiero, alcanzando cotas exageradas, y muchas veces inútiles, de intervencionismo administrativo. Con algunas excepciones, la autorregulación, es decir, la adopción por los propios operadores privados de sistemas voluntarios de control y, en este caso, de garantía de los intereses de los clientes, constituye un recurso mucho más eficaz que la acumulación de normas imperativas alejadas muchas veces de la realidad del mercado".

Sin embargo, en materia de regulación de la contratación bancaria "se han producido cambios muy significativos en la política legislativa". "En una situación anterior, ya superada, la autonomía de la voluntad y el contrato se conjugaban con una posición intervencionista cuyos extremos fundamentales eran la política de represión de la usura, el control y las limitaciones de los tipos de interés practicables en los diferentes contratos y, finalmente, el favorecimiento de ciertas actividades crediticias [...]. En la actualidad, con independencia de la vigencia de la Ley de Represión de la Usura, el énfasis legislativo se ha desplazado desde el intervencionismo a la competencia, y desde el trato de favor a alguna finalidad o sector de actividad a la transparencia del mercado y de las condiciones practicadas por las entidades de crédito. Además, se ha percibido que ni siquiera el aseguramiento de esas condiciones previas necesarias (competencia y transparencia) es suficiente para lograr

²¹¹ MATEU DE ROS, R.: "El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia" en RDBB nº 72, octubre-diciembre 1998, pág. 1.017.

que, en algunos supuestos, el contrato, instrumento, como decimos, privilegiado de ordenación de la materia, garantice una composición eficiente y ponderada de los intereses, habida cuenta del carácter profesional de las entidades de crédito y la fortaleza de su posición negociadora, por lo que, en ocasiones, se precisa un plus normativo adicional para asegurar la protección de la «parte débil» del contrato, esencialmente cuando es «consumidora de crédito», de conformidad con la orientación y principios fijados por el Derecho comunitario²¹².

A) ANTECEDENTES

En desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito (LDIEC), se dictaron las primeras normas sobre transparencia de las operaciones crediticias solamente aplicables a las entidades de crédito, normas que son de carácter administrativo y no afectan, por tanto, al régimen de las obligaciones y contratos. Como señala la propia Exposición de Motivos, “se refunden y generalizan las normas que, hasta ahora, facultaban a las autoridades financieras para fijar los capitales mínimos de las entidades de crédito, para establecer sus estados contables y para imponer clausulados mínimos en sus contratos típicos, en beneficio de la transparencia de las entidades y la protección de los intereses de su clientela”.

El art. 48.2 LDIEC²¹³ facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la

²¹² CORTÉS, L.J.: “Capítulo 1. Los Contratos Bancarios: ideas generales” en *El Contrato Bancario. Tiempos Revueltos*, Aranzadi, 2012, pág. 17 y 18.

²¹³ “Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y 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, pueda:

-
- a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá 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. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.
- b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.
- c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.
- d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.
- e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.
- Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.
- f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.
- g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.

clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda establecer:

- Que los contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios

- Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.

- Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.

- Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera". (Se modifica la letra a) y se añade la letra h) del apartado 2 por el art. 1.1 y 2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Se añade la letra g) por el art. 20.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre. Se añaden las letras e) y f) por la disposición adicional 2.1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo).

- Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible.

- Establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales.

- Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato con el objeto de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

Hoy este precepto ha sido derogado y sustituido por el art. 5 LOSSEC que baja la denominación “Protección del cliente de entidades de crédito” establece:

El Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a:

a) La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos

derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y el Ministro de Economía y Competitividad podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa.

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

c) Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa.

d) Las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de las entidades de crédito.

e) El ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de este artículo a cualesquiera contratos u operaciones de la

naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

En particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:

a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.

c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.

e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.

f) El respeto de las normas de protección de datos.

Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios.

Las disposiciones que en el ejercicio de sus competencias puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en este artículo no podrán establecer un nivel de protección inferior al dispensado en las normas que apruebe el Ministro de Economía y Competitividad. Asimismo, podrán establecerse con carácter básico modelos normalizados de información que no podrán ser modificados por la normativa autonómica, en aras de la adecuada transparencia y homogeneidad de la información suministrada a los clientes de servicios o productos bancarios.

Por último, las normas dictadas al amparo de lo previsto en este artículo serán consideradas normativa de ordenación y disciplina y su supervisión corresponderá al Banco de España.

En uso de la delegación establecida por el art. 48.2 LDIEC se dictaron las siguientes órdenes ministeriales:

1.- Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de Crédito.

En ella se hacían extensivas al conjunto de las Entidades de crédito las normas que, en materia de tipos de interés, comisiones, normas de actuación e información a clientes, se habían establecido ya para las Entidades de depósito mediante la Orden de 3 de marzo de 1987, y se refundía su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconsejaba.

Aunque la Orden prestaba especial atención a las operaciones clásicas de las Entidades de crédito, tales como préstamos o depósitos bancarios, su ámbito de aplicación era más general, extendiéndose también a otras operaciones (por ejemplo, cesiones de activos financieros, operaciones en divisas, etc.), en las que una mejor información a la clientela sentaría las bases de una mayor

competencia entre Entidades. Como vemos, predomina la idea “económica” de la transparencia como requisito para promover la competencia.

2.- Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Esta Orden complementa la citada de 12 de diciembre de 1989 y hace también uso de la mencionada habilitación del art. 48.2 LDIEC en relación con los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaía sobre una vivienda.

Dada su finalidad tuitiva la Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas concertados por personas físicas cuya cuantía no rebasase los 25 millones de pesetas (hoy 150.000 euros aproximadamente). Su finalidad primordial era garantizar la adecuada información y protección de quienes concertasen préstamos hipotecarios, prestándose especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito. Para ello se exigía a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especificasen con claridad, de forma estandarizada, las condiciones financieras de los préstamos.

La motivación de esta Orden, al igual que lo hacía la OM de 12 de diciembre 1989, pone el acento en la transparencia como requisito de la competencia al decir: “téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas”.

Pero, además, la Orden pretende facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. “De ahí la exigencia de

que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario”. A esa adecuada comprensión, añade, “deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas”. De ahí las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establecía la Orden en su artículo 7.

B) LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE

La motivación de esta norma comienza poniendo el acento en la concepción económica de la “transparencia” como venía ocurriendo hasta la fecha. Así, nos recuerda que “la transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente”.

Sin perjuicio de la protección derivada de la existencia de fondos de garantía de depósitos, la defensa de la clientela ha pivotado tradicionalmente sobre dos ejes. “De un lado, la normativa prudencial y de solvencia de las entidades de crédito, aunque orientada en primer término a la estabilidad de los mercados, tiene un efecto directo y muy valioso sobre la protección de los clientes”. Así, las entidades de crédito están sometidas a un estatuto profesional muy exigente, lo que “favorece rotundamente su solidez y fiabilidad dentro del tráfico financiero”.

Por otro lado, “la legislación financiera cuenta también con un sistema especial de protección directa del cliente”. Al margen de la protección de los usuarios de servicios de inversión y de seguro, y sin perjuicio de la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios, “la protección del cliente de servicios bancarios trata de paliar los efectos que produce la desventaja informativa, fomentando la transparencia en las relaciones entidad-cliente a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria”.

Sin perjuicio de la habilitación ya vista del art. 48 LDIEC, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, trató de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria. Sin perjuicio de haber introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria hasta el momento ajeno a nuestro Derecho como es “el fomento de la responsabilidad en el préstamo”²¹⁴, facultó expresamente a la entonces Ministra de Economía y Hacienda, concediéndole un plazo de seis meses, para “aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito”.

Esta Orden viene a cumplir un triple objetivo. “De un lado, concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa.

En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible,

²¹⁴ Para ello, la citada ley estableció no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (práctica, por otro lado, completamente extendida entre las entidades de crédito españolas), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos.

las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito”. A este respecto, en línea con las reformas acometidas en buena parte del Derecho comparado, se mejoran las exigencias en materias tales como información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información (pre)contractual, servicios financieros vinculados, etc. La orden incluye, asimismo, una mención expresa al asesoramiento, con el fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente.

“Y, finalmente, la norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones”.

Adicionalmente, y como veremos en otra parte de este trabajo, la norma aborda otras cuestiones también sustanciales: el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994; en materia de la llamada “hipoteca inversa”, la orden viene a ejecutar el desarrollo de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; y, por último, la norma también regula los que serán tipos de interés oficiales conforme a la habilitación incluida en el ya mencionado artículo 48.2 LDIEC adaptándolos a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.

Por último, la propia Orden reconoce que la normativa general de transparencia española (Órdenes ministeriales de 1989 y 1994 y Circular 8/1990 del Banco de España que las desarrolla) había quedado obsoleta, debido a los avances de la regulación sectorial

acometidos en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad y a causa de “la enorme transformación que la comercialización de servicios bancarios ha experimentado desde los primeros años noventa hasta la actualidad. Transformación estrechamente vinculada a circunstancias como la enorme expansión del crédito, especialmente hipotecario, al aumento y completa generalización del acceso minorista a los servicios bancarios, la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad, la difusión del empleo de las nuevas tecnologías en las relaciones con los clientes y, no cabe duda, debido también a la profunda crisis del sector financiero durante los años más recientes”.

Algún autor enmarca esta Orden en el ámbito de la nueva gobernanza del sistema financiero en la Unión Europea al considerar que la transparencia, la confianza del consumidor, y la estabilidad financiera son las bases sobre las que se apoya aquélla. “La crisis económica ha enfatizado las deficiencias que persisten en este ámbito y que dificultan el mejor aprovechamiento por parte de los ciudadanos europeos de las ventajas del mercado interior en lo que se refiere a los servicios financieros. Se trata de un mercado aún muy fragmentado que la UE opta por armonizar mediante Directivas y en el que los Estados por tanto tienen un papel decisivo”²¹⁵.

Por otra parte, la Orden aborda diversas materias que en su momento estaban siendo objeto de debate en el seno de la Unión Europea, apuntando algún autor²¹⁶ la conveniencia de que no se recogiese estas materias en tanto no se adoptaran las decisiones europeas correspondientes. Sin duda, la iniciativa más avanzada era

²¹⁵ TOMÁS MARTÍNEZ, G: y GÓMEZ URQUIJO, L: “La protección al cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza financiera europea. Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, Diario La Ley, Nº 7842, Sección Doctrina, 20 abril 2012, pág. 1.

²¹⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”. Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 5/2013, pág. 94.

la entonces propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2011, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, en la que se adoptan numerosas medidas relacionadas especialmente con la información precontractual y contractual, sobre evaluación de solvencia y sobre asesoramiento. Pero, a mi juicio, no se podía esperar y había que avanzar. Además, la entonces propuesta, hoy ya Directiva, será objeto de trasposición al Derecho interno esperemos que mediante Ley que ya incidirá de forma clara en el ámbito contractual y no en el meramente administrativo como ocurre con la Orden.

a) Ámbito de aplicación

La Orden cuyo objeto es garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios es de aplicación, de acuerdo con su art. 2, “a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas”.

Desde el punto de vista *objetivo*, la Orden se aplica a los *servicios bancarios* entendiendo por tales “aquellos que comprenden los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, la concesión de crédito y préstamo, los servicios de pago y las demás actividades incluidas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, excepto las mencionadas en las letras h) a m)

excepto las mencionadas en las letras h) a m)²¹⁷ hoy derogado y sustituido por el Anexo de la LOSSEC al que se remite el art. 12.1 y,

²¹⁷ La relación que hacía el art. 52 LDIEC de las actividades y, por tanto, de las operaciones y contratos que pueden realizar en España cualquier entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea era la siguiente:

a) Las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

b) Las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales.

c) Las de "factoring" con o sin recurso.

d) La de arrendamiento financiero.

e) Los servicios de pago, tal y como se definen en el artículo 1 de la Ley de servicios de pago.

f) La emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando esta actividad no esté recogida en el apartado e).

g) La concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares.

h) *La intermediación en los mercados interbancarios.*

i) Las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto: Valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras. Para realizar las operaciones citadas las entidades de crédito comunitarias podrán ser miembros de los mercados organizados correspondientes establecidos en España, siempre que ello esté permitido por las normas reguladoras de éstos.

j) La participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación, y aseguramiento de la suscripción de emisiones.

k) El asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: Estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares.

l) La gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares.

ll) La actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta.

m) La realización de informes comerciales.

n) El alquiler de cajas fuertes.

ñ) La emisión de dinero electrónico.

por tanto, de las operaciones y contratos que pueden realizar en España cualquier entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea por lo que hay que entender tales actividades exceptuando las que figuran en los números 7 a 13²¹⁸.

Por tanto:

1.- Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables.

2.- Préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el forfaiting).

3.- Arrendamiento financiero.

4.- Servicios de pago, tal como se definen en el artículo 1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

²¹⁸ A saber:

7. Transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto cualquiera de los siguientes instrumentos:

- a) Instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etcétera).
- b) Divisas.
- c) Futuros financieros y opciones.
- d) Instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés.
- e) Valores negociables.

8. Participación en las emisiones de valores y prestación de los servicios correspondientes.

9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas.

10. Intermediación en los mercados interbancarios.

11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios.

12. Custodia y administración de valores negociables.

13. Informes comerciales.

5.- Emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando dicha actividad no esté recogida en el punto 4.

6.- Concesión de garantías y suscripción de compromisos.

7.- Alquiler de cajas fuertes.

8.- Emisión de dinero electrónico.

Quedan excluidos del ámbito de esta Orden ministerial los servicios, operaciones y actividades comprendidos en el ámbito de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Por tanto, las actividades en las que las entidades de crédito actúan como intermediarios en los ámbitos del Mercado de Valores y del seguro.

Desde el punto de vista *subjetivo* la Orden es de aplicación cuando esos servicios bancarios son prestados por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras (y por las entidades aseguradoras en los supuestos de hipoteca inversa) y cuando el cliente sea una persona física. Incluye este ámbito a los clientes potenciales habida cuenta que establece unas obligaciones de información previa a la formalización de los contratos y, por tanto, antes de que exista ninguna vinculación que permita calificar a la otra parte de cliente.

El cliente debe ser persona física por lo que *a priori* se excluyen las personas jurídicas. En todo caso, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes

podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en el capítulo II del título III, esto es, las normas referentes a los préstamos y créditos hipotecarios. En definitiva, que dado que los contratos bancarios son de adhesión, difícilmente un profesional, un empresario o una persona jurídica de carácter mercantil serán beneficiarios de las normas de transparencia incluidas en esta orden. Vemos así que para que la presente norma sea de total aplicación se requiere que el cliente sea persona física y actúe fuera de su ámbito de actividad profesional o empresarial, lo que coincide con el concepto en nuestro Derecho de consumidor. Quedan fuera, en todo caso, las personas jurídicas²¹⁹.

Hasta la entrada en vigor de esta Orden, en la mayoría de los casos, la normativa de disciplina bancaria se refería al “cliente bancario” sin mayores distinciones, de tal manera que podría entenderse como tal, cualquier persona que concertara un contrato bancario con una entidad de crédito. Este es el caso de la Orden EHA 1718/2010, de 21 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios bancarios y de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 derogada por la Orden EHA 2899/2011. Como señala ROY

²¹⁹ Como señala Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (“Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, Diario La Ley, Nº 7778, Sección Doctrina, 18 Ene. 2012, Año XXXIII, Ref. D-21, pág. 1), “podía haberse previsto la posibilidad de extender en análogos términos potestativos la aplicación de la Orden a determinadas personas jurídicas, en función de sus características y dimensión económica; y ello con independencia de que algunas de sus previsiones se apliquen en todo caso únicamente a las personas físicas (como es el caso de los arts. 20 y siguientes, relativos a los créditos y préstamos hipotecarios). Por ejemplo, podría preverse su aplicación a las PYMES, tomando como base los criterios que la legislación mercantil emplea para su definición”.

PÉREZ²²⁰, el concepto de “cliente bancario” que introduce esta Orden rompe con la noción anterior y cambia de criterio no sólo porque restringe que debe entenderse por cliente, sino porque ni siquiera lo hace para situarse en el mismo plano que la normativa de consumo. Así, la normativa de transparencia sólo se aplicará a los clientes personas físicas, excluyéndose en todo caso a las personas jurídicas. Además, se aplicará siempre que la persona física esté actuando en su ámbito privado o familiar; y, por último, su aplicación a la persona física que actúe en el ámbito profesional o empresarial, dependerá de la voluntad de las partes, que podrán acordar que los aplique total o parcialmente lo dispuesto por el, todo ello con excepción de la regulación relativa a créditos y préstamos hipotecarios a los promotores y constructores inmobiliarios que sean una persona física, es decir, que a estos últimos la normativa se aplicará en todo caso.

No se entiende muy bien la razón de esta exclusión habida cuenta que un profesional o un empresario se encuentran en igual situación de desequilibrio frente a la entidad de crédito que un consumidor. Este será merecedor de un *plus* de protección, exigido, por otra parte, por la legislación europea y nacional, pero, en todo caso, parecería lógico que las normas de transparencia fueran exigibles sea quien sea el cliente. Como señala ALCALÁ DÍAZ²²¹, la “OM se sitúa en la orientación propia de la normativa comunitaria de protección de los consumidores”, lo que parece correcto cuando el cliente tenga este carácter pero no a costa de excluir de protección a los que no reúnan esta condición.

²²⁰ ROY PÉREZ, C.: “El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros” en *Revista de Derecho Mercantil* 287, enero-marzo 2013, pág. 157.

²²¹ ALCALÁ DÍAZ, M.A.: *La Protección del Deudor Hipotecario*, Aranzadi, Cizu Menor, 2013, pág. 66.

C) LA CIRCULAR 5/2012, DE 27 DE JUNIO, DEL BANCO DE ESPAÑA

a) Antecedentes. Circ. BE 8/1990, de 7 de septiembre

La disposición final primera de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 facultaba con amplitud al Banco de España para que desarrollase y ejecutase la Orden. En su desarrollo se aprueba la Circ. 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España a Entidades de Crédito sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

La extensión al conjunto de las Entidades de crédito las normas que, en materia de tipos de interés, comisiones, normas de actuación e información a clientes, se habían establecido ya para las Entidades de depósito mediante la Orden de 3 de marzo de 1987, y la refundición de su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 hacía necesaria la modificación de las subsiguientes circulares del Banco de España y, en concreto, de las Circulares 15/1988, de 5 de diciembre, y 24/1987, de 21 de julio,

Además, conforme a lo previsto en la Orden de 12 de diciembre de 1989, en la Circular 8/1990 se introduce, “como principal novedad del procedimiento de tramitación de las reclamaciones, su previa formulación ante el defensor del cliente u órgano equivalente de la entidad de crédito”, cuya general implantación se estimaba de gran interés.

Este nuevo trámite se justificaba en la motivación de la Circ. 5/1990, “de un lado, en la propia experiencia del Servicio de Reclamaciones, la cual ha puesto de manifiesto un elevado número de allanamientos de las entidades ante las pretensiones de los reclamantes, y de otro, en la estimable proporción de reclamaciones resueltas a satisfacción de los clientes, por los defensores del cliente que ya vienen operando en algunas entidades”. En definitiva, se pretendía con ello agilizar la resolución de numerosas reclamaciones

que con gran probabilidad podrían ser atendidas sin necesidad de una actuación administrativa, que en cualquier caso, resultaría “beneficiada por este trámite previo, al recibir la reclamación más documentada”.

Esta Circular fue objeto de numerosas modificaciones. Así la Circular 22/1992, de 18 de diciembre, que reforma la de transparencia en materia de publicidad de tipos de cambio sobre billetes y divisas, la Circular 13/1993, de 23 de diciembre, por la que se adecua el código de conducta de las entidades de crédito a las directivas comunitarias dictadas en materia de crédito al consumo., la Circular 5/1994, de 22 de julio que pretende adaptar la Circular 8/90 a la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y sobre todo a la Orden Ministerial sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la Circular 3/1996, de 27 de febrero que adapta la circular de transparencia a la Ley de Crédito al Consumo, la Circular 4/1998, de 27 de enero, la Circular 3/1999, de 24 de marzo, Circular 3/2001, de 24 de septiembre, la Circular 4/2002, de 25 de junio y la Circular 6/2010, de 28 de septiembre. Y ha sido derogada y sustituida por la Circ. B.E. 5/2012.

b) Ámbito de aplicación y entrada en vigor

En el capítulo I (objeto y ámbito de aplicación), en lo que se refiere a dicho ámbito, la Circular reproduce el principio establecido en la Orden, que sigue los enfoques más actuales en cuanto al ámbito de protección preferente: el de las personas físicas, aunque la Circular lo extiende a las comunidades de bienes, como es el caso de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas.

Así, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Circular, salvo en lo que se refiere al cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), a los tipos de interés oficiales y a los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios.

La Circular prevé una entrada en vigor escalonada de las obligaciones en ella contenidas. Con carácter general entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE y, por tanto, el 6 de octubre de 2012. Sin embargo, lo referente a la publicación de los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela sobre las operaciones realizadas en cada trimestre natural para los diferentes perfiles de productos y clientes (previsto en el apartado 1 de la norma tercera) así como la remisión trimestral al Banco de España, dentro de los veinte primeros días de cada trimestre, de las información sobre las operaciones más frecuentes realizadas en el trimestre anterior para los diferentes perfiles de productos y clientes (apartados 1 y 2 de la norma decimosexta) comenzará a aplicarse el 1 de enero de 2013 sobre los servicios prestados el trimestre anterior.

Lo previsto en relación con las *explicaciones adecuadas y deber de diligencia* para con el cliente (norma quinta), contenido de la información precontractual (norma sexta), información que se debe resaltar (norma séptima) y políticas y procedimientos de préstamo responsable (norma duodécima) comenzará a aplicarse el 1 de enero de 2013.

Lo previsto en la norma décima comenzará a aplicarse el 1 de julio de 2013.

Lo previsto en el apartado 1 de la norma undécima comenzará a aplicarse el 1 de julio de 2013, debiéndose tener presente hasta entonces lo dispuesto en la disposición transitoria primera.

La previsión a que se refiere el apartado 2 de la norma undécima comenzará a aplicarse en 2014 sobre los servicios prestados el año anterior

c) Contenido general

La nueva Orden EHA/2899/2011 faculta expresamente al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución. Sin embargo, además de esta habilitación de carácter general, a lo largo de su articulado contiene varias habilitaciones particulares y, en otras ocasiones, impone determinadas obligaciones específicas al Banco de España.

En consecuencia, la Circular 5/2012 sustituye a la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, y desarrolla los mandatos que contiene la Orden.

De esta manera, como dice su motivación, mediante el conjunto formado por ambas normas –la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012–, “se pretende configurar un nuevo marco de conducta, que, dotado de una estructura sistemática, con vocación de permanencia y estabilidad, y claramente orientado a la protección de los clientes de los servicios bancarios, deberá regir en lo sucesivo las relaciones entre estos y las entidades de crédito”.

Como veremos en el capítulo siguiente, se regula la información que las entidades deben poner a disposición del público sobre tipos de interés y comisiones, en sustitución de las hasta entonces declaraciones del tipo preferencial y de los tipos orientativos para otras operaciones activas, y de los folletos de tarifas máximas de comisiones.

También se establece la obligación de las entidades de poner a disposición de los clientes, en un formato homogéneo que determina la propia Circular, los tipos de interés habitualmente

aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como las comisiones habitualmente percibidas, también en el caso de los servicios que prestan con mayor frecuencia.

Los datos facilitados servirán de indicación sobre la política de precios de las entidades, permitirán el seguimiento de la evolución de la política de precios de cada entidad y, publicados en las páginas del Banco de España en Internet, facilitarán las comparaciones entre entidades.

Asimismo, se incluye una norma dedicada a precisar el alcance del deber de diligencia que impone la Orden a las entidades, especialmente en lo que se refiere a las explicaciones que deberán facilitar a los clientes en el caso de operaciones bancarias más complejas de lo normal o con riesgos particulares.

También se desarrolla la obligación de las entidades de crédito introducida por la Orden de facilitar al cliente, de forma gratuita, determinada información precontractual para que pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y pueda comparar ofertas similares. Esta información mínima, que por primera vez alcanza a las operaciones de depósito, deberá ser “clara, suficiente y objetiva, y habrá de entregarse con la debida antelación, y en todo caso antes de que el cliente quede vinculado por un contrato u oferta”.

Se establece con carácter general que, antes de prestar cualquier servicio bancario, las entidades deben indicar al cliente el importe de todas las comisiones y gastos que se le adeudarán y, después de ello, le ofrecerán la posibilidad de desistir de la operación. Se detallan determinados servicios bancarios, en especial los de depósito, para los que se especifica en cada caso la información concreta que se debe proporcionar.

También se desarrolla la habilitación al Banco de España para que resalte los elementos esenciales de esa información

precontractual, estableciéndose reglas para que se destaquen, de un modo uniforme, ciertos elementos de las operaciones. Con ello se pretende llamar la atención de los clientes sobre los elementos esenciales del negocio que les ofrecen. Igualmente, se establece un tamaño mínimo que deberá tener la letra que se utilice en cualquier documento de información precontractual o contractual, con el fin de garantizar que toda ella resulte fácilmente legible para cualquier cliente bancario.

Se establece la obligación de las entidades de crédito de entregar al cliente, con independencia de que este lo solicite o no, el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalicen los servicios bancarios, y, en cuanto al contenido de los documentos contractuales, se desarrollan y sistematizan algunos de sus contenidos financieros.

La Orden también determina que las entidades deberán entregar a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación con un contenido mínimo, y se establecen unos modelos normalizados de liquidaciones. La obligación de entregar un documento de liquidación ya existe en la regulación vigente que ahora se viene a sustituir. En uso de esta habilitación, la norma undécima establece el contenido de dichas comunicaciones, y el anejo 4, los modelos para las más habituales, siguiendo los formatos ya vigentes, pero incluyendo algún contenido adicional en casos concretos.

Dentro de las comunicaciones a los clientes, la Orden ha introducido una novedad relevante, consistente en que las entidades de crédito deberán remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación –cuyo modelo determina la circular en su anejo 5– en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información prevista en la propia Orden sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior.

Otro de los aspectos importantes de la Circular es el referente al de las políticas y procedimientos de «préstamo responsable». Este concepto que se recoge inicialmente en el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y posteriormente, en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 y que ahora se desarrollan en el capítulo V y, más en detalle, en el anejo 6. Y ello se pretende, no sólo a través del aumento en la información que se debe poner, activamente, a disposición de los potenciales prestatarios, sino, especialmente, mediante la exigencia a los prestamistas de políticas y procedimientos que favorezcan la prudencia y la atención específica a las necesidades y posibilidades de los clientes. Estos principios aludidos, que, como los del resto de la Circular, son reglas cuyo cumplimiento será susceptible de verificación por parte del Banco de España en el marco del proceso de supervisión prudencial de las entidades de crédito, han tenido fuentes de inspiración muy diversas, que, no obstante, comparten el objetivo de promover la prudencia y la profesionalidad de las entidades en su actividad de concesión de préstamos, requiriéndoles unas políticas, unos procedimientos y unas prácticas concretas encaminadas a una mejor evaluación y toma en consideración de la solvencia del deudor. Los principios, en directa aplicación de las enseñanzas obtenidas de las experiencias recientes, tratan de minimizar los riesgos que dicha actividad puede entrañar para las propias entidades y el sistema financiero en su conjunto, por un lado, y para la clientela, por otro.

Por otra parte, se establecen los elementos que deberán incluirse en el cálculo de la TAE, abordando los métodos de cálculo para esos casos incorporando, además, las precisiones apropiadas para dicho cálculo. En este sentido, cabe mencionar la incorporación de las particularidades del cálculo de la TAE de los descubiertos tácitos en los supuestos de retribución en especie; y, por primera vez, se han establecido también los principios y elementos que deben tenerse en cuenta en el cálculo de la TAE de los instrumentos híbridos con garantía de devolución del principal.

También se establece la forma de cálculo de los tipos de interés oficiales, en particular de los dos nuevos introducidos por la Orden: el vinculado a los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, destinados a la adquisición de vivienda en la zona del euro, que se tomará directamente de los publicados por el Banco Central Europeo; y el de los Interest Rate Swap (IRS) a cinco años, que utilizará los publicados diariamente en las pantallas habitualmente empleadas por los operadores financieros.

Se definen los índices y tipos de referencia que deben utilizarse en la determinación del valor de mercado de los préstamos hipotecarios que se cancelan anticipadamente, a efectos de constatar si ha lugar a la compensación por riesgo de tipo de interés prevista en el artículo 9.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Finalmente, la Circular establece las obligaciones formales de las entidades en relación con la información que deben remitir periódicamente al Banco de España. Entre ellas, se incluye la única disposición que afectará a todas las cajas de ahorros, aunque no ejerzan directamente su actividad financiera, las cuales, en razón de lo establecido en la disposición transitoria de la Orden, deben remitir al Banco de España determinada información sobre tipos de interés, a fin de mantener, temporalmente, la publicación de ciertos índices de referencia.

CAPÍTULO III.- REGULACIÓN SECTORIAL DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

En este capítulo vamos a estudiar la regulación sectorial del contenido económico de los contratos bancarios de financiación. Para esto necesitaremos en algunos casos explicar una serie de conceptos previos que luego serán de aplicación en los restantes epígrafes y capítulos.

Y antes de entrar en dicho contenido económico también se hace necesario dar un repaso a las fases por las que transcurre el contrato bancario a los efectos de la normativa sectorial de transparencia, para ver luego, en cada una de ellas, cómo se regula el contenido económico de los contratos de financiación.

A) FASES DEL CONTRATO BANCARIO

A nuestro entender, podemos distinguir tres fases: precontractual, de formalización contractual y de ejecución.

La fase precontractual incluye todo aquello que es previo a la formalización del contrato bancario. Dentro de ella algún autor²²² distingue, desde una visión un poco economicista, una fase previa a la comercialización y otra propiamente comercializadora. En la primera incluye la puesta a disposición del público por parte de las entidades de crédito de “información sobre sus comisiones, gastos y

²²² SÁNCHEZ MONJO, M.: “El nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre” en Revista de Derecho del Mercado de Valores, Nº 10, Sección Crónica del Mercado de Valores, Primer semestre de 2012, Editorial LA LEY, pág. 3 y ss.

tipos de interés aplicables a sus servicios”. En la fase de comercialización incluye la publicidad, la entrega de información previa (documentación precontractual), las explicaciones y, en su caso, el servicio de asesoramiento y la comercialización de servicios bancarios vinculados.

La fase de formalización contractual se corresponde con el otorgamiento del contrato y en ella hay que hacer alusión al contenido del documento contractual así como a la obligación de entrega del mismo.

La tercera y última fase es la de ejecución del contrato que abarca las relaciones de la Entidad de Crédito con su cliente con posterioridad de la formalización del contrato. Aquí hay que mencionar tanto la información previa como la posterior a la prestación del servicio bancario y, en general, todas sus comunicaciones al cliente.

En la *fase precontractual* y en relación a la publicidad, el art. 5 Orden EHA/2899/2011 establece que “toda la publicidad²²³ de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios”. Por su parte, esta última Orden añade a la exigencia de ser “clara, objetiva y no engañosa” que sea “suficiente”

²²³ De acuerdo con el art. 2.1 Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio “se considera actividad publicitaria toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice: prensa, radio, televisión, correo electrónico, Internet u otros medios electrónicos, carteles interiores o exteriores, vallas, octavillas, circulares y cartas que formen parte de una campaña de difusión, llamadas telefónicas, visitas a domicilio o cualquier otro sistema de divulgación”.

y que quede “explícito y patente el carácter publicitario del mensaje”.

En cuanto a la información precontractual, “las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta” (art. 6 Orden EHA/2899/2011).

La Circ. B.E. 5/2012, añade en su norma sexta que “esta información [...] habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez”.

Además de la información anterior, se facilitará gratuitamente al cliente, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo cuando la entidad no esté dispuesta, en el momento de la solicitud, a celebrar el contrato de crédito con el cliente”.

Pero esta información no sólo debe entregarse, también debe explicarse. Por ello la Orden EHA/2899/2011 en su art. 9 establece que “las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera. Estas explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y comunicaciones a las que se refiere esta orden, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente”.

Por su parte la Circ. B.E. 5/2012, en su norma quinta, extiende la obligación de dar las “explicaciones adecuadas” “incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se haya establecido legalmente una información precontractual específica” y, en particular, cuando la relación contractual vaya a girar sobre una operación de activo incluida en el anejo 1²²⁴ de dicha Circ., las explicaciones incluirán una mención a la existencia de dicho anejo, a su contenido y al lugar en que el cliente pueda consultarlo.

“En particular, cuando se trate de préstamos o de créditos, dichas explicaciones deberán incluir datos que permitan al cliente entender el modo de cálculo de las cuotas y de otros posibles costes o penalizaciones, así como una clara descripción de las obligaciones asumidas por el cliente y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En los supuestos en que, en dichas operaciones de préstamo o de crédito, se contemple la existencia de avalistas, estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen”.

Además, en el caso de productos o servicios bancarios que impliquen riesgos especiales, como, por ejemplo, el de un potencial aumento significativo del coste del préstamo como consecuencia de

²²⁴ Aquí se incluyen los préstamos hipotecarios en los que nos detendremos en el capítulo V y los préstamos sujetos a la LCCC distinguiendo dentro de estos: los préstamos en euros a tipo fijo no destinados a la adquisición de vehículos u otros bienes de consumo, cuyo plazo sea igual o superior a tres años e inferior o igual a cinco años; a tipo fijo no destinados a la adquisición de vehículos u otros bienes de consumo, cuyo plazo sea superior a cinco años; a tipo fijo destinados a la adquisición de vehículos, de importe no inferior a 3.000 euros y cuyo plazo sea igual o superior a dos años; a tipo fijo destinados a la adquisición de bienes de consumo distintos de vehículos, de importe igual o inferior a 3.000 euros y cuyo plazo sea inferior a cuatro años; la facilidad de crédito de hasta 6.000 euros en tarjeta de crédito, con tipo de interés fijo o variable aplicable a las disposiciones, abierta con motivo de la adquisición de bienes de consumo; y la facilidad de crédito de hasta 4.000 euros en tarjeta de crédito, con tipo de interés fijo o variable aplicable a las disposiciones, cuya apertura no esté vinculada a la adquisición de bienes de consumo.

sus características específicas; o que, para su correcta apreciación por parte del cliente, requieran la evaluación de múltiples aspectos, tales como la evolución (pasada o futura) de índices de referencia o del precio de productos vinculados cuya contratación resulte necesaria; o que, como resultado de su cuantía y duración, entrañen obligaciones para el cliente que puedan resultar especialmente onerosas; o cuya comercialización se acompañe de una recomendación personalizada, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva de productos o servicios antes mencionados, “las entidades deberán extremar la diligencia en las explicaciones que se han de facilitar al cliente al que se ofrezcan, con el fin de que éste pueda comprender las características del producto y de que sea capaz de adoptar una decisión informada y evaluar, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, la adecuación del producto ofrecido a sus intereses. A tal fin, recabarán del cliente la información adecuada sobre sus necesidades y su situación financiera, y ajustarán la información que le suministren a los datos así recabados”.

Distinto de las “explicaciones previas” es el “asesoramiento en materia bancaria” entendiéndose por este último “toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado”.

A este respecto, cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento, aquellas “deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto”. La prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia de la Orden EHA/2899/2011 e “implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos”.

Por último, dentro de esta fase precontractual y en relación con la comercialización de “servicios bancarios vinculados” a otro servicio, financiero o no, las entidades de crédito “deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones”. Y en caso de que sólo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente “de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios”.

Antes de entrar en la formalización contractual hay que hacer una referencia obligada al análisis previo de la solvencia del cliente y lo que se conoce como “préstamo responsable”. Ya lo señala la propia Motivación de la Orden EHA/2899/2011 al recordar que “dentro de los antecedentes anteriores, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible²²⁵, trató de llevar a cabo un avance

²²⁵ Su art. 29.1 establece que “las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la

sustancial en materia de transparencia bancaria” y a este respecto “se ha introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que, a pesar de su relevancia en el debate internacional²²⁶, aún resultaba ajeno a nuestro Derecho. Se trata del fomento de la responsabilidad en el préstamo. Para ello, la citada ley ha establecido no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (práctica, por otro lado, completamente extendida entre las entidades de crédito españolas), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos”²²⁷.

oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago”.

²²⁶ Véase a este respecto MONTES, F.: “Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

²²⁷ “La crisis financiera mundial de 2008 ha mostrado las conexiones entre el endeudamiento personal y una crisis sistémica: el origen de la crisis financiera en las prácticas de préstamos de alto riesgo en el mercado de EE.UU. demostraron una clara vinculación entre la expansión del crédito ilimitado a empresas y particulares y la estabilidad financiera macroeconómica. La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la conclusión de que el endeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él puede tener graves repercusiones sociales y económicas. Como se recoge en el informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, es necesario modernizar las leyes e instituciones nacionales para que puedan hacer frente con eficacia y eficiencia a los riesgos de endeudamiento de los particulares” (CUENCA CASAS, M.: “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pág. 28).

El desarrollo de este principio se encuentra en el art. 18 Orden EHA/2899/2011 y en la norma duodécima y el anejo 6 Circ. B.E. 5/2012, donde se establece que además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno²²⁸ que resulte aplicable a las entidades de crédito estas prácticas y procedimientos deben proporcionar una adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, la valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo (teniendo en cuenta sus ingresos, activos en propiedad, ahorros, obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías). En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones.

En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración. En estos supuestos, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo

²²⁸ Véase PASCUAL HUERTA, P.: “Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el Derecho comparado” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; PRATS ALBENTOSA, L.: “Régimen jurídico de los ficheros de solvencia” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; y SANTILLÁN FRAILE, R.: “Reglas de funcionamiento de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

Como señala GALLEGO SÁNCHEZ²²⁹, “siendo cierto que las entidades concedentes son las primeras interesadas en la concesión de préstamos responsables ya que, [...] soportan en primera persona el riesgo de impago, no lo es menos que ha quedado demostrado cómo a través de mecanismos, entre los que se encuentra titulización, pueden lograr la externalización del mismo, convirtiendo el riesgo individual en riesgo sistémico que alcanza al conjunto del sistema y que, en definitiva, será soportado por la ciudadanía a través de las vías impuestas a la misma por los Estados. Es imprescindible, por ello, contar con una legislación que controle la concesión de préstamos y créditos irresponsables como mecanismo de garantía de estabilidad del esquema financiero e incluso de prevención del sobreendeudamiento”.

En la fase de *formalización contractual* la primera obligación de la entidad de crédito se recoge en el art. 7.1 Orden EHA/2899/2011: “Las entidades de crédito deberán entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual”. Además deben conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que éste lo solicite, si bien en las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de las copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.

Por su parte, la norma novena Circ. B.E. 5/2012 establece que “las entidades entregarán a los clientes de manera gratuita el documento contractual en la forma convenida por las partes. Dicha entrega podrá realizarse, bien en soporte electrónico duradero que permita su lectura, impresión, conservación y reproducción sin

²²⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su cumplimiento” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pag. 236 y ss.

cambios, bien mediante copia en papel entregada al cliente en el acto de la contratación o mediante envío postal posterior”.

Cuando los contratos se formalicen electrónicamente mediante firmas manuscritas digitalizadas, la entidad entregará a las partes intervinientes “el contrato en soporte papel y/o en soporte electrónico duradero, en el que se reflejarán las firmas digitalizadas y en el que, si alguna de las partes hubiera firmado mediante firma electrónica avanzada, se hará constar la fecha de la misma, la referencia y la autoridad certificadora. En todo caso, si alguna de las partes intervinientes lo solicitara, la entidad remitirá el contrato, por correo electrónico, a la dirección que esta le hubiese facilitado”.

Por otra parte, la entidad retendrá y conservará una copia del documento contractual firmada por el cliente, así como su recibí a la copia del documento, que podrá constar en el propio documento contractual. Cuando la contratación se haya efectuado por medios electrónicos, la entidad deberá conservar constancia documental de lo contratado en soporte duradero. Conservará, asimismo, el recibí del cliente en igual soporte que aquél en el que se haya producido la entrega del contrato. Y cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá, en todo caso, enviar por correo el contrato intervenido; en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

En cuanto al contenido del documento contractual establece el art. 7.3 Orden EHA/2899/2011 en relación con las concesiones de crédito y préstamo, que dicho documento debe recoger de forma explícita y clara, sin perjuicio de lo referente al tipo de interés, comisiones y gastos que veremos en su momento, los siguientes extremos:

- La duración del préstamo o crédito y, en su caso, la condiciones para su prórroga.
- Las normas relativas a las fechas valor aplicables.

- Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.
- Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondría.
- Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.
- Los demás que establezca el Banco de España.

A este respecto la norma décima Circ. B.E. 5/2012 establece las siguientes precisiones:

- En lo relativo a la duración del contrato, se indicarán los gastos que el cliente deba soportar o las compensaciones que haya de recibir, por cualquier concepto, como consecuencia de la finalización de la relación contractual o de su cancelación anticipada, incluidos los reembolsos o compensaciones que puedan corresponderle por los importes ya satisfechos en relación con los servicios o productos que deje de consumir, incluso los correspondientes a productos vinculados que sobrevengan innecesarios como consecuencia de la cancelación; en particular, en el caso de seguros vinculados, se incluirá el derecho del cliente a percibir los extornos de la parte de la prima no consumida.

- En la comunicación previa e individual al cliente de cualquier modificación de condiciones que no resulte más beneficiosa para él y, en particular, para el adeudo de nuevas comisiones o gastos, o para el incremento de las que ya se viniesen devengando, el plazo de

preaviso se computará respecto al momento en el que se prevea la aplicación efectiva de las nuevas condiciones contractuales.

- En el caso particular de la modificación del límite de disposición cuando previamente se hubiera producido un incumplimiento por el cliente de sus obligaciones, bastará con que la citada comunicación previa se realice con una antelación no inferior a diez días; ello sin perjuicio, en su caso, del derecho de la entidad a resolver el contrato por razón de ese incumplimiento, de acuerdo con lo que se hubiese pactado en el contrato y la normativa en vigor.

- Cuando se prevea la prórroga del contrato, se especificará la forma y condiciones en que el cliente podrá expresar su consentimiento a la misma. Cuando se conozcan, se detallarán las nuevas condiciones que resultarán de aplicación al producto o servicio una vez prorrogado, o los mecanismos que se utilizarán para su determinación. En cualquier caso, se recogerá la obligación de la entidad de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga. Cuando, en relación con dicha prórroga, se prevea la existencia de algún coste que deba soportar el cliente, el mismo se especificará en el contrato.

- Se detallarán los derechos que, en caso de incumplimiento por el cliente de sus obligaciones, puedan corresponder a la entidad en relación con las garantías que, en su caso, se hubieran aportado, con indicación clara y precisa de los mecanismos y plazos mediante los que podrán hacerse efectivos tales derechos.

Asimismo, en su caso, se harán constar los siguientes extremos:

a) Cuando el contrato se denomine en una moneda distinta del euro, se deberá indicar la forma de conversión a euros de la misma, así como la comisión que, en su caso, se percibirá por esta conversión.

b) Cuando el perfeccionamiento del contrato se hubiera condicionado a la contratación, simultánea o futura, de otros productos o servicios, sean estos bancarios o de otra naturaleza, los mismos se identificarán de forma precisa junto con las condiciones de contratación y, en su caso, de renovación. También se indicará si deben contratarse con algún proveedor concreto o si su contratación es libre, así como su coste, cuando este sea conocido.

c) En caso de que se haya exigido al cliente la aportación de garantías reales o personales, se indicarán los términos en los que quedarán extinguidas. Los mecanismos y sistemas de resolución de reclamaciones y quejas a los que, en relación con la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del contrato, pueda acceder el cliente. En particular, y sin perjuicio del sometimiento de las partes a los juzgados y tribunales que corresponda, se mencionará la posibilidad de acudir al departamento o servicio de atención al cliente y, en su caso, al defensor del cliente de la entidad.

d) Cuando corresponda, el derecho de la entidad a ceder total o parcialmente los derechos u obligaciones dimanantes del contrato, con indicación de las condiciones en que deba realizarse tal cesión, así como de las notificaciones que, en su caso, deban efectuarse al cliente.

En todo caso, los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. En particular, el tamaño de la letra minúscula no podrá tener una altura inferior a 1,5 milímetros. El contrato deberá reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre el cliente y la entidad, evitará el uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, explicará adecuadamente el significado de los mismos. No se incluirá en el contrato ningún concepto que resulte innecesario o irrelevante para su correcta aplicación e interpretación.

Por otra parte, “cuando las entidades hubieran hecho entrega al cliente de una oferta vinculante y, por cualquier circunstancia legalmente admisible, se produjera una discrepancia entre las

condiciones financieras o de cualquier otra naturaleza que figuren en dicha oferta y las que finalmente se incluyan en el documento contractual definitivo, las entidades vendrán obligadas a advertir clara y expresamente al cliente de dicha discrepancia y a reflejar en el contrato el conocimiento de la misma por el cliente” tal como establece la norma quinta.3 Circ. B.E. 5/2012.

La tercera y última fase es la de *ejecución del contrato*. Aquí se incluyen todas las comunicaciones de la entidad de crédito con su cliente que de acuerdo con lo establecido en el art. 8 Orden EHA/2899/2011 deberán:

“a) reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios;

b) no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo;

c) resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y;

d) no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante”.

Además, “cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario deberá comunicar al cliente, con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con las mismas. En los supuestos de modificaciones de límites o capacidad de disposición de nuevas cantidades, cuando se haya dado previamente la circunstancia de un incumplimiento de obligaciones por parte del cliente, la comunicación se producirá con una antelación no inferior a diez días”.

No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

Como normas comunes para la información precontractual, documentación contractual y comunicaciones dirigidas a los clientes, el art. 11 Orden EHA/2899/2011 señala una serie de requisitos de forma. “Se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio o en cualquier otra lengua acordada entre las partes”.

Por otra parte, con la finalidad de destacar a los clientes los elementos esenciales de la información a la que se refieren los artículos 3 a 6 Orden EHA/2899/2011 y, por tanto, comisiones, tipos de interés, publicidad e información precontractual, el Banco de España podría exigir el empleo de un formato o tipo de letra o comunicación especialmente resaltada. Y así lo ha hecho en las normas séptima.2 in fine, décima.3 y undécima Circ. B.E. 5/2012.

Las entidades facilitarán a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud los aspectos que se mencionan en el artículo 8.3 de la Orden y, por tanto, el tipo de interés nominal aplicado en el periodo ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el periodo que se inicia, las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo y cualquier otro gasto incluido en la liquidación, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

Haciendo uso de la habilitación al Banco de España para establecer modelos normalizados, en el anejo 4 de la Circ. B.E. 5/2012 se incluyen los de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por

las entidades en las citadas comunicaciones y que veremos en su momento. Para los servicios no mencionados en dicho anejo, las comunicaciones se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en el párrafo precedente.

En los casos en que la operación dé lugar únicamente a pagos periódicos prefijados, la entrega de los sucesivos documentos de liquidación podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anejo citado, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago. En caso de modificación de cualquiera de los datos de la tabla, deberá entregarse un nuevo documento íntegro que incorpore los nuevos datos.

Además, las entidades remitirán a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior. Dicha comunicación habrá de ajustarse al modelo incluido en el anejo 5 de la Circular y que veremos más adelante.

Asimismo, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, como mínimo mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes, incluyendo, al menos, la información que se menciona en el anejo 4 (al que nos referiremos en el epígrafe 5.D) de este capítulo). No será obligatorio realizar esta comunicación si en el mes de referencia no se hubiesen producido movimientos en la cuenta corriente. Esto es aplicable también a los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.

Las entidades facilitarán la información a que se refieren los apartados anteriores de manera gratuita en la forma convenida por las partes, siempre que permita al cliente almacenar la información y reproducirla sin cambios.

Los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras. No obstante lo anterior, en el documento que contenga la liquidación de un instrumento de pago se podrá incluir el resumen de movimientos realizados en el período correspondiente.

Las comunicaciones que, en el caso de prórroga de la relación contractual, dirija la entidad al cliente al objeto de obtener su consentimiento, tácito o expreso, a las nuevas condiciones, habrán de realizarse con antelación razonable, o, si así se hubiera pactado, como máximo en el momento de la propia prórroga, siempre que se otorgue al cliente la posibilidad de retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde el momento en que se le comuniquen las nuevas condiciones.

B) CONCEPTOS PREVIOS

Hay dos conceptos que debemos introducir y que serán de aplicación necesaria tanto a las comisiones y gastos repercutibles como a los intereses: devengo y liquidación.

Se denomina *devengo* al momento en el que se adquiere el derecho a percibir la remuneración pactada o a que se reintegre el gasto efectuado. Así, la comisión y el gasto repercutible se devengan en el momento en que se presta el servicio por la entidad de crédito en el primer caso o por el tercero en el segundo. En cuanto al interés éste se devenga por el transcurso del tiempo por lo que habrá que pactar si ese devengo es diario, mensual, trimestral, semestral o anual.

Liquidación es el acto de ajuste formal de la cuenta que mantienen acreedor y deudor con motivo de la relación financiera. La liquidación supone el reconocimiento contable del nuevo derecho nacido -comisión, gasto repercutible, interés- y su satisfacción. Así

p.e. las comisiones iniciales como la de apertura y de estudio se devengan en el momento de formalización del contrato y se liquidan en la misma fecha. Por el contrario, el interés puede devengarse diaria o mensualmente y liquidarse trimestral o anualmente.

2.- RÉGIMEN DE COMISIONES Y DE REPERCUSIÓN DE GASTOS

Una de las cuestiones más relevantes que ha sido objeto de regulación detallada en la normativa de transparencia bancaria ha sido la relativa a las comisiones²³⁰ que perciben las entidades de crédito por los servicios que prestan. A este respecto se ha regulado la información que deben dar a sus clientes en relación a los importes de dichas comisiones y sus eventuales modificaciones, así como la obligación de remisión de información al Banco de España.

La vigente Orden EHA/2899/2011 no prevé la obligación de que las entidades de crédito registren previamente en el Banco de España las comisiones que puedan cobrar por servicios prestados, ni

²³⁰ El tema de las comisiones tiene trascendencia incluso desde la perspectiva del derecho de la competencia. Así, al analizar el Impacto de la Política de la Competencia sobre la Protección al Consumidor el Banco Mundial (*Código de Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero*, junio 2012, http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1339624653091/8703882-1339624678024/8703850-1340026711043/8710076-1340026729001/FinConsumerProtection_GoodPractices_SPANISH_FINAL.pdf, pág. 36) señala que “la autoridad de la competencia y el regulador deberían evaluar el impacto de las políticas sobre la competencia en el bienestar de los consumidores, especialmente con respecto a cualquier limitación a la elección del cliente y la colusión con respecto a intereses y otros cargos y comisiones. Mientras que las autoridades reguladoras de la competencia velan por el cumplimiento de sus políticas y por hacerlas cumplir, no todas llevan a cabo evaluaciones sistemáticas del impacto de las políticas sobre el bienestar de los consumidores. Disponer de la libertad de elección y pagar comisiones o cargos razonables aumentan el bienestar de los consumidores. A menos que la evaluación de impacto se lleve a cabo, el resultado de la política de competencia no se puede medir”.

que tengan un carácter de máximo. No obstante, sí debe haber una información pública sobre las comisiones que se perciban habitualmente por las operaciones y servicios más frecuentes y ello en el formato unificado recogido en la Circ. B.E. 5/2012.

Aunque en una operación financiera el coste más relevante sea, en principio, el interés, comenzaremos estudiando, en primer lugar, las comisiones tal como hace la Orden EHA/2899/2011. Vemos aquí ya una diferencia respecto a la Orden de 12 de diciembre de 1989 que regulaba en sus cuatro primeras disposiciones los intereses y, después, en la quinta, las comisiones.

Con carácter previo al estudio del concepto de comisión cabe plantearse si deben entenderse las comisiones bancarias incluidas en el concepto genérico de interés que da nuestro Código de Comercio. Así, de acuerdo con su artículo 315, "se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor". Desde esta perspectiva podrían considerarse las comisiones incluidas en este concepto de interés por ser una prestación pactada a favor de la entidad de crédito.

Sin embargo, como señala ORDÁS ALONSO²³¹, "el hecho diferencial entre ambos institutos jurídicos radica en que las comisiones no remuneran, en oposición a lo que ocurre con los intereses, la utilización temporal de un capital ajeno sino que su devengo obedece a causas diversas: la posibilidad de servirse de un capital (comisión de apertura), la no disposición de fondos puestos a disposición del cliente (comisión de disponibilidad), etcétera". Y así, define "las comisiones como aquellas remuneraciones percibidas por las entidades de crédito cuyo devengo obedece a conceptos precisos, y que se integran dentro de la delimitación de intereses en sentido amplio; pero que se diferencian de los intereses en sentido estricto

²³¹ ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*. Bosch, Barcelona, 2014, págs. 595 y 596.

por el hecho de regular circunstancias diversas de la utilización de un capital ajeno durante un periodo de tiempo dado".

FERRANDO VILLALBA²³² establece la diferente de naturaleza del interés y de la comisión de la siguiente forma: "en primer lugar, un criterio delimitador por bastante claro parece ser el elemento temporal ínsito en las operaciones que devengan un interés, sea en favor de la entidad de crédito o del cliente. [...] Por el contrario, la comisión se devenga por la prestación de un servicio, sin que deba computarse atendiendo al periodo de tiempo transcurrido, sino que su importe, en principio, será el mismo, independientemente de la duración del contrato. El elemento distintivo entre ambas figuras se centra, pues, en el elemento de la dependencia de interés respecto a la duración de la deuda principal.

En segundo lugar, otro criterio distintivo es el de que la comisión debe obedecer a un servicio efectivo solicitado por el cliente dentro del marco general de gestión de sus intereses por la entidad de crédito, no permitiéndose, [...] el cobro de comisiones por servicios irreales o ficticios, innecesarios o de ningún modo instados por el cliente de la entidad. El cobro de intereses, por el contrario, es el precio debido a la entidad de crédito por la disponibilidad de fondos en favor del cliente durante un período de tiempo determinado. Este segundo criterio distintivo se basa, en consecuencia, en la causa de su devengo. Mientras la comisión es la provisión que el acreedor recibe por diversas razones, principalmente como remuneración por prestar un servicio (comisiones fijas) o los riesgos que corre el primero no cubiertos por interés (comisiones proporcionales), el interés se muestra como una regulación por el uso de capital ajeno".

²³² FERRANDO VILLALBA, M^a.L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 106.

En efecto, como veremos más adelante, el interés es la retribución o el coste del capital en el tiempo. Y en coherencia con ello, el art. 573-6 APCM dice: “El interés es la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude. El interés compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista”. Y continúa concretando más: “El interés puede fijarse mediante el establecimiento, o combinación, de una tasa o porcentaje cierto o variable...” “La aplicación del tipo de interés sobre la suma adeudada irá referida a periodos anuales, salvo que se convenga otra cosa, sin perjuicio de que en todo caso se haya de dejar constancia de su coste efectivo anual”. Deja clara evidencia que el interés está relacionado con el capital y el tiempo.

En todo caso, no podemos olvidar que 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 (art. 1.255 CC).

A) CONCEPTO DE COMISIÓN Y DE GASTO REPERCUTIBLE

La vigente Orden EHA/2899/2011 no define claramente qué se entiende por *comisión*. Sin embargo, en su art. 3.1 establece que “las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes” para añadir después que sólo podrán percibirse comisiones por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente “y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados”.

Vemos así como, indirectamente, está considerando la comisión como la contraprestación por un servicio solicitado en firme o aceptado expresamente por el cliente y efectivamente prestado por la entidad de crédito. Y esta idea es importante porque a la vista

de la misma analizaremos las comisiones que habitualmente se encuentran en los contratos bancarios de financiación.

A este respecto vemos una diferencia respecto a la OM de 12 de diciembre de 1989 que es su antecedente. Su disposición quinta establecía que “las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente” si bien en su párrafo final añade que “en ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”, lo que coincide básicamente con la redacción de la Orden vigente. Pero sin embargo, inicialmente hablaba de “operaciones o servicios prestados”, lo que no es lo mismo; el término “operación” es más amplio, significa “ejecución de algo” según Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (edición 22ª). Esta acepción más amplia de “comisión” permitía entenderla como contraprestación por alguna actuación concreta realizada por la entidad de crédito aunque no fuera estrictamente un servicio y permitía considerar como “comisión” contraprestaciones establecidas en los contratos bancarios que no lo son por razón de la prestación de un “servicio” *stricto sensu*.

Podemos decir con FERRANDO VILLALBA²³³, que cuando hablamos de *comisión*, “o de retribución por la prestación del servicio, englobamos tanto la cantidad que constituye realmente el precio del servicio, como una compensación por todos aquellos gastos que son inherentes a la actividad bancaria y que la entidad de crédito debe asumir, sin que puedan ser repercutidos a la clientela”.

Las comisiones suelen expresarse en porcentajes o en cantidad determinada y pueden ser únicas o periódicas. No suelen considerar como método de cuantificación la relación entre el capital

²³³ FERRANDO VILLALBA, M^a.L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, pág. 160.

y el tiempo (como excepción la comisión de disponibilidad y la de riesgo).

Los *gastos repercutibles* son gastos habidos por razón de servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente. Son gastos para el deudor que no tienen el carácter de ingresos para el acreedor, a diferencia de las comisiones ya que el servicio no lo presta directamente la entidad. En el pacto financiero se establecen obligaciones para el deudor, cuyo coste éste tiene que asumir si pretende concertar la relación con el acreedor. Se desea con su cumplimiento, habitualmente, el aseguramiento del ejercicio de los derechos de crédito que nacen de la relación, el conocimiento de los bienes del cliente o su valoración. Por tanto, estamos ante gastos, exigidos por el acreedor, pero que suponen un derecho de crédito que no nace en su patrimonio. Obligaciones típicas son las de asegurar el crédito, satisfacer los honorarios de profesionales que intervienen en el proceso de formalización (tasadores, Notarios, Registradores...) y asumir las consecuencias fiscales de la operación.

Como señala FERRANDO VILLALBA²³⁴, a este respecto debe realizarse una importante distinción entre: gastos inherentes a la gestión de la entidad y gastos repercutirle al cliente. “Por gasto inherente a la gestión de la entidad, al servicio que se presta, debemos entender aquellas actuaciones normalmente desarrolladas en su reducción, cuyos costes económicos es de presumir que asuma la entidad de crédito. Como contrapartida, ésta podrá, al realizar el cálculo de las comisiones, o al fijar el tipo de interés correspondiente, tener en cuenta dichos costes o gastos, con la finalidad de recibir beneficios por la relación”.

Por el contrario, “el gasto repercutirle al cliente será aquel que, si bien se produce por lo general con ocasión de la prestación de un determinado servicio, no supone la actuación esencial o típica de

²³⁴ FERRANDO VILLALBA, M^a.L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, pág. 146.

la entidad crédito, inherente a la naturaleza del servicio prestado, sino costes o gastos adicionales que pueden producirse o no, según los casos (así gastos de tasación de inmuebles, de gestoría, de correo)”.

Como señala SALINAS ADELANTADO²³⁵, la diferencia entre comisiones y gastos radica en el hecho de que las comisiones son costes que se producen dentro del círculo típico de la actividad bancaria. Los gastos, sin embargo, son costes que se producen fuera del círculo típico de la actividad bancaria. En cualquier caso, esta diferenciación carece de relevancia práctica ya que, por un lado, el régimen jurídico aplicable es el mismo; y, por otro, dada la amplitud de las cláusulas generales en materia de comisiones y gastos, es posible la existencia de algunas de estas que no cumpla el requisito propuesto.

Una tercera categoría, a modo de “cajón de sastre”, sería la de “otros posibles costes o penalizaciones” a los que alude la norma quinta Circ. B.E. 5/2012, precisamente al referirse a los préstamos o créditos, que exige que las explicaciones incluyan datos que “permitan al cliente entender el modo de cálculo de las cuotas y de otros posibles costes o penalizaciones, así como una clara descripción de las obligaciones asumidas por el cliente y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento”.

No se alude directamente a esta categoría de costes ni en la Orden EHA/2899/2011 ni en la propia Circ. B.E. 5/2012. Sin embargo, encontramos en la práctica bancaria, a veces con el nombre de comisión, determinados costes que no son consecuencia de la prestación de un servicio por la propia entidad y que tampoco pueden enmarcarse en la categoría de “gastos repercutibles”. Este sería el caso de la llamada “comisión por reclamación de posiciones

²³⁵ SALINAS ADELANTADO, C.: “La nueva normativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios”, en Revista General del Derecho nº 601-602, octubre-noviembre, 1994, pág. 10.756.

deudoras”, en otros casos denominado “gastos de reclamación”, en los que no hay ni prestación de un servicio ni repercusión de gastos realmente habidos solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente; se aproxima más a una penalización por el incumplimiento. Porque aun considerando que efectivamente la reclamación del impago acarrea un coste a la entidad de crédito, si se calculara éste, sería inferior al importe que se fija en los contratos.

B) RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES EN LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA BANCARIA

La regulación legal de las comisiones y gastos repercutibles se encuentra recogida en el art. 3 de la Orden EHA/2899/2011 y en las normas tercera a undécima y decimosexta de la Circ. B.E. 5/2012.

Dos son básicamente los principios inspiradores de esta regulación: libertad en su fijación y máxima información, además de gratuita, para el cliente. Obviamente la regulación se detiene a detallar el contenido, forma y momento de esta información.

a) Libertad de fijación de las comisiones

El art. 3 Orden EHA/2899/2011 comienza señalando que las comisiones se fijan libremente entre las entidades de crédito y los clientes. Históricamente, los tipos de interés y las comisiones, han estado sometidos a límites legales hasta la O.M. de 17 de enero de 1981, a partir de la cual se inicia un proceso de liberalización que va a culminar con la O.M. de 3 de marzo de 1987 y 23 de julio de 1988. Ambos textos quedaron refundidos en la O.M. de 12 de diciembre de 1989 hoy derogada y sustituida por la Orden EHA/2899/2011.

La disp. quinta de la OM de 12 de diciembre de 1989 también establecía que las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serían las que éstas fijasen libremente.

Pero añadía, y aquí está la diferencia respecto al sistema actual: “No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo”.

Se puede decir que en relación a las comisiones “ha desaparecido el control previo sobre esta cuestión por parte del Banco de España, pues desaparece la obligación de remitir para su registro un folleto, claro y comprensible, como condición de aplicabilidad (comprobación previa de los requisitos generales), pasando a establecerse una serie de normas cuyo cumplimiento por parte de las entidades ha de ser verificado por el Banco de España, como en el caso del resto de normas que les son de aplicación (verificación a posteriori)²³⁶.

En definitiva, la fijación era libre pero las entidades debían registrar en el Banco de España unas tarifas que podríamos denominar de “máximos” ya que no podían percibirse cantidades superiores a las fijadas en las mismas ni comisiones o gastos no mencionados en ellas. Como señala ORDÁS ALONSO²³⁷, “la norma desaparecida, en primer lugar, era de difícil control y, en segundo lugar, suponía una intromisión, en alguna forma, en la política de comisiones de las entidades quienes, en algún supuesto pueden querer favorecer a determinado tipo de clientela, o de producto, estableciendo unas comisiones más bajas para él; y, a contrario, en

²³⁶ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2012, pág. 66.

²³⁷ ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 597.

alguna otra hipótesis puede querer ajustar al alza la comisión de cierto producto, sin que llegue a ser abusiva o a pretender una disuasión a través de la tarifa; de este modo se ha tratado de favorecer la libertad en las relaciones con la clientela".

Este principio de libertad de fijación de condiciones lo encontramos también en el art. 5.1 de la Ley 2/2009, de 31 marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, según el cual "las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas".

b) Límites a la libertad de fijación de las comisiones

No obstante el principio visto de libertad de fijación de comisiones, existen limitaciones que podríamos denominar generales o sustanciales. La Orden EHA/2899/2011 en su artículo 31 al igual que el artículo 52 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, establecen que sólo podrán percibirse comisiones o repercutir se gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos²³⁸.

²³⁸ El punto 3 de la norma tercera de la Circ. B.E. 8/1990 hoy derogada recogía una serie de ejemplos al decir: "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

Y más recientemente, el art. 5.1 LOSSEC establece que “el Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a: [...] b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito [...]. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

Rige así lo que podríamos llamar principio de realidad del servicio remunerado, ya que en otro caso habría que pensar que se trata de una imposición arbitraria y, por ende, carente de causa. Como señala ORDÁS ALONSO²³⁹, ello desplaza sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos servicios prestados y gastos habidos y potencialmente repercutirles, pero ello con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha, etc. sin que a estos efectos sea posible una alusión genérica o pacto alguno de inversión de la citada prueba.

Consecuentemente, no podrán exigirse comisiones de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración, o reiterarse su aplicación en otros descubiertos no pactados que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta.

Del mismo modo, en las operaciones en moneda extranjera (divisas o billetes) tampoco podrán realizar coinversiones artificiales o innecesarias a través de la peseta u otra moneda ni, en el caso de cuentas en moneda extranjera, percibirse comisiones por cambio de moneda por ingresos o de los bienes de efectivo en la misma moneda en que la cuenta es que había, sin perjuicio de los gastos que tengan por la manipulación de las remesas de billetes extranjeros”.

²³⁹ ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 600.

ILLESCAS²⁴⁰ incluye no sólo los supuestos de aceptación del servicio en firme sino también aquellos en los que hay aceptación implícita por el cliente, entendiéndose que hay tal cuando para la práctica de la operación contratada resulte imprescindible la prestación del servicio que devenga la comisión facturada.

En las operaciones con consumidores, el art. 89.5 TRLCU declara nulas de pleno derecho por abusivas las cláusulas que impongan incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptible de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

Fuera de los supuestos regidos por la normativa de protección de los consumidores y usuarios habría que acudir al artículo 1.274 CC según el cual en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de un servicio por la otra parte por lo que, en el supuesto de repercusión al cliente de una comisión que corresponde a un servicio efectivamente prestado, nos encontraríamos ante una obligación carente de causa. Y no existiendo causa, a tenor del art. 1.275 CC, el negocio del que deriva la obligación no produce efecto alguno.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España se ha manifestado en diversas ocasiones en contra de determinadas comisiones estimando que no responden a un servicio efectivamente prestado. Así en el caso de la comisión por emitir un certificado de saldo pendiente en un préstamo hipotecario en el que se pretendía subrogar otra entidad de crédito al amparo de la Ley 2/1994, de 30 marzo; la comisión trimestral por gastos de estudio e información en un préstamo; la comisión por administración del préstamo; la comisión en concepto de cobro y gestión de recibos de un préstamo,

²⁴⁰ ILLESCAS ORTIZ, R.: "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución" en *RDBB* nº 34, abril-junio 1989, pág. 287.

denominada por la entidad "comisión por mantenimiento"; la comisión por el cálculo y emisión de la liquidación de reembolso con motivo de la solicitud de cancelación parcial anticipada efectuada por el cliente; la comisión en concepto de extracto de cuentas periódicas; la comisión de gestión de impagados que se aplicaba en cada vencimiento de un préstamo²⁴¹.

En cuanto a las comisiones por reclamación de deuda, el Banco de España mantiene que las entidades están, en cierta medida, legitimadas cuando sea necesario efectuar reclamación formal a sus clientes de cantidades impagadas para repercutir los gastos originados por las gestiones realizadas para su cobro, pero en modo alguno puede considerarse como servicio bancario el establecimiento de una comisión periódica por las sucesivas reclamaciones que se produzcan (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 1994, pág. 27).

Y, por otro lado, existen otras limitaciones que podríamos denominar legales para determinados tipos contractuales. Así la Ley 2/1994, de 30 marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios en su artículo 3 y en la disposición adicional primera limitó al 1% la comisión por amortización anticipada en los préstamos a interés variable. No obstante, para los préstamos hipotecarios a interés variable concertados a partir del 27 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2003, de 11 noviembre, de medidas de reforma económica, dicha comisión por amortización anticipada no podría ser superior al 0,50% (disp. adic. primera).

Esta misma comisión fue objeto de limitación posterior en la Ley 41/2007, de 7 diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 marzo, de regulación del mercado hipotecario que establece que en su art. 7 para los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y

²⁴¹ Para más detalle véase ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, págs. 601 y 602).

aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades; NO podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial.

En su art. 8 se establece que en las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios antes referidos, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento²⁴², no podrá ser superior: i) al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o ii) al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior. “Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada”.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito establece que para estos les serán únicamente exigibles las compensaciones previstas en la Ley 41/2007, de 7 diciembre, esto es, la compensación por desistimiento.

Esta misma Ley 2/2009 establece que la comisión de apertura, que se devenga una sola vez, englobará cualesquiera gastos de

²⁴² Como ya veremos más adelante en determinados supuestos (Ley 41/2007, de 7 diciembre y LCCC) se ha sustituido el término “comisión” por el de “compensación” precisamente por no haber prestación de servicio alguno.

estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito (art. 5.2.a)²⁴³ y que en el caso de estos préstamos o créditos denominados en divisas, dicha comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito (art. 5.2.b).

c) Publicidad e información

Antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación. En el caso particular de los préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares ocasionados por la concesión de los mismos, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes (norma sexta.1, párr. 2º Circ. B.E. 5/2012).

En la regulación vigente no se establece, a diferencia de la OM de 12 de diciembre de 1989, la obligatoriedad de recoger en un folleto de tarifas los importes máximos que las entidades podrán cobrar por las operaciones bancarias, sino que se hace referencia a

²⁴³ Esta acumulación de las comisiones iniciales en una única comisión única se hacía siguiendo el criterio entonces establecido por la OM 12 de diciembre de 1989 que hoy no es seguido por la Orden EHA/2899/2011.

comisiones habitualmente percibidas por los servicios que se presten más frecuentemente, y que estos estén debidamente actualizados²⁴⁴.

En cualquier caso, subsiste la necesidad de mantener una información pública (norma tercera Orden EHA/2899/2011 y anejo 1 Circ. B.E. 5/2012) sobre las comisiones percibidas por operaciones y servicios más frecuentes, en la forma recogida por la Circular del Banco de España 5/2012, y se regula en determinados supuestos la información precontractual exigible, según los casos y tipo de contratación de que se trate (norma sexta), debiendo recoger el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán. Se mantiene en todo caso la necesaria previsión contractual, así como, en su caso, que se recoja la forma de operar su modificación [artículo 7 c) y f) de la Orden y norma décima de la Circular. La norma octava recoge entre los casos especiales los relativos a la prestación de servicios bancarios de crédito al consumo (LCCC), la prestación de servicios de pago (que se determinarán conforme a la Orden EHA/1608/2010) y la prestación de servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario (capítulo II del título III de la Orden). A continuación, las normas novena y décima recogen, fuera de los supuestos indicados, la obligación de entrega de documento contractual y el contenido de los contratos).

²⁴⁴ Para el caso específico de los servicios de pago (cuentas a la vista, transferencias, tarjetas, domiciliaciones...), desde la entrada en vigor de la OSP (8 de julio de 2010), - toda vez que en la disposición derogatoria se establece que quedaban derogadas todas las disposiciones relativas a la actividad de prestación de servicios de pago de las entidades de crédito contenidas en la Orden de 12 de diciembre de 1989, y expresamente el art. 4 y la letra c) de la disp. final 1ª en relación con el establecimiento de la fecha valor, las entidades dejaron de estar obligadas a incluir en sus folletos de tarifas las comisiones aplicables a los servicios de pago, instruyendo sobre la forma de hacerlo en caso de que voluntariamente lo decidieran, limitándose el Banco de España a publicarlas sin ningún tipo de verificación previa.

Así, cabe indicar que la normativa de transparencia aplicable reconoce, en línea con la anterior, la libertad de pacto de las entidades a la hora de establecer las comisiones que cobren por operaciones o servicios bancarios prestados, y la posibilidad de repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad cliente, son exigibles los siguientes requisitos:

- Deben responder a servicios efectivamente prestados y aceptados o solicitados en firme por el cliente (artículo 3.1 de la orden).

- Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado conforme a los términos específicos establecidos en la Circular del Banco de España 5/2012 (norma tercera y anejo 1). Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y facilitando la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y su importe de manera desagregada por período en que se apliquen. Asimismo, dicha información ha de estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente (artículo 3.2 de la Orden).

- Y se habrán de incluir, en el caso de captación de fondos reembolsables y de concesión de préstamo y crédito, en el documento contractual (artículo 7.3 Orden EHA/2899/2011) tanto las comisiones y gastos repercutibles de aplicación como los derechos y obligaciones de la entidad para la modificación de dichas comisiones, y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.

Para el caso particular de los servicios de pago, la LSP y la OSP establecen que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago entre ellas, todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los gastos.

- Además, habrá que estar a cada tipo de contrato o de operativa en concreto para determinar la obligación de información previa que incumbe a la entidad.

Las entidades deben cumplir una serie de requisitos de información pública en relación con las comisiones que se recogen en el art. 3 Orden EHA/2899/2011 y la norma de tercera Circ. B.E. 5/2012, en un formato unificado que ha sido establecido en los anejos 1 y 2, en vigor desde el 1 de enero de 2013²⁴⁵ de la citada Circular, información que deberá ser actualizada trimestralmente en relación con las operaciones realizadas en cada trimestre natural para las diferentes operaciones y perfiles de producto que se reflejan en el anejo 1 y estar a disposición de los clientes en cualquier momento y de forma gratuita. Y debe estar disponible:

- En los establecimientos comerciales de las entidades, al menos mediante la información concreta y exclusiva (en un lugar destacado que llame la atención del público), a disposición del público, debidamente actualizados a la fecha a que se refieran.

²⁴⁵ Hasta ese momento, lo que será exigible por parte del Servicio de Reclamaciones del Banco de España a las entidades en la resolución de los expedientes que se planteen sobre esta cuestión es que se haya verificado al respecto lo establecido en la Circular del Banco de España 8/1990 en relación con las tarifas, debiendo tener presentes, además, las particularidades en relación con los servicios de pago a partir de la entrada en vigor de su normativa reguladora, tal y como se verá en el apartado 3.3.1.c) siguiente en relación con las comisiones en las cuentas a la vista, y como ya ha quedado expuesto en este apartado.

- En sus páginas electrónicas mediante vínculo que, de forma destacada y legible, se localicen en la pantalla inicial de la primera página y desde la que se podrá acceder directamente a las condiciones de cualquiera de los servicios bancarios a los que se refieran.

- Además, en la página electrónica del Banco de España, pues las entidades deben remitirla a este organismo, conforme a lo previsto en la norma decimosexta de la Circ. B.E. 5/2012 (<http://app.bde.es/csfwciu/faces/csfwciuias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp>).

La información que las entidades deben poner a disposición de los clientes, en la forma expuesta y debidamente actualizada trimestralmente, se refiere a las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos, información que incluirá, de manera sencilla y facilitando su comparación, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y su importe de manera desagregada por período de aplicación. Si el servicio bancario se presta a través de un medio de comunicación a distancia, se deberá indicar, mediante un mensaje claro y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos que se han de repercutir.

Inmediatamente antes de que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático, se deberán indicar, mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos que se han de repercutir. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

Cuando el servicio bancario se presta a través de un cajero automático o de un dispositivo similar y la entidad emisora del medio de pago sea diferente de la titular de aquel, se podrá sustituir la información señalada por el valor máximo de la comisión y demás

gastos adicionales a que pueda quedar sujeta la operación solicitada. En este supuesto, deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo, en su caso, de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago. En lugar visible, figurará un número de teléfono para incidencias.

En cuanto a la información precontractual la norma sexta Circ. B.E. 5/2012 establece que sin perjuicio de lo que en la propia norma se recoge en relación con la información que se ha de prestar según cada tipo de operación y servicio bancario que se enumera y que luego veremos, y de lo establecido en la normativa reguladora de los servicios de pago, antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán; añadiendo que, una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación.

Aparte de esa mención general, aplicable a todos los posibles contratos bancarios, algunas menciones específicas contenidas al respecto en la normativa son las siguientes:

Así en la información previa a la contratación de los créditos excluidos del ámbito de aplicación de la LCCC y distintos de los hipotecarios sobre vivienda deberá facilitar información sobre todas las comisiones y gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad podrá adeudar al cliente, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otras serán aplicables.

En el caso particular de los préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes.

Para el caso de los préstamos hipotecarios, dicha información previa sobre las comisiones se recogerá en la FIPER, y de forma más concreta en la FIPRE (capítulo II del título III de la orden) y que veremos en el capítulo V de esta obra.

En el caso de créditos al consumo, conforme al artículo 10 de la LCCC, se deberá aportar el modelo de Información Normalizada Europea que se contiene en el anejo II, parte del cual (punto 3) se refiere a los costes del crédito.

Y en el de los servicios de pago, la OSP establece la obligación de entrega de información previa tanto en el caso de operaciones singulares (artículo 7) como con carácter previo a la celebración de un contrato marco (artículo 11), debiendo recogerse, en todo caso, los gastos que el usuario debe abonar a la entidad y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los gastos.

Con respecto a la información contractual, la norma octava de la circular recoge, entre los que denomina «casos especiales», los relativos a la prestación de servicios de crédito al consumo (LCCC), la prestación de servicios de pago (OSP) y la prestación de servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario (capítulo II del título III de la Orden), y, a continuación, las normas novena y décima regulan, fuera de los supuestos indicados, la obligación de entrega del documento contractual y el contenido de los contratos, en los que deberá constar de forma clara y explícita, al menos, todo lo indicado en relación con la información precontractual y, por tanto, las comisiones.

En todos y cada uno de esos supuestos, se recoge la obligación de incluir en el contrato las comisiones de aplicación en cada caso. Así:

- En el caso de los servicios de pago, en la norma se regulan de forma separada las operaciones singulares y las amparadas en un contrato marco. Así, y para el caso de las operaciones de pago singulares (no cubiertas por un contrato marco), el proveedor de

servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago la información y las condiciones siguientes: [...] c) Todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos (artículo 8). En relación con las operaciones amparadas en un contrato marco, la entidad deberá ofrecer la información recogida en el artículo 12, tanto sobre el propio proveedor como sobre la utilización del servicio de pago, así como, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago; en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los gastos [12.3.a)].

- En el ámbito del crédito al consumo, el artículo 16 de la LCCC determina el contenido que han de tener los contratos.

- En relación con los préstamos y créditos hipotecarios, el artículo 29 (capítulo II del título III de la orden) preceptúa que los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la FIPER (parte de cuyo contenido se refiere, como se ha indicado, a las comisiones).

A partir del mes de enero de 2014, las entidades remitirán a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados, y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior, debiendo ajustarse dicha comunicación al modelo establecido en el anejo 5 de la circular (modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses).

En el caso de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares), dicho documento se comunicará de forma individualizada a cada uno de ellos, en lo que respecta a las operaciones que le afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación. No

obstante, en cada producto en el que haya más de un titular se indicará el número total de cotitulares.

La posibilidad de modificar las condiciones pactadas en el caso de los contratos con un plazo de vencimiento determinado -y también, por tanto, las comisiones- debe estar recogida en el propio contrato. Cuando se trata de contratos de duración indefinida, es posible que se puedan introducir modificaciones sin estar específicamente recogidas en el contrato, siempre que se haga verificando el procedimiento establecido en la normativa, si bien es frecuente que en el propio contrato se recoja el procedimiento de modificación.

Así, y hasta la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago primero, y de la Orden de Transparencia después, la entidad debía comunicar los cambios operados (también en relación con las comisiones) en la forma establecida en el contrato, siendo suficiente con que se hiciera con antelación adecuada o razonable a su aplicación, mientras que en el caso de los contratos de duración indefinida se había venido considerado que podría también ser realizada mediante su publicación en el tablón de anuncios de sus oficinas durante los dos meses siguientes a la referida modificación, no pudiendo aplicarlas hasta transcurrido ese plazo -salvo en aquellos casos en los que la percepción de comisiones y/o gastos supusiera una situación nueva para el cliente, en cuyo caso deberán notificarse con antelación suficiente a los interesados, de forma individualizada, las nuevas condiciones que van a aplicarse a la cuenta, de modo que se respete su derecho indiscutible a conocer y tener, cuando menos, la oportunidad de decidir de antemano sobre el coste de las comisiones y gastos que le van a ser repercutidos por la entidad, para obrar en consecuencia-.

Con la nueva regulación, se establecen de forma precisa la forma y el plazo en que las modificaciones (también las de las comisiones) referidas deben ser comunicadas, superándose así la indeterminación del concepto jurídico de «antelación suficiente o

razonable» que las entidades debían precisar contractualmente, y no siendo admisible una forma de comunicación que no sea personalizada. Los plazos mínimos de antelación serán diferentes según el tipo de producto o servicio bancario:

Conforme a la LSP, se podrán aplicar de forma inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente, debiendo, en cualquier caso, informar sobre ellas en la primera comunicación que se le dirija. En el resto de casos, las modificaciones contractuales deberán seguir el procedimiento establecido en la ley o, si consta, en el contrato, el cual deberá contemplar necesariamente, por imperativo legal, en todo caso, la necesidad de efectuar la comunicación en papel u otro soporte duradero con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

Para el resto de operaciones y servicios bancarios, la Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 8.2 un plazo de comunicación de las modificaciones contractuales, en este caso de las comisiones, no inferior a un mes, el cual será aplicable al resto de contratos que no sean servicios de pago, debiendo indicarse también los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con aquellas. En todo caso, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

Del mismo modo, por tanto, en aquellos casos en los que, al margen de lo establecido en el contrato, y dentro de su libre política comercial, la entidad haya decidido retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, para que la entidad pueda variar dicho régimen, se ha de verificar el procedimiento establecido para las modificaciones contractuales, mediante una comunicación previa (de uno o dos meses, mínimo, según el tipo de contrato) e individualizada a los clientes afectados en la que se explicarán convenientemente las nuevas condiciones aplicables, y muy particularmente el cese de la gratuidad de que hasta entonces venía disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir, en su caso, el contrato suscrito con la entidad.

Como señala la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2012 (pág. 71), “en la regulación de transparencia vigente se mantiene el sistema de libertad de pacto, pero ya no se prevé la obligación de las entidades de registrar en el Banco de España sus comisiones ni que tengan el carácter de máximo. Solo podrán, en todo caso, percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme y aceptados expresamente por el cliente, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”.

Sin embargo, dicho Servicio “considera que no se puede valorar que exista respecto de esta cuestión una menor protección al cliente de productos bancarios en lo que se refiere a la transparencia respecto del cobro de comisiones”, ya que:

“– no solo se mantiene en la nueva normativa sectorial de transparencia una información pública de las comisiones que las entidades cobran más frecuentemente a sus clientes (que ha de estar disponible en cada entidad en la forma indicada y también se remitirá al Banco de España),

– sino que se refuerzan tanto la obligación de información previa especialmente como el contenido de los contratos respecto de esta cuestión,

– así como también la forma y el plazo mínimo para comunicar las modificaciones contractuales que afectan, entre otras, a las comisiones aplicadas (no resultando ya, por ejemplo, posible que una modificación contractual se pueda comunicar mediante publicación en el tablón de anuncios, sino que siempre se deberá hacer de forma individual, con una antelación de un mes o de dos en el caso de servicios de pago).

– Sin olvidar, además, no solo el detalle con que se regula el contenido de los documentos de liquidación que se han de entregar a los clientes, sino también la introducción de la obligación (a partir de

enero de 2014) de entregar un resumen anual de comisiones e intereses, según el modelo contenido en el anejo 5 de la circular”.

C) CONTABILIZACIÓN POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE LAS COMISIONES BANCARIAS

Para entender la proliferación de las comisiones bancarias merece la pena que nos detengamos en analizar la perspectiva del acreedor que las percibe, esto es, de la entidad de crédito. Y para ello nada mejor que ver cómo inciden en su cuenta de resultados.

Como señala Ignacio FUENTES²⁴⁶, “las comisiones percibidas por las entidades de depósito españolas, en 2009 representaron en torno al 25% del margen bruto” entendido éste como el resultante de las actividades normales de las entidades antes de deducir los gastos de explotación, las pérdidas por deterioro de activos, las dotaciones a provisiones, los impuestos y otros gastos e ingresos extraordinarios. Y constituyeron ese año la segunda fuente generadora de ingresos de su actividad tras los intereses. Aunque existen numerosos estudios sobre la evolución de estos últimos, “los referidos a las comisiones son muy escasos, probablemente porque su análisis resulta particularmente complejo, como consecuencia de la amplia diversidad de los servicios sobre los que se repercuten, de los distintos sistemas de registro en la contabilidad y de los diferentes requisitos de información sobre las mismas”.

La forma de contabilización para las entidades de crédito de las comisiones se encuentra regulada en la Circ. B.E. 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre Normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros y supuso un cambio radical respecto al sistema anterior recogido en la

²⁴⁶ FUENTES, I.: “Evolución reciente de las comisiones por servicios bancarios” en Boletín Económico del Banco de España, febrero 2010, pág. 57.

Circ. B.E. 4/1991, de 14 de junio, a entidades de crédito, sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros.

En efecto, según lo dispuesto en la norma quinta de la Circ. B.E. 4/1991, en aplicación del principio del devengo, eran periodificables las comisiones de disponibilidad de los créditos, las de operaciones de «factoring» que tuvieran carácter financiero, las percibidas por servicios que se presten o reciban a lo largo de un período de tiempo. Eso significaba que las restantes comisiones, como la de apertura, estudio, novación... se considerasen ingreso en el momento de su devengo.

Por el contrario, la norma trigésima octava de la Circ. B.E. 4/2004, clasifica las comisiones en las siguientes categorías, que determinan su imputación en la cuenta de pérdidas y ganancias:

“a) *Comisiones financieras*: Son aquellas que forman parte integral del rendimiento o coste efectivo de una operación financiera. Estas comisiones se perciben por adelantado y pueden ser de tres tipos:

(i) Surgidas como compensación por el compromiso de concesión de financiación, tal como la comisión de apertura de préstamos y créditos. El reconocimiento del ingreso por estas comisiones se diferirá, salvo en lo que compensen costes directos relacionados, imputándose en la cuenta de pérdidas y ganancias a lo largo de la vida esperada de la financiación como un ajuste al coste o rendimiento efectivo de la operación, tal como dispone la norma decimoséptima, y, si finalmente el compromiso expira sin haberse dispuesto de la financiación, se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias en la fecha de su expiración.

(ii) Surgidas en la emisión de pasivos financieros: ...

(iii) Resto de situaciones: Se diferirán y se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias a lo largo de la vida de la operación

como un ajuste del rendimiento o coste efectivo de la operación, como, por ejemplo, la comisión de estudio e información”.

Vemos así como las comisiones financieras, las más importantes cuantitativamente hablando, se periodifican, esto es, se difiere su consideración como ingreso a lo largo de toda la vida de la operación financiera en la parte que no sea estrictamente compensación de “costes directos relacionados” con la misma.

A estos efectos la propia norma define qué se entiende por “costes directos relacionados” considerando tales “todos aquellos en los que no se habría incurrido si no se hubiera concertado la operación”. Y en ausencia de una contabilidad analítica que lo justifique, o de una identificación individualizada del coste, en el inicio de una operación el importe de las comisiones liquidadas que se podrán considerar ingreso del período y registrar como tales en la cuenta de pérdidas y ganancias, no podrá ser superior al 0,4% del principal del instrumento financiero, con el límite máximo de 400 euros, pudiendo reconocerse en su totalidad cuando su importe no exceda de 90 euros.

En ningún caso pueden reconocerse ingresos por comisiones por importe superior a la comisión cobrada. Los costes directos relacionados identificados individualmente que no alcancen a ser compensados en el inicio con la comisión cobrada formarán parte del cálculo del tipo de interés efectivo de la operación, imputándose en la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con lo señalado en la norma decimotercera²⁴⁷.

²⁴⁷ “*Tipo de interés efectivo*: Es el tipo de actualización que iguala exactamente el valor de un instrumento financiero con los flujos de efectivo estimados a lo largo de la vida esperada del instrumento, a partir de sus condiciones contractuales, tales como opciones de amortización anticipada, pero sin considerar pérdidas por riesgo de crédito futuras. En su cálculo se incluirán todas las comisiones, costes de transacción, primas y descuentos obtenidos, incluidos los que reflejen pérdidas por deterioro del instrumento adquirido, que formen parte del rendimiento del instrumento de acuerdo con lo preceptuado en la norma trigésima octava, cuya

“b) *Comisiones no financieras*: Son aquellas derivadas de las prestaciones de servicios, que pueden ser de dos tipos:

(i) Surgidas en la ejecución de un servicio que se realiza durante un período de tiempo, tal como la comisión por administración de cuentas y las cuotas percibidas por adelantado por emisión o renovación de tarjetas de crédito: Los ingresos se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias a lo largo del período que dure la ejecución del servicio. En el supuesto de comisiones de administración de inversiones por cuenta de terceros, se registrarán en la medida en que se ejecute el servicio, aplicándose simétricamente este criterio a los costes incrementales de dicho contrato.

(ii) Surgidas en la prestación de un servicio que se ejecuta en un acto singular: La comisión se devenga en el momento de la realización del acto singular, tal como las comisiones por suscripción de valores, por cambio de moneda, por asesoramiento o por sindicación de préstamos cuando, en este último caso, la entidad no retenga ninguna parte de la operación para sí misma o la retenga en las mismas condiciones de riesgo que el resto de los participantes.

En las operaciones de crédito en las que la disposición de fondos es facultativa del titular del crédito, la comisión de disponibilidad por la parte no dispuesta se registrará como ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias en el momento de su cobro”.

imputación se realizará a lo largo de la vida esperada del instrumento, o durante un menor período si este es al que las comisiones, primas, descuentos, etc., se refieren. A menos que la entidad pueda estimar con fiabilidad la vida esperada y los flujos de efectivo esperados, la entidad utilizará en la estimación del tipo de interés efectivo los flujos de efectivo y los plazos que se desprendan del contrato del instrumento. El interés efectivo es denominado, en ocasiones, tipo de rendimiento interno a vencimiento de un instrumento financiero; para los instrumentos a tipo fijo es el tipo estimado en la fecha en que se origina, o, en su caso, en la que se adquiere, y para los instrumentos a tipo variable es la tasa de rendimiento hasta la próxima revisión del tipo de referencia”.

Vemos como en las comisiones no financieras se imputan como ingresos en la cuenta de resultados a lo largo del período que dure el servicio y en los servicios prestados de forma puntual en el momento de su devengo por la prestación del mismo. Es de destacar como la comisión de disponibilidad, primero se califica como no financiera y, segundo, se considera como ingreso en el momento de su cobro a pesar de estar en relación con el tiempo. Esto último tiene, a mi juicio, un sentido práctico ya que al liquidarse con carácter trimestral o mensual, salvo que se utilizase siempre el trimestre o el mes natural, cosa que no ocurre en la práctica, habría que periodificarlas, lo que implicaría un coste innecesario, para importes que en muchos casos son muy reducidos.

D) COMISIONES MÁS HABITUALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN

Veamos ahora las comisiones más habituales en los contratos bancarios de financiación. Unas son comunes a todos estos contratos: es el caso de las comisiones de apertura, de estudio, de reclamación de posiciones deudoras o de novación.

Otras son típicas de los contratos de préstamo como la comisión/compensación por amortización anticipada o de los préstamos o créditos hipotecarios: comisión de subrogación activa o por cambio de acreedor, comisión de subrogación pasiva o por cambio de deudor, comisión por emisión de certificación de saldo cero para la cancelación hipotecaria.

Propia de los contratos de servicios como el de cuenta corriente pero que también se encuentran en el de apertura de crédito están las comisiones de mantenimiento y de administración y como típica del contrato de apertura de crédito están la comisión de disponibilidad, la de excedido en cuenta de crédito y la comisión de renovación o de prórroga.

Típica del contrato de descuento es la comisión por devolución de efectos y de los avales y garantías prestados por las entidades de crédito, la comisión de riesgo.

a) Comisión de apertura

La primera comisión existente en todos los contratos bancarios de financiación es la llamada comisión de apertura que tiene por objeto retribuir a la entidad de crédito por la puesta a disposición del cliente de los fondos²⁴⁸ o, si se prefiere, por la actividad inicial de formalización de la operación en concreto, esto es, como contraprestación a los gastos administrativos y de gestión que lleva consigo la “apertura” o inicio de la operación. Esta disposición puede ser en el momento de la formalización del contrato, como es el caso del préstamo, o en un plazo de tiempo, como sería el caso de los contratos de apertura de crédito o de descuento o los de préstamo de disposición gradual, y tal vez por esta razón en la práctica totalidad de los contratos bancarios esta comisión se establece sobre el importe total del préstamo o el límite de la financiación que se establece y como porcentaje sobre el mismo. A veces se fija un importe alzado pero es fácilmente comprobable que se corresponde con un porcentaje que acostumbra aplicar esa entidad de crédito. Y en este caso, como en el resto de las comisiones, pueden también fijarse unos mínimos determinados.

Esta comisión, con carácter general, se devenga y liquida en el momento de la formalización del contrato bancario de financiación. Sólo, excepcionalmente, en los contratos de descuento bancario a veces se establece que el devengo se realice en el momento de la

²⁴⁸ De acuerdo con la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2008, pág. 125, la comisión de apertura “retribuye el servicio de concesión de préstamo”.

formalización pero que su liquidación y pago sea con la primera remesa.

Cuando estaba vigente la OM de 5 mayo 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su Anexo II, cláusula 4ª.1 (y en coherencia con ello también en la norma tercera. Uno. Bis. Circ. B.E. 5/2012), se exigía que “cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará «comisión de apertura» y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula”. También se establecía que “en el caso de préstamos denominados en divisas la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”.

Por tanto, se establecía una única comisión inicial para los préstamos hipotecarios sometidos a dicha OM, incluso si estaban denominados en divisas, y un único devengo. En el régimen de la vigente Orden EHA/2899/2011, no se establece ni una cosa ni la otra, aunque en la práctica, para los préstamos hipotecarios sometidos a esta Orden sí se establece un único devengo y se aplica una única comisión inicial (de apertura). En los restantes préstamos hipotecarios (en los que el prestatario no es persona física y la hipoteca no recae sobre vivienda), sí suele incluirse otra comisión inicial que es la de estudio.

Hay que señalar que así como la OM de 5 de mayo de 1994 sí que destacaba la existencia de esa comisión inicial de apertura para este tipo de operaciones, hay que entender que como un elemento importante del coste, no ocurre lo mismo con la vigente Orden EHA/2899/2011 que no sólo no hace referencia alguna en su texto a dicha comisión sino que ni siquiera se contempla de forma separada y con esta denominación ni en la Ficha de Información Previa (FIPRE) ni en la Ficha de Información Personalizada (FIPER).

En la FIPRE, en las instrucciones para su cumplimentación, sólo se mencionan las “comisiones” en sentido genérico al referirse al “coste total del préstamo” que incluye todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría”. Y en la FIPER al hablar de la TAE hay que especificar, además del tipo de interés, “otros componentes de la TAE”, entre los que se incluye la comisión de apertura pero ni siquiera se cita la palabra “comisión”.

Por el contrario, la norma sexta.1 de la Circ. B.E. 5/2012, al hablar de las informaciones exigibles en la información precontractual, en el caso particular de los préstamos sin garantía hipotecaria, sí establece que “cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes”.

El hecho de que la comisión de apertura se devengue una sola vez, no debe confundirse con el hecho de que, posteriormente se produzcan modificaciones, incluso, ampliaciones del capital prestado, presentándose en estos supuestos una nueva comisión de apertura por el importe ampliado (o/y una comisión de novación). Por otra parte, en los contratos de apertura de crédito, cuando se establece que transcurrido el plazo fijado podrá prorrogarse por períodos anuales hasta un máximo determinado, se establecen comisiones periódicas con cada prórroga que rara vez alguna entidad de crédito la llama comisión de apertura, porque, en la mayoría los casos, es denominada “comisión de renovación”, y sólo en algunos “comisión de reapertura” o “de prórroga”.

No puede aplicarse esta comisión de apertura con otras por servicios similares: así, por ejemplo, no podrá cobrarse

simultáneamente con otra por cambio de divisa en préstamos de esta naturaleza²⁴⁹.

Tampoco puede aplicarse una comisión de apertura adicional sobre un capital al que previamente se le aplicó dicha comisión: tratándose de ampliaciones del importe del capital prestado, no corresponde aplicar una nueva comisión de apertura por el total del préstamo, cuando anteriormente se hubiese cobrado una comisión de apertura por el monto inicial antes de su ampliación ya que, de lo contrario, se cobraría por duplicado²⁵⁰. De igual manera, en los casos de subrogación de deudores, no corresponde aplicar una comisión de subrogación en forma adicional a la de apertura sobre el mismo capital, porque en ambos casos involucraría un mismo servicio²⁵¹.

El mismo criterio aplicó el Servicio de Reclamaciones en el caso de una oferta de subrogación del acreedor, donde la entidad que inicialmente otorgó el préstamo realizó una propuesta de novación del crédito al cliente igualando las condiciones ofertadas por otra entidad, incluyendo nuevamente la comisión de apertura. El Servicio de Reclamaciones consideró que la entidad no podía incluir nuevamente la comisión de apertura, en tanto que no se había prestado un servicio efectivo que la justificase²⁵².

En los casos de arrendamiento financiero (leasing), la comisión de apertura podrá calcularse sobre el objeto de financiación pero no por el precio total del bien financiado cuando sólo parte del mismo es objeto de financiación²⁵³.

²⁴⁹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2011, pág. 244.

²⁵⁰ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2003, pág. 35 y 2007, pág. 94.

²⁵¹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2003, pág. 35.

²⁵² Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2004, pág. 50.

²⁵³ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2006, pág. 116.

Por otra parte, aunque se ha aplicado a la comisión de apertura, un criterio general para las comisiones (y para el tipo de interés) es que las entidades deben informar antes de la contratación y de forma detallada, la existencia de comisiones y las condiciones en las cuales son aplicables. De igual manera, la información que se brinde al cliente en la etapa precontractual es de carácter vinculante para la entidad de crédito. Así, la entidad al emitir una oferta vinculante el mismo día de la formalización del préstamo hipotecario, no incluyó el sello de la entidad ni la firma de ninguna de las partes intervinientes, así como tampoco indicaba el cobro de una comisión por apertura²⁵⁴; o la inducción a error a través de la oferta vinculante que informaba la aplicación de una comisión de apertura del 0%, que hizo pensar al cliente que no se le cobraría nada por dicho concepto²⁵⁵; o la entidad modifica unilateralmente, dos días antes de la firma del crédito con garantía hipotecaria, tanto el tipo de interés como la comisión de apertura, previamente confirmados por correo electrónico²⁵⁶.

Cuestión importante es la de analizar si dicha comisión de apertura responde realmente a un servicio efectivamente prestado. Como hemos señalado, en principio esta comisión retribuye a la entidad por la puesta a disposición del cliente de la cantidad pactada aunque ahora podemos añadir, que dado que el interés es la retribución del capital en el tiempo, la comisión de apertura tiende a compensar a la entidad de crédito por los costes iniciales de preparación y formalización de la operación crediticia. Por ello cabe discutir si efectivamente hay prestación de un servicio o estos costes iniciales son inherentes a toda prestación económica y, por tanto, deben estar incluidos en el “precio” que, en nuestro caso, es el tipo de interés.

²⁵⁴ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2008, pág. 102.

²⁵⁵ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2008, pág. 125.

²⁵⁶ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2008, pág. 97.

Podrá decirse, y decirse bien, que se puede pactar una retribución mixta por los fondos puestos a disposición del cliente, esto es, una cantidad fija inicial (un porcentaje sobre los fondos) y una retribución variable en función del tiempo (que puede ser un tipo fijo de interés pero que al aplicarlo sobre los fondos y por el tiempo que se han tenido es obviamente cuantitativamente creciente con el trascurso del tiempo). Pero esto nos sigue planteando el problema “conceptual” de que la comisión es la retribución por un servicio efectivamente prestado al cliente.

Cabe reiterar dos reflexiones ya hechas: la primera, que parecía más omnicomprendiva y ajustada a la realidad la expresión utilizada en la disposición quinta de la OM de 12 de diciembre de 1989 cuando decía “las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente”. Y la segunda, que la normativa de transparencia no deja de ser de carácter administrativo tal como reconoce el art. 14 Orden EHA/2899/2011, al señalar que lo previsto en esta orden tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina²⁵⁷.

Tal vez nos ayude en nuestra reflexión la “conceptuación contable” de esta comisión. Como ya hemos señalado, la Circ. B.E. 4/2004, clasifica las comisiones en financieras y no financieras. Las primeras son aquellas que forman parte integral del rendimiento o coste efectivo de una operación financiera y dentro de ellas incluye “las surgidas como compensación por el compromiso de concesión de financiación, tal como la comisión de apertura de préstamos y créditos”. El reconocimiento del ingreso por estas comisiones se diferirá, salvo en lo que compensen “costes directos relacionados”, considerando tales “todos aquellos en los que no se habría incurrido

²⁵⁷ Continúa diciendo “conforme a lo previsto en los artículos 1.5 y 48.2 de la LDIEC y 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y su incumplimiento se sancionará de acuerdo con lo previsto por la propia LDIEC” pero hoy tales referencias hay que entenderlas hechas a los arts. 2.1 y 5.4 LOSSEC, norma que ésta que, además, ha derogado el art. 29.2 de la Ley de Economía Sostenible.

si no se hubiera concertado la operación”. “Y en ausencia de una contabilidad analítica que lo justifique, o de una identificación individualizada del coste, en el inicio de una operación el importe de las comisiones liquidadas que se podrán considerar ingreso del período y registrar como tales en la cuenta de pérdidas y ganancias, no podrá ser superior al 0,4% del principal del instrumento financiero, con el límite máximo de 400 euros, pudiendo reconocerse en su totalidad cuando su importe no exceda de 90 euro”.

Vemos como se considera esta comisión como una “compensación” por los costes incurridos en la concesión de la operación de financiación que de no haber llegado a buen puerto la misma no hubieran tenido lugar. Y cuando no haya forma de concretarlos se “valoran” en el 0,40% del principal y con un máximo. Vemos también así que para la valoración de tales costes se establece una proporcionalidad con el importe de la operación.

En definitiva, podemos concluir que, si bien muchas comisiones bancarias hacen dudar de que se correspondan con servicios efectivamente prestados por la entidad de crédito, como veremos más adelante, la comisión de apertura, máxime cuando es la única comisión inicial del contrato de financiación, sí parece que pueda configurarse como la contraprestación de un servicio efectivamente prestado o, tal vez con más precisión, como compensación por los gastos iniciales en los que incurre la entidad de crédito. De hecho alguna entidad la denomina “comisión por gastos de apertura”.

b) Comisión de estudio

La comisión de estudio también llamada a veces “comisión de gastos de estudio” es la segunda de las comisiones que figura en la casi totalidad de los contratos bancarios de financiación. Sólo en los préstamos hipotecarios sometidos al régimen ya derogado de la OM de 5 de mayo de 1994, dicha comisión se subsumía en la de apertura.

En principio, esta comisión responde al servicio que presta la entidad de crédito al cliente estudiando la viabilidad de la operación de financiación. Y digo en principio porque son muchos los autores que entienden que aquí no hay prestación efectiva de un servicio al cliente.

En relación a los “gastos de estudio” señala PETIT LAVALL²⁵⁸, las razones que a su juicio conducen a concluir que dichos gastos nunca debieran ser cargados a los clientes que han obtenido un préstamo hipotecario, razones perfectamente aplicables al resto de los contratos de financiación:

a) Porque es a la propia entidad de crédito a la que interesa con el objeto de evitar posibles riesgos de impago. Así, pone en duda que con ello se preste un servicio al cliente cuando el banco en realidad está actuando *pro domo sua*, siendo, en consecuencia, contrario al artículo 1.274 CC, puesto que su cobro no obedece a una efectiva prestación de servicios.

b) Los gastos en los que incurre la entidad de crédito para estudiar la solvencia del cliente son escasos o nulos. Y cita lo que en la práctica bancaria se conoce como capacidad de endeudamiento que se concreta entre un 30% y un 35% de los ingresos netos del solicitante para cuyo cálculo suele pedírsele las tres últimas nóminas y/o la declaración de la renta de los últimos años²⁵⁹.

c) Dichos gastos lógicamente sólo se cobran a los prestatarios cuando se les concede un préstamo y, por tanto, presentan una

²⁵⁸ PETIT LAVALL, M.V.: “Cláusulas abusivas en los contratos bancarios”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002, pág. 1.349.

²⁵⁹ Entiendo que en la práctica bancaria el análisis de riesgos es más complejo que lo que señala PETIT LAVALL. No hay más que ver lo que se incluye como necesario para el análisis de la solvencia del deudor en el art. 18 Orden EHA/2899/2011 y en el anejo 6 Circ. B.E. 5/2012.

capacidad de endeudamiento suficiente a juicio la entidad y, por el contrario, no se cobran a aquellas personas a las que se deniega el mismo.

d) Las entidades de crédito se dedican profesionalmente a captar fondos del público para aplicarlo precisamente al otorgamiento de créditos y similares, asumiendo el riesgo de dicha actividad. Este riesgo se concreta en la posibilidad de impago por parte del cliente ante una pérdida de su capacidad económica y donde el cobro de comisiones representa precisamente una forma indirecta de disminución del riesgo a costa del cliente.

Por su parte, MARTÍNEZ PASTOR²⁶⁰ afirma "que la comisión de estudio no supone la prestación de un servicio real al cliente, sino a un interés de la entidad prestamista, que está interesada en no tener fallidos y asegurarse de la solvencia del solicitante, de su financiabilidad, informes, etcétera. Es única y exclusivamente a la parte acreditante a la que le interesa esta cuestión para su seguridad, no es un servicio al cliente sin una norma de cautela y prudencia de toda entidad prestamista".

GARCÍA-PITA²⁶¹ entiende que si la entidad lleva a cabo la actividad de estudio del potencial cliente difícilmente se puede sostener que nos encontremos ante un servicio efectivamente prestado, a petición del comitente, lo que nos aleja las comisiones y, en todo caso, nos aproxima al ámbito de los gastos repercutirles.

²⁶⁰ MARTÍNEZ PASTOR, M.: *La póliza de crédito. Ejecución y oposición*, Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, 1992, pág. 79.

²⁶¹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "Las funciones del Banco de España en materia de comisiones y publicidad. La nueva regulación de las comisiones en el sector hipotecario" en RDBB nº 107, julio-septiembre 2007, pág. 83.

ORDÁS ALONSO²⁶² también participa de esta opinión concluyendo que “sólo es lícito el adeudo de una comisión de estudio cuando la misma retribuya un servicio efectivamente prestado por el prestamista”.

En mi opinión, si es discutible que tras la comisión de apertura haya la prestación de un servicio efectivo más lo es aún en el caso de la comisión de estudio, ya que el análisis de la capacidad económica del potencial cliente-deudor es consustancial a la operación de financiación. Es como si un profesional percibe una retribución por analizar la viabilidad de un proyecto y otra por diseñarlo. Esta última actividad incluye el estudio previo de la posibilidad de llevarlo a cabo. Entiendo que habría una mayor transparencia y, desde luego, tendría una mayor justificación, si todos los gastos y servicios necesarios para la formalización del contrato de financiación se agrupasen en una comisión única inicial. Y todo ello agruparlo como un coste inicial, económicamente explicable, bajo una denominación omnicomprendensiva que abarque algo más que lo que es estrictamente prestación de un servicio.

Al igual que la comisión de apertura, la comisión de estudio se devenga y liquida con la formalización del contrato²⁶³ y se establece, generalmente, como un porcentaje sobre el total de los fondos puestos a disposición del cliente y, a veces, se establece un mínimo.

²⁶² ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*. Bosch, Barcelona, 2014, pág. 625.

²⁶³ La aplicación de la comisión de estudio debe realizarse dentro de un plazo razonable una vez prestado el servicio. Así, en una reclamación presentada ante el Servicio de Reclamaciones se observó que la entidad realizó diversos apuntes en la cuenta del reclamante, correspondientes a diversos gastos y a la comisión de estudio de una operación de préstamo concedida un año antes. El Servicio de Reclamaciones estimó que no podía considerarse ajustado a las buenas prácticas bancarias el hecho de que se cargara al cliente la comisión de estudio con un año de retraso y sin previo aviso (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2000, pág. 34).

Sólo en los contratos de descuento, que son de larga duración o incluso de duración indefinida, o en algunos contratos de apertura de crédito con prórroga tácita se establece que esta comisión se puede devengar con carácter anual a la vista del "reestudio" de la renovación de la línea descuento o del crédito.

Entiende ORDÁS ALONSO²⁶⁴ en cuanto a la cuantía de la comisión de estudio, que "en el caso de la existencia documentada, previa a la póliza, de que el prestatario hubiera solicitado tal servicio, su importe no puede ser un porcentaje sobre del préstamo, sino que debe traducir sólo el coste real de los gastos realizados de carácter objetivo y documental". "Lo que no es admisible es que la comisión de estudio se pretenda cobrar cuando el prestatario aporte él mismo cuanta documentación se le pida sobre sus garantías, ni cuando la comisión se separa de los costos reales de la obtención de la información. Nunca deberá tratarse de un porcentaje, dado que no existe conexión entre la cuantía a prestar y la información a aportar o conseguir". Desde este punto de vista, considera ilícito el hecho de que la práctica totalidad de las pólizas bancarias de préstamo o crédito fijen la cuantía de la comisión de estudio en un tanto por ciento del importe total del crédito, no estableciéndose, por tanto, ninguna vinculación entre los gastos que efectivamente le ha supuesto a la entidad la prestación de este servicio y la cantidad repercutida al cliente por tal concepto.

c) Comisión de reclamación de posiciones deudoras

En algunos contratos es denominada así y en otros "gastos de reclamación", "comisión por impagado"... Aquí estamos ante la retribución o, para mejor decir, la compensación por los gastos en los

²⁶⁴ ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 625.

que incurre la entidad de crédito por reclamar el impago²⁶⁵. Por tanto, no estamos ante una verdadera comisión ya que no hay servicio alguno prestado al cliente, salvo que consideremos que con la reclamación se está intentando evitar que el cliente pague intereses de demora. Más se aproxima a unos “gastos repercutibles”, aunque, a mi entender, las entidades la establecen más que otra cosa como cláusula penal que se añade al interés de demora.

Como ha señalado el Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁶⁶, “desde la óptica de las buenas prácticas bancarias y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar, a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que:

- Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).

- Es única en la reclamación de un mismo saldo. En consecuencia, de declararse vencida anticipadamente la totalidad de la deuda, solo podría adeudarse una nueva comisión por este concepto, con independencia de que, por criterios internos de recuperación de impagados, dicha deuda sea pasada al cobro total o parcialmente. Caso distinto sería que en esas circunstancias se llegara a un acuerdo de refinanciación de la misma, de la que resultara un

²⁶⁵ “Esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes” (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2011, pág. 251).

²⁶⁶ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2011, pág. 150. En análogos términos está dicho en la Memoria de 2009, pág. 81 y en la de 2012, pág. 223 en relación a la “comisión por reclamación de descubierto” que es análoga.

calendario de nuevas cuotas a pagar. En este caso sí que sería admisible, de llegar a producirse nuevos impagos de las mismas, la aplicación de la comisión de referencia.

No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación (por ejemplo, notaría²⁶⁷).

– Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales.

Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impago y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no faltan sentencias que consideran cláusula abusiva siempre que concurra un consumidor o usuario la comisión “penalización por recibo impagado” que se añaden a los correspondientes intereses de demora (sent. A.P. de Asturias, Sala de lo Civil, sección 5ª, de 31 enero 2001, sents. A.P. Lugo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 16 abril 2008 y 23 noviembre 2010).

²⁶⁷ Sería el caso de las actas de requerimiento de pago o de notificación.

d) Comisión de novación

Esta comisión retribuye el servicio que presta la entidad de crédito a su cliente al modificar las condiciones establecidas. El Banco de España la describe de la siguiente forma: “Remunera a la entidad por los trámites que debe realizar en la modificación del contenido del contrato y/o en el análisis de riesgos que pueden suponer para la entidad las modificaciones a realizar”²⁶⁸.

Modificaciones serían: la ampliación o reducción de capital, la alteración del plazo, de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, del método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del contrato, la modificación de garantías...

Podría así equipararse a la comisión de estudio aunque, en este caso, sí que habría más justificación porque la entidad de crédito está obligada a estudiar el nuevo planteamiento de la operación sin estar obligada a ello. En la medida que vigente una operación crediticia y negociadas ya sus condiciones la entidad de crédito vuelve a estudiar y renegociar la operación es claro que ésta realiza una actuación no obligatoria y, en cierta medida, un servicio.

Se utiliza como base de cómputo el capital pendiente o el límite de la operación sobre la que se aplica un porcentaje.

A este respecto el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha señalado que es contrario a las buenas prácticas bancarias cobrar una comisión por novación al enervar la subrogación que pretendía formalizar otra entidad en un préstamo, dado que en dichas circunstancias no había mediado la prestación de un servicio a

268

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/otros costes/comisiones/modificaciones.htm> (consulta realizada el 31 de enero de 2015).

solicitud del cliente, sino que venía motivado por haber ejercitado la entidad un derecho conferido por la Ley²⁶⁹.

El artículo 10 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, estableció que en los préstamos hipotecarios a interés variable, la comisión estaría limitada al 0,1% de la cifra de capital pendiente de amortizar cuando la modificación sólo se refiera a la ampliación del plazo del préstamo.

Posteriormente la Ley 41/2007 amplió el concepto de novación de los préstamos hipotecarios, considerando novación modificativa y, por tanto, que no hay extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: Ampliación o reducción de capital; prestación o modificación de las garantías personales; alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; y alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo. En estos supuestos también está limitada la comisión al 0,10%.

e) Comisión/compensación por amortización anticipada

Con carácter previo y para determinar si hay servicio alguno habría que plantearse si el deudor goza de la facultad de resolución anticipada del contrato en los casos en los que no se le reconoce expresamente tal derecho, cosa bastante infrecuente ya que el art. 7º.4 de la OM de 12 de diciembre de 1989 y la norma 6ª de la Circ. 8/1990 del Banco de España ya exigían la constancia en el propio documento contractual de "los derechos del cliente en cuanto al posible reembolso anticipado de la operación". Hoy el artículo 7.3.g Orden EHA/2899/2011 establece la obligatoriedad de que los documentos contractuales relativos a la concesión de crédito y

²⁶⁹ Memoria del Servicio de Reclamaciones de 200, pág. 44.

préstamo recojan de forma explícita y clara “los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del [...] préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían”.

A este respecto, en el cumplimiento de las obligaciones a plazo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts 1.125 y sobre todo 1.127 del CC, el plazo se presume en beneficio de ambas partes y no en beneficio sólo del deudor porque, en este caso, se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola parte, en contra de lo prescrito en el art 1.256. Y a tenor del art. 1.169 CC, "a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación". De aquí se deduce que, con carácter general, no hay un derecho del deudor y una correlativa obligación del acreedor al reembolso anticipado y que, es estos casos, sí hay o un servicio de la entidad de crédito o más bien una actuación conducente a que el cliente pueda realizar la amortización anticipada.

Ahora bien, en el ámbito del crédito al consumo, primero la LCC-1995 (art. 10) y después la vigente LCCC (art. 30), sí se reconoce con carácter genérico y en cualquier momento durante la vigencia del contrato, el derecho del consumidor a amortizar anticipadamente, de forma total o parcial, el crédito concedido.

Establecía la LCC-1995 que no habría lugar a compensación alguna por parte del prestatario salvo que se hubiera pactado expresamente, lo cual es bastante obvio. En este último caso, la compensación no podía exceder del 3% del capital reembolsado anticipadamente en los casos en los que no se contemple en el contrato la modificación del coste del crédito (operaciones a interés fijo), límite que se reduciría al 1,5% en los contratos en los que sí se

contemple este supuesto (operaciones pactadas a tipo de interés variable)²⁷⁰.

Hay que destacar que el art. 10 LCC-1995 insistía en un aspecto muy importante. Establecía que "en ningún caso podrá exigírsele [al consumidor a crédito] intereses no devengados por el préstamo. Esto cerraba el paso a las cláusulas que, en caso de cancelación, exigían todas las cuotas comprensivas de capital e intereses no vencidas. Este tipo de cláusulas, que eran bastante habituales en algún préstamo de financiación, se consideraron como cláusula penal²⁷¹ y de más que dudosa licitud. A este respecto la Sent. A.P. de Granada de 20 de diciembre de 1991 (A.C. Audiencias nº 5, mayo 1992, @167) la consideró abusiva en tanto que establecía "que, en el caso de vencimiento anticipado, la entidad financiadora haría suyos la totalidad de los intereses, aun los correspondientes al tiempo posterior al pago del capital; cláusula que es igualmente contraria a la moral, toda vez que otorga a la entidad financiera un beneficio injustificado y la convierte en verdadera interesada en que su contraparte deje de cumplir el contrato, cuanto antes mejor, ya que de esta suerte recobra el capital y se lucra y enriquece con unos réditos que no han sido devengados".

²⁷⁰ Hay que señalar que para los casos de préstamos hipotecarios la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo), en su art. 3, fijaba una comisión por amortización anticipada del 1%, luego reducida a cero y sustituida por una "compensación" por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, de importe 0,50% durante los primeros cinco años y al 0,25% los restantes.

²⁷¹ De acuerdo con los arts. 1.152 y ss. Cc la misma sería susceptible de moderación por el Juez.

Ya señalaba, VILLALBA²⁷² que "cuando se ha pactado el pago de intereses a cambio del disfrute del capital, tiempo e intereses se entienden compensatorios, de modo que se rompería el equilibrio de las contraprestaciones cuando no se retribuya con intereses el disfrute del dinero durante un tiempo o cuando a pesar de no disfrutarse del dinero en un tiempo se exigen unos interés". Concluía este autor diciendo "que cobrar intereses por un tiempo del que el deudor no ha disfrutado del dinero es abusivo por contravenir el art. 10 la Ley de Consumidores²⁷³ ya que rompe el equilibrio de las contraprestaciones".

En todo caso y sin perjuicio de que en el ámbito del crédito al consumo se explicita en el artículo 6.e) LCCC que el tipo deudor es "el tipo de interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito *utilizado*", y que el artículo 30 de esa misma norma establece que "el consumidor podrá liquidar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento, las obligaciones derivadas del contrato de crédito, teniendo en tal caso "derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir", nadie duda que el interés es la retribución del capital en el tiempo y que, por tanto, y con carácter general para todo tipo de relación crediticia, el interés que perciba la entidad sólo puede ser por el importe y por el tiempo que se ha dispuesto del capital por el deudor.

Entendido en unos casos el reembolso anticipado como un derecho de determinados deudores como es el caso de los consumidores y también de los deudores de préstamos y créditos

²⁷² M. VILLALBA LAVA: "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil". Rev. Actualidad Civil nº 46/1992.

²⁷³ Se refería a la LCC-1995.

con garantía hipotecaria, se ha considerado que no hay servicio alguno que preste la entidad de crédito y, por tanto, tampoco el correlativo derecho a percibir una comisión. Por eso, se suprime toda referencia a “comisión” y se sustituye por otro concepto que es el de “compensación”.

En efecto, de acuerdo con el artículo 30.2 LCCC, “en caso de reembolso anticipado del crédito, el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo”

Dicha compensación, continúa este precepto, no podrá ser superior al 1 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente si el período restante entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año. Si el período no supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente.

En el ámbito de los préstamos y créditos con garantía hipotecaria, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2007, esta norma “cambia, en primer lugar, la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación al ser esta más acorde con su naturaleza. En segundo lugar, se divide esta compensación por amortización anticipada entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación (*sic*) del préstamo, y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés. Se introducen dos elementos para que esta segunda compensación guarde relación con la pérdida económica real para la entidad. El primero es el establecimiento de una base de cálculo que refleje de manera más precisa la exposición al riesgo de la entidad. El segundo es la prohibición del cobro de la compensación en aquellos

casos en que la amortización genera una ganancia de capital para la entidad prestataria, no teniendo por tanto una motivación económica”.

El artículo 8 Ley 41/2007 establece que en las “cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias²⁷⁴, totales o parciales²⁷⁵, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior:

i) al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o

ii) al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior”.

“Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada”, continúa el

²⁷⁴ Terminología, a mi juicio, totalmente criticable. Cuando hay una subrogación no hay cancelación, sino que la obligación subsiste pero con otros elementos personales, en este caso que se está refiriendo a la subrogación activa, una nueva entidad de crédito como acreedor. Y una cosa es que el crédito de la entidad inicial se extinga frente al deudor y deba cancelarlo por cobro en su contabilidad pero la relación obligacional subsiste con otros actores. Tampoco hay cancelaciones no subrogatorias; hay simplemente cancelaciones.

²⁷⁵ Aunque esté generalizada la expresión “cancelación parcial”, no puede dejar de criticarse. La amortización puede ser total o parcial pero cancelar significa según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en registro, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza; acabar de pagar una deuda”.

precepto, lo cual es obvio ya que antes se ha dicho que “no podrá ser superior”.

Aunque con una terminología, a mi juicio, más que desafortunada, la amortización total o parcial se denomina aquí “cancelación no subrogatoria” total o parcial.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en su artículo 7, estos límites sólo son aplicables a los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (9 de diciembre de 2007) y “aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física.

- Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades”.

“En estos contratos de crédito o préstamo hipotecario no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial” y “en cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello”.

Pero hasta la entrada en vigor de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (4 de abril de 1994) no existía limitación alguna en cuanto a la comisión por reembolso anticipado en los préstamos hipotecarios. Esta norma establece para los préstamos a *interés variable* que tanto en los supuestos de subrogación por cambio de acreedor (art. 3) como en los casos en los que no hay subrogación (dis. adic. primera) esta comisión se calcula sobre el capital pendiente de amortizar y se

limita al 1%. Obsérvese que la limitación legal se refería sólo a los préstamos a *interés variable* pero no a los de interés fijo.

En la disposición adicional única del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica (luego tramitado como ley, siendo así derogado y sustituido por la Ley 36/2003), se modifica esta comisión en los supuestos de subrogación activa estableciéndose que aunque no constase en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, a partir de su entrada en vigor (el 27 de abril), la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito se calculará sobre el capital pendiente de amortizar y se limita al 0,50%.

En el caso de préstamos concertados a tipo de *interés fijo* (no sujetos, por tanto, a la Ley 2/1994), la comisión por amortización parcial o total anticipada (sea ésta “subrogatoria” o “no subrogatoria”) sería la que se hubiera pactado en la escritura de préstamo. No obstante, en 1996 el Gobierno emitió una declaración a este respecto: “El Gobierno, tras la consulta con la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y la Asociación Española de Banca Privada (AEB), considera que sería muy positivo que las entidades de crédito redujeran voluntariamente las comisiones por cancelación anticipada de los préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo, hasta un máximo del 2,5% de capital pendiente de amortización, cuando, en virtud de una subrogación, dicho tipo fijo se convierta en una fórmula de tipo variable de interés”²⁷⁶.

Este sería el régimen aplicable hasta la fecha para los préstamos de tipo fijo que no cumplan los requisitos del art. 7 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (préstamos o créditos hipotecarios en que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; préstamos o créditos hipotecarios en que el

²⁷⁶ La cita la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2007, pág. 125.

prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades).

Como recuerda el Servicio de Reclamaciones del Banco de España: “En ocasiones nos hemos encontrado con reclamantes que invocan el contenido de este acuerdo para los supuestos de cancelación anticipada de préstamos a tipo fijo en los que no ha tenido lugar una subrogación de una tercera entidad en el préstamo (por medio de la cual dicho tipo fijo se convierte en una fórmula de tipo variable de interés). En esos casos no es de aplicación el contenido del acuerdo ni, lógicamente, los límites que establece, de forma que la cuantía de la comisión que se debe aplicar dependerá de los pactos incluidos en los respectivos contratos, respetando la normativa bancaria de aplicación”²⁷⁷.

En todo caso, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (expediente n.º 1867/01) ha entendido que una entidad de crédito “se apartó de las buenas prácticas bancarias al adeudar al reclamante una comisión por cancelación anticipada de un préstamo que la propia entidad había declarado vencido anticipadamente por falta de pago. El Servicio entiende que el vencimiento anticipado de la operación a instancias de la entidad no justificaba el adeudo de la comisión, que solo estaba prevista para los casos en que la cancelación se produjera a instancias del prestatario”²⁷⁸.

Este Servicio también ha considerado contrario a las buenas prácticas bancarias:

- El cobro de comisión por cancelación anticipada con ocasión de la modificación de un crédito hipotecario concedido solidariamente a dos titulares y que, posteriormente, quedó sólo uno

²⁷⁷ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2007, pág. 126.

²⁷⁸ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2002, pág. 29.

como deudor por transmisión entre ellos de la propiedad del inmueble gravado²⁷⁹.

- Liquidar la comisión sobre el importe pendiente de amortizar y no sobre la cantidad amortizada anticipadamente según lo pactado en la escritura²⁸⁰.

- El cobro de una comisión por amortización anticipada de un préstamo hipotecario que había quedado exento de dicho importe en el certificado de deuda emitido, como consecuencia de la subrogación de otra entidad en la posición acreedora²⁸¹.

f) Comisión/compensación por subrogación activa o por cambio de acreedor

Esta comisión, propia de los préstamos y créditos hipotecarios, se devenga cuando el deudor subroga a otra entidad de crédito en el contrato de financiación cambiando así el acreedor. Se asemeja, frente a la entidad de crédito inicial, a la comisión por cancelación anticipada.

La Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo), en su art. 3, fijaba una comisión por amortización anticipada del 1%, luego reducida a cero y sustituida por una “compensación” por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia.

²⁷⁹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2002, pág. 36.

²⁸⁰ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2003, pág. 34.

²⁸¹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2005, pág. 94.

En efecto, como ya hemos dicho, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2007, al existir “una regulación sobre la comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario que, al no estar ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad de crédito cuando se produce dicha subrogación, discrimina artificialmente entre las diferentes estructuras de tipos de interés posibles en un préstamo hipotecario”. Desde la perspectiva del objetivo de protección a los clientes, el régimen vigente también resultaba “insatisfactorio, pues permite que estos tengan que abonar una comisión a la entidad prestataria (*sic*)²⁸² incluso cuando la amortización es beneficiosa para esta última”.

Por ello, esta Ley “cambia, en primer lugar, la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación al ser esta más acorde con su naturaleza²⁸³... Ya hemos visto anteriormente sus límites, que están fijados por el artículo 8 Ley 41/2007 (0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, y 0,25 por ciento cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior).

También ha quedado dicho que esta norma hace un trato unitario de lo que esta Ley denomina cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales y parciales. Aquí estaríamos, utilizando esta terminología que ya he considerado en su momento como criticable, ante una “cancelación subrogatoria total”.

²⁸² Obviamente quiere decir “entidad prestamista”.

²⁸³ Ya que la subrogación activa es un derecho del deudor hipotecario no hay propiamente un servicio sino una actuación “debida”.

g) Comisión de subrogación pasiva o por cambio de deudor

Esta comisión, típica de los préstamos y créditos con garantía hipotecaria, se devenga en el momento en que se transmite el inmueble objeto de la hipoteca y, además, el adquirente se subroga en la operación financiera en cuya garantía se constituyó la misma. Por eso el sujeto obligado a su pago sería el adquirente y, por tanto, no la pagaría ni el prestatario ni el acreditado.

En la práctica es una comisión que no comporta demasiados problemas habida cuenta que la entidad de crédito no está obligada a consentir la subrogación de un nuevo deudor y, en la fase de la necesaria negociación con éste, se pacta su importe.

Su naturaleza es muy similar a la comisión de apertura habida cuenta que puede considerarse esta subrogación del adquirente del inmueble como una nueva operación de financiación, con el consiguiente análisis de la solvencia del deudor.

h) Comisión por emisión de certificación de saldo cero para la cancelación hipotecaria

Su consideración como servicio es más que dudosa ya que consiste en comprobar que no se adeuda nada para poder certificar que no hay cantidad pendiente y poder proceder así al otorgamiento de la escritura de cancelación hipotecaria. Parece, a primera vista, una obligación lógica del acreedor la de, además de reconocer en su momento que ha sido totalmente reintegrado de su crédito, realizar todas las gestiones necesarias para que se cancele la garantía del mismo. Esta certificación, en la práctica, sería innecesaria en los casos en que la entidad de crédito otorga la carta de pago y la cancelación, aunque sí lo sería en aquellos casos en que se va a realizar una venta y el comprador quiere comprobar que a pesar de constar la carga en el Registro de la Propiedad no se adeuda nada.

En los contratos de crédito o préstamo hipotecario recogidos en el artículo 7 Ley 41/2007, tal como establece su artículo 8, “la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello”. Por tanto, no podría percibirse cantidad alguna.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁸⁴ considera que, “acorde con criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría, si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública.

Hay que recordar que los clientes pueden llevar a cabo por sí mismos los trámites necesarios para la cancelación registral de su hipoteca, obtenida la certificación de haberse pagado la deuda. Por tanto, las entidades financieras únicamente prestan este servicio si lo solicita su cliente (entendiendo por tal, en las cancelaciones de préstamos hipotecarios, bien el titular del préstamo, bien la persona que está interesada en esta cancelación notarial); resulta imprescindible para que el cobro de la comisión que lo retribuye pueda considerarse procedente que el cliente preste su consentimiento previo no solo a que la entidad realice este servicio, sino a que se le adeuden las comisiones tarifadas e informadas por este concepto.

Así, la comisión remunera la preparación de la documentación necesaria, a petición del cliente, para que sea la entidad la que realice las gestiones y tramitaciones precisas para la cancelación registral de su hipoteca. Es por ello por lo que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España exige que se acredite que se ha

²⁸⁴ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2012, págs. 129 y 130.

prestado un verdadero servicio al cliente, sin que quepa incluir en este supuesto:

– La entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero).

– El simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

Las reclamaciones que llegan al Servicio de Reclamaciones del Banco de España traen su causa, fundamentalmente:

– En el cobro de comisión por la simple emisión del certificado de cancelación económica de la deuda.

– En el cobro por gastos de desplazamiento a la notaría del apoderado de la entidad como representante de esta en su comparecencia para declarar la extinción de la deuda.

En ambos casos se emite un pronunciamiento contrario a la actuación de las entidades reclamadas si cobran comisiones y/o gastos por los conceptos señalados.

– Por falta de información previa acerca de la aplicación de la comisión por las gestiones de preparación de la documentación para la cancelación registral de la hipoteca, así como por el adicional cobro de gastos de gestoría.

Igualmente, se emite pronunciamiento desfavorable a las entidades si no acreditan: i) haber informado a sus clientes con carácter previo de las comisiones y/o gastos aplicables; ii) tener dichas comisiones y gastos debidamente tarifados, y iii) en su caso,

tener autorización para el cargo en cuenta de tales comisiones y gastos”.

i) Comisión de mantenimiento

No es muy propia de los contratos de financiación salvo, en su caso, en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente. Como señala el Banco de España²⁸⁵, “las comisiones son el elemento fundamental del coste de las cuentas corrientes y de ahorro”. La comisión de mantenimiento “se suele pagar para compensar a la entidad de crédito por:

- La custodia del dinero.
- El mantenimiento de los registros necesarios para el funcionamiento del depósito.
- El derecho a ordenar cargos y abonos en la cuenta.
- El servicio de caja básico asociado a la cuenta, que en la mayor parte de las entidades, pero no en todas (dependerá de lo pactado por usted y su entidad en el contrato), incluye los ingresos y reintegros en efectivo o disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta y la entrega de los medios de disponibilidad habitual del depósito: talonarios de cheques o libretas.
- La emisión de documentos (extractos y liquidaciones) que deben facilitar a sus clientes.”

285

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/depositos/comisiones/comisiones.htm> (consulta el 1 de febrero de 2015).

Por otra parte, en los contratos de crédito al consumo el art. 16.k LCCC exige que en el documento contractual se especifiquen “los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas que registren a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea opcional”.

Ya señalaban ALCOVER GARAU y MARTÍNEZ NADAL²⁸⁶ que “la comisión de mantenimiento es aún más dudosa ya que se cobra por el mero hecho de ofrecer unos servicios con independencia de que el cliente los utilice, lo que provoca que la cuantificación sea un puro arbitrio. Se olvida además que en realidad quien presta un servicio por el mero hecho de abrir una cuenta es el cliente, que por ese solo hecho pone a disposición del banco unos fondos que siendo en su caso futura provisión de fondos son un préstamo que al banco se hace y que éste utiliza para financiar operaciones activas a un escaso o nulo interés. [...] Si es dudosa la comisión de mantenimiento en las cuentas corrientes normales, las dudas se acrecientan en los contratos bancarios en cuenta corriente y más aún en los supuestos en que la cuenta corriente es auxiliar de una operación pasiva a plazo. Así, por ejemplo, es abusivo que el cliente pague por el mero hecho de tener una cuenta corriente abierta para comodidad del banco y cuya única finalidad es la que éste le abone determinados intereses y al final le reembolse el capital”.

Tal y como señala la el Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁸⁷, “el mantenimiento de una cuenta bancaria tiene lugar por el mero hecho de su existencia, como un elemento intrínseco al mismo, por lo que debe entenderse aceptado por el cliente mientras subsista dicho contrato, pudiendo afirmarse que la entidad está legitimada para aplicar las comisiones debidamente incluidas en sus

²⁸⁶ ALCOVER GARAU, G. y MARTÍNEZ NADAL, A.: “Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración”, RDBB núm. 70, abril-junio 1998, pág. 543.

²⁸⁷ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011, pág. 151.

tarifas, cumpliendo los correspondientes requisitos establecidos en la normativa”.

j) Comisión de administración

A nuestros efectos es una comisión que aparece en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente en la que se producen los consiguientes cargos y abonos. Por eso, la comisión está vinculada al uso que se haga de ella. Lo normal es que se determine una cantidad fija por cada apunte o movimiento contable que se realice durante el período de liquidación, aunque es frecuente excluir de su aplicación un número determinado de apuntes (p.e., los quince primeros o un número de ellos por período de liquidación) y/o un tipo (p.e. excluir los ingresos en efectivo o los cargos por disposiciones mediante cheque, o los cargos por intereses y comisiones).

Esta comisión es compatible con la de mantenimiento, ya que suele pagarse cuando la entidad presta servicios de cargo y abono adicionales a los cubiertos por la comisión de mantenimiento, tales como adeudos e ingresos por conceptos diferentes.

Entiende ORDÁS ALONSO²⁸⁸ que “el establecimiento de comisiones de administración y seguimiento no está cubierto por el art. 1.258 CC, ya que no es una consecuencia que, según la naturaleza del contrato, sea conforme a la buena fe, al uso o a la ley. En cambio, según el propio 1.258, sí es una consecuencia derivada del contrato de crédito su administración y seguimiento por el acreditante, de lo que se deriva el hecho de que no podrá adeudar la comisión que estamos analizando”.

²⁸⁸ ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 628.

Por su parte, ALCOVER GARAU y MARTÍNEZ NADAL²⁸⁹ señalan: "Por lo que se refiere a la comisión de administración, hay que empezar recordando que en el seno del contrato de Comisión no está prevista ninguna contraprestación a la rendición de cuentas del comisionista, lo cual es lógico si se piensa que no se está en presencia de un servicio que se presta, sino de una actividad que se debe al prestar los servicios por los que se cobra, servicios que son los concretos mandatos de pago o de cobro ejecutados -es como si el vendedor en la compraventa, que recibe un precio a cambio de la entrega de la cosa, quisiera además cobrar un premio por el servicio ofrece de responder por evicción-. Además, el que el cliente pueda calibrar si la cuantía es adecuada resulta imposible, por lo que la posibilidad de cobrar un precio excesivo está servida. Y, por último, y como se acaba de apuntar, si es discutible la llamada comisión de administración en las cuentas corrientes normales, lo es más en los contratos bancarios en cuenta corriente y aún más en los supuestos en que la cuenta corriente es auxiliar de un contrato de préstamo u operación pasiva a plazo: en todos los casos la cuenta corriente se establece en beneficio de la del banco. Así ¿es lógico por ejemplo que el banco en una cuenta corriente auxiliar cobre una comisión de administración por abonar un interés?"

En los casos en los que la entidad de crédito impone al cliente la apertura de una cuenta corriente en alguna de a fin de domiciliar en la misma los pagos periódicos de amortización del préstamo o de canalizar las distintas operaciones de suscripción y reembolso de fondos de inversión, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha entendido que las entidades no están legitimadas para cobrar comisiones de mantenimiento/administración, puesto que no concurre la presencia del principal requisito exigido, esto es,

²⁸⁹ ALCOVER GARAU, G. y MARTÍNEZ NADAL, A.: "Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración"..., pág. 542.

responder a un servicio efectivamente prestado al cliente siendo esta práctica contraria a las buenas prácticas bancarias²⁹⁰.

No obstante, de acuerdo con el art. 12 Orden EHA/2899/2011 y la norma sexta, apartado 2.5.j) Circ. B.E. 5/2012, debe incluirse, dentro de la información precontractual, las comisiones de mantenimiento de las cuentas vinculadas a los créditos distintos de los de consumo (LCCC) y los hipotecarios (arts. 19 y ss Orden EHA/2899/2011) “si estas fueran necesarias para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito (salvo que la apertura de la cuenta o cuentas sea facultativa) [...]”. “Cuando la apertura de una o varias cuentas sea obligatoria para el cliente, los gastos de mantenimiento de ellas no podrán ser modificados unilateralmente por la entidad, siempre que la cuenta o cuentas se utilicen exclusivamente para las operaciones de pago o de disposición del crédito”.

En el ámbito del crédito al consumo, a tenor del párr. 2º del núm. 2 del art. 32 LCCC, “los costes de mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito”, se incluirán en el coste total del crédito para el consumidor, “salvo en caso de que la apertura de la cuenta sea opcional y los costes de ésta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de crédito o cualquier otro contrato suscrito con el consumidor”.

Por otra parte, en los casos de modificación al alza la cuantía de la comisión por mantenimiento cobrada a sus clientes, sin que constase la comunicación previa a los destinatarios, y sin que se recogiese en el contrato el procedimiento a utilizar para llevar a cabo dicha comunicación, tal y como exige la normativa de transparencia bancaria, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁹¹ ha

²⁹⁰ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2000, pág. 48, de 2001, pág. 46 y de 2003, pág. 52.

²⁹¹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2000, pág. 48.

entendido que si bien las entidades están legitimadas para modificar las condiciones contractualmente pactadas aplicables a sus cuentas bancarias, no lo están para el cobro de las mismas si no queda acreditado que la comunicación de dichos cambios no se hizo efectiva a los titulares.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁹² también ha considerado que en los casos en los que la entidad de crédito ha decidido durante un determinado número de períodos no cobrar las comisiones pactadas en el contrato, para que pueda variar dicho régimen, las buenas prácticas y usos bancarios exigen, en todo caso, una comunicación previa e individualizada a los clientes afectados en la que se explicaran convenientemente las nuevas condiciones aplicables y, muy particularmente, el cese de la gratuidad de que hasta entonces venía disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y resolver el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad. Y, en todo caso, respetando el plazo y la forma de su determinación.

k) Comisión de disponibilidad

Esta comisión es propia y exclusiva del contrato de apertura de crédito que define GARRIGUES²⁹³ como "aquel contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado, y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permita obtenerlo al cliente".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1966 lo define como "el contrato por el que el banco pone su caja a disposición del cliente, por cuantía y tiempo determinados,

²⁹² Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2005, pág. 99.

²⁹³ GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios...*, pág. 185.

mencionado en el número séptimo del art. 175 del Código de Comercio, de carácter bilateral, pues a la obligación que contrae el banco de conceder crédito y entregar al cliente las sumas de dinero que, dentro de un límite pactado, reclame, se contraponen el deber del particular de abonar la comisión y los intereses pactados y reembolsar los anticipos recibidos"

Vemos que su esencia no reside tanto en la entrega de dinero como en la concesión de crédito, esto es, permitir que el acreditado mediante sus actos de disposición se convierta en deudor del banco.

La comisión de disponibilidad, a veces mal llamada, a mi juicio, "de no disponibilidad" retribuye el servicio que presta la entidad de crédito al cliente teniendo a su disposición fondos dentro de un límite máximo pactado. El error en su denominación deriva de que su cálculo se realiza sobre la parte no dispuesta del crédito y, más concretamente, sobre el saldo medio no dispuesto. Se entiende que puede medirse el coste del servicio en función de la cantidad que efectivamente ha estado a disposición del cliente ya que por la efectivamente dispuesta se paga un interés.

Su cálculo se realiza exactamente igual que respecto a los intereses por el llamado método hamburgués consistente en multiplicar los días por los importes no dispuestos llegando así a unos determinados importes, llamados números comerciales²⁹⁴, que luego se multiplican por el porcentaje fijado para la comisión de disponibilidad y se divide por el número de días del período de cómputo (que suele ser mensual o trimestral).

²⁹⁴ A veces para facilitar el cálculo con los números comerciales se dividen por cien (llamados números comerciales truncados). Esta división por cien se hace porque en definitiva luego hay que multiplicarlos por el tipo de interés para calcular los intereses o por la comisión de disponibilidad para calcular su importe y uno y otra están expresados en términos porcentuales.

Esta comisión también ha sido criticada por un sector de la doctrina. Así, ORDÁS ALONSO²⁹⁵ entiende que "resulta improcedente el cobro de estas comisiones tanto por violar el artículo 1.258 CC dado que, cuando se solicita la apertura de la cuenta de crédito, es para disponer de su importe al arbitrio del acreditado, consecuencia natural del contrato, como por no responder a ningún servicio efectivamente prestado". En este mismo sentido GARCÍA PITA²⁹⁶ entiende que la comisión de disponibilidad no remunera ningún servicio y, en la medida en que se calcula en función del tiempo, posee una naturaleza más próxima a los intereses que las comisiones propiamente dichas.

Por mi parte, discrepo de estas opiniones y sí considero que hay un servicio efectivamente prestado y solicitado por el cliente. Precisamente la diferencia fundamental entre este contrato y el de préstamo es que en aquél la finalidad esencial del contrato es la disponibilidad de los fondos si fuera necesario, más que la disposición en sí misma. En el préstamo se entrega el total importe y se paga intereses por el total; sin embargo, en la apertura de crédito el interés lo percibe la entidad de crédito sólo sobre las cantidades que se disponen por el acreditado y si no hubiese tal comisión no habría diferencia, a este respecto, entre este contrato y préstamos sucesivos por los importes de las disposiciones.

El acreditado tiene ya un límite concedido y se beneficia de poder disponer de fondos dentro de dicho límite sin necesidad de un nuevo análisis de su capacidad de pago y, también hay que decirlo, sin nuevas comisiones de apertura o tipos de interés superiores. Y lo que es más importante en términos económicos, sin los costes que podrían producirse por no disponer en tiempo de tales fondos. Es

²⁹⁵ ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 627.

²⁹⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "Las funciones del Banco de España en materia de comisiones y publicidad...", pág. 84.

más, en su contabilidad podrá aparecer esta disponibilidad en una cuenta de activo (5721.- Banco ... cuenta de crédito disponible).

De hecho en la propia definición doctrinal de contrato de apertura de crédito que nos da GARRIGUES está el hecho del pago en forma de comisión por la mera disponibilidad, sin perjuicio del lógico pago de los intereses por la parte efectivamente dispuesta.

Así también se deduce de la definición que de este contrato da el APCM en su art. 574-1, “por el contrato de apertura de crédito una de las partes, acreditante, se obliga, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas de dinero, o a efectuar las prestaciones previstas en el contrato que le permitan obtenerlo, a cambio de una retribución” y en el art. 574-4, se dice que “el acreditado está obligado a satisfacer al acreditante la contraprestación convenida por intereses, comisiones y gastos, en el tiempo y forma pactados en el contrato, así como a devolverle la suma total dispuesta del crédito concedido al final del período convenido”.

Y el hecho de que se considera en función del tiempo como en el caso de los intereses no es argumento para decir que no puede considerarse que haya comisión y que su naturaleza se aproxima más a la de los intereses. Ni es la única comisión que se calcula en función del tiempo (también ocurre esto con la comisión de riesgo o con las comisiones de administración), ni parece descabellado que se utilice este parámetro como medida de un servicio; más bien parece lo lógico.

Y entiendo que esta posibilidad de disponer no se retribuye con comisión de apertura que aunque genéricamente pueda entenderse como retribución por la puesta inicial a disposición de fondos, realmente retribuye todas las actuaciones que debe realizar la entidad de crédito para poner en marcha la operación bancaria.

I) Comisión de excedido en cuenta de crédito

Entendemos por excedido en cuenta de crédito el importe de la posición deudora que sobrepasa el límite del crédito pactado. Esta comisión suele establecerse como un porcentaje fijo sobre el mayor de los excedidos habidos en el período de liquidación y es compatible con la liquidación de un interés de excedido que se calcula de forma análoga a los intereses ordinarios sobre las cantidades dispuestas.

En opinión del Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁹⁷, “para que esta comisión pueda adeudarse, debe haber sido concedida (o modificada) una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en permitir que se supere el límite de crédito inicialmente concedido). Facilidad crediticia que:

En una *cuenta de crédito* representa la cantidad por principal de la que dispone el acreditado, con autorización de la entidad, fuera de los límites del crédito y durante su vigencia, por lo que en modo alguno puede considerarse como excedido el principal del crédito una vez vencido este, ni las cantidades por intereses moratorios o convencionales que se acumulen al principal.

En el caso de *tarjetas*, solo puede materializarse como consecuencia de disposiciones efectuadas con la tarjeta, por lo que no podrá adeudarse si en el período de que se trate el cliente no ha efectuado disposiciones con tarjeta que excedan el límite de crédito, y no podrá reiterarse como consecuencia de un mismo excedido, aun en el caso de que el mismo se prolongue en sucesivas liquidaciones de la cuenta.

²⁹⁷ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2009, pág. 82. En análogos términos la de 2000, pág. 33 y la de 2005, pág. 80.

También es contrario a las buenas prácticas bancarias calcular la comisión por excedido tomando como referencia un límite inferior al existente en el momento de producirse el mayor saldo excedido²⁹⁸.

m) Comisión de renovación o de prórroga

La comisión de renovación se produce en los contratos de apertura de crédito cuando vencido el plazo se renueva por otro plazo adicional aunque, generalmente, modificando las condiciones del mismo. Tendría la misma naturaleza y justificación que la comisión de apertura ya que realmente estamos ante una “nueva” operación de crédito. De hecho, en algunos contratos se hacía mención en su lugar a comisión de apertura o de reapertura.

Distinta es la comisión de prórroga, que se produce en aquellos contratos en los que pactado un vencimiento determinado se contempla la posibilidad de prórroga, generalmente tácita. Para la entidad de crédito tiene la misma causa que la comisión de apertura ya que la entidad podría no haber establecido dicha prórroga y se requeriría un nuevo contrato con su consiguiente comisión de apertura.

La verdad es que en estos casos el servicio que presta la entidad de crédito previo a no denunciar la prórroga es el estudio de la solvencia del acreditado para ver si permite continuar el contrato por un período más, de hecho algunas contratos denominan esta comisión como de “reestudio”.

²⁹⁸ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2007, pág. 94.

n) Comisión por devolución de efectos

Esta comisión es propia del contrato de descuento en los que se percibe en el supuesto de que puesto el consiguiente crédito descontado al cobro no sea hecho efectivo. Suele establecerse como un tipo porcentual fijo que se aplica sobre el importe del efecto devuelto, a veces, con un mínimo.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España²⁹⁹ ha declarado que esta comisión no se corresponde con ningún servicio prestado por la entidad, sino que va implícita en su obligación de gestión por la que aquella cobra la correspondiente comisión. En idénticos términos se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12ª), de 18 de enero de 2000, sobre el cobro de la comisión por devolución de un cheque, puesto que además de no corresponder a un servicio efectivamente prestado y no estar prevista expresamente en el contrato, "dicha devolución del efecto y la notificación de su falta de pago es simplemente la dación de cuenta a que viene obligado todo mandatario y comisionista, en base a lo establecido en el art. 1.720 CC en relación con los arts. 250, 260 y 263 CCom".

En el mismo sentido se enmarca la sentencia de 1 de septiembre de 1998 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Jaén por el cobro de una comisión de devolución generada en la gestión de una póliza descuento. Entiende este Juzgado que el devengo de la misma no se produce por la prestación de un servicio adicional prestado al cliente y, por tanto, susceptible de generar una comisión distinta, por lo que carece de causa alguna (art. 1.274 CC).

²⁹⁹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 1995, pág. 19 y Memoria de 1996, pág. 28.

o) Comisión de riesgo

Esta comisión es propia de los avales bancarios o de las garantías que presta la entidad de crédito frente a terceros en favor de sus clientes. Estamos aquí en lo que GARRIGUES³⁰⁰ llamaba “préstamo de firma” en los que la entidad de crédito “no quiere convertirse en acreedor, sino tan sólo en deudor subsidiario, reforzando el crédito del deudor principal”.

El servicio que aquí presta la entidad es facilitar a su cliente el acceso al crédito de un tercero o reforzar su solvencia para permitirle acceder a un concurso público, un arrendamiento, garantizar el pago o devolución de cantidades a terceros... Por ello, es proporcional a la cuantía garantizada (un porcentaje) y al tiempo (suele ser trimestral y se devenga y liquida al comienzo del mismo), aunque suele establecerse un mínimo.

E) GASTOS REPERCUTIBLES MÁS HABITUALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN

Veamos ahora los gastos repercutibles más comunes en los contratos bancarios de financiación. Entre ellos están: gastos de correo, gastos de tasación de los bienes objeto de garantía, gastos de intervención notarial de los contratos, gastos de documentación de la operación hipotecaria (también notariales) y de su inscripción en el registro de la propiedad, gastos de gestoría, costes fiscales, gastos y costas judiciales y los costes derivados de la contratación de un seguro.

³⁰⁰ *Contratos Bancarios...*, pág. 237.

a) Gastos de correo

Estos gastos recogen el coste que supone, sin beneficio para la entidad de crédito, el envío de cualquier documento que mantenga informado al cliente de su situación.

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, no se adeudarán estos gastos a los clientes por el cumplimiento de sus obligaciones de información cuando obviamente estén referidas a este tipo de servicios o a los contratos que los sustentan. No obstante, podrá acordarse su cobro por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de ésta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre que hubiera sido solicitada por el usuario del servicio y los gastos fueran adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados.

Fuera de estos supuestos, tal como señala el Servicio de Reclamaciones del Banco de España³⁰¹, cuando las entidades carguen gastos de correo, por estar legitimadas para ello, deberán indicarse éstos con la máxima claridad.

En cualquier caso, este Servicio considera que, “dado que la entidad no puede repercutir más que los costes en que ha incurrido efectivamente, por cuenta de terceros, en cada envío no sería admisible que:

– se adeudaran tantos gastos de correo como documentos remitidos en el mismo envío, pues aceptarlo implicaría un lucro improcedente para la entidad, o

– se hiciera recaer en el cliente el importe íntegro del gasto, si el envío es aprovechado por la entidad para incluir información

³⁰¹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2010, pág. 69.

adicional a la pactada o información no requerida ni aceptada previamente por el cliente”.

“Tampoco se considera una buena práctica bancaria que las entidades repercutan los gastos de correo a sus clientes cuando estos han dado instrucciones inequívocas de que no se les remita ninguna comunicación por este medio”.

b) Gastos de tasación

La elaboración de un informe de tasación viene exigida por la Ley 2/1981, de 25 marzo, de regulación del mercado hipotecario como requisito necesario para que los préstamos hipotecarios puedan servir de cobertura para la emisión de títulos hipotecarios.

Con carácter general, se hace necesario valorar el bien objeto de garantía para poder decidir sobre la concesión de la operación de financiación, sin perjuicio de que las normas que rigen la evaluación de la solvencia del deudor y la concesión responsable de los créditos hace necesaria esa valoración a los efectos de que el importe del crédito no supere un determinado porcentaje del valor del bien dado en garantía³⁰².

Ahora, después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se exige, con carácter general, en todo supuesto de hipoteca, sea ésta en garantía de una operación financiera concertada con una entidad de crédito o no. Y ello porque a través de esta norma se ha modificado la LEC, concretamente se da nueva redacción al artículo 682.2 estableciéndose como requisito cuando la ejecución se dirija contra bienes pignoralos o hipotecados en garantía de la deuda que “en la

³⁰² Conocido como LTV (*loan to value*).

escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

Por tanto, para que se produzca cualquier ejecución hipotecaria o de un bien pignorado se requiere que el tipo de la subasta no sea inferior al 75% del valor de tasación por lo que es imprescindible contar con la misma de forma que desde entonces se incorpora a toda escritura de constitución de hipoteca el certificado de tasación emitido por sociedad tasadora homologada por el Banco de España. Y siendo así, es claro que estamos ante un gasto necesario para la concesión de la operación crediticia y por ello puede repercutirse al deudor. Piénsese que en la mente del legislador estaba proteger con esta norma al deudor (realmente al titular del bien dado en garantía)³⁰³.

Uno de los aspectos que debe recogerse en la Ficha de Información Personalizada (FIPER) previa al otorgamiento de la escritura pública es precisamente los gastos de tasación.

Las entidades de crédito deben entregar a sus clientes la tasación efectuada y que éstos han abonado y ello aunque el contrato finalmente no llegue a celebrarse en cuyo caso también deberá abonarse los gastos por el cliente habida cuenta que es una información necesaria para la valoración de la concesión del crédito.

³⁰³ Esta norma, sin lugar a dudas, protege al propietario del bien hipotecado en el ámbito de los contratos bancarios en los que la garantía se tasaba en todo caso. En las garantías entre particulares, sean éstos personas físicas o jurídicas, la imposición de una tasación por entidad homologada por el Banco de España implica un coste adicional que no está justificado.

c) Gastos de intervención notarial

En las operaciones crediticias de las entidades de crédito la forma documental más comúnmente utilizada es la de la póliza intervenida por Notario. Sin perjuicio de las ventajas que tiene esto para el cliente en la medida que es informado del contenido del contrato, es con frecuencia la entidad de crédito quien impone esta forma documental. Y ello lo hace porque así, en caso de incumplimiento, tiene acceso a un procedimiento judicial más rápido cual es el juicio ejecutivo. Es por ello un requisito que impone al cliente y que le permite poder conceder esa operación crediticia sin incorporar como coste al tipo de interés una mayor prima de riesgo en la medida en que incurriría en mayores gastos para recuperar el crédito en caso de impago. En consecuencia, repercute esos gastos sobre él.

Esta forma documental que no se exige legalmente como requisito de existencia, a diferencia de las operaciones crediticias con garantía hipotecaria en las que sí tiene tal carácter, es la que ha planteado si puede o no repercutirse ese gasto sobre el cliente cuando éste es un consumidor. Y ello porque de acuerdo con el artículo 63 TRLCU “en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación”. “Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”.

Este precepto tiene origen en el art. 12.5 LGDCU que fue introducido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios y no constaba en el proyecto de ley ni literalmente en ninguna enmienda presentada por los grupos parlamentarios en el Congreso o en el Senado. Fue fruto

de una enmienda transaccional aprobada en la Ponencia de la Comisión de Sanidad y Consumo del Senado, cuya discusión ni siquiera consta en el Diario de Sesiones (salvo la votación) y que viene de la enmienda nº 19 del Grupo Popular del Senado que proponía añadir el siguiente texto:

“Cuando una norma interna o un convenio internacional obliguen a entregar contrato escrito a los consumidores y usuarios, el documento en el que se formalice el contrato será siempre gratuito. No se podrá cobrar cantidad alguna por la emisión de billetes de viaje o cualquier otro documento contractual que pueda emitirse alternativamente por internet. Dicha práctica será considerada infracción tipificada en el artículo trigésimo cuarto.5 de esta Ley, por la imposición de cantidades mínimas en la emisión de contratos o billetes de viaje, que por Ley o por convenio internacional son de obligatoria entrega al usuario o consumidor”. Y se justificaba de la siguiente forma: “Para combatir como práctica abusiva el cobro por la emisión de billetes que, en cualquier caso, hay que entregar al consumidor”.

Como se observa, el objetivo de la norma era impedir un cobro adicional por la emisión de billetes en medios de transporte para evitar la práctica tan criticada de anunciar unos precios muy bajos por los trayectos y luego cobrar por la emisión del billete, documento necesario para realizar el correspondiente viaje.

Mediante la consiguiente enmienda transaccional se generalizó a todos los contratos con consumidores que legal o reglamentariamente deban documentarse por escrito y se exceptuaron los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública.

De aquí se deducen dos claros principios que determinan la aplicación de la norma de gratuidad:

a) Contratos que legal o reglamentariamente *deban* documentarse por escrito; y

b) Se exceptúan los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública.

Y un tercero que es la causa de la norma: que el empresario no perciba cantidad alguna adicional al precio por la entrega del bien o por la prestación del servicio que traiga causa en la necesaria documentación del contrato.

Como hemos visto, la norma tiene por objeto evitar que el empresario o profesional perciba cantidad alguna por la necesaria formalización escrita de un contrato habida cuenta que ya percibe un precio por el bien o servicio; en definitiva, se quiere que el precio publicitado por el bien o servicio sea el precio final que pague el consumidor o usuario. Por tanto, la norma NO va dirigida a evitar costes adicionales por prestaciones de servicios adicionales distintos del que es objeto del contrato con el consumidor o usuario.

Otra cosa significaría, por ejemplo, que al arrendar un automóvil y siendo necesaria la contratación por ese plazo del seguro obligatorio, el coste de éste tuviera que asumirlo el arrendador profesional. O que en los supuestos en los que se exija de hecho por el empresario un seguro de crédito o un seguro de vida vinculado al préstamo, ese coste tuviera que asumirlo el prestamista. O que en las compraventas de bienes muebles a plazos la inscripción de la reserva de dominio no fuera asumida por el prestatario.

Por otra parte, el servicio que presta el Notario es expresamente requerido por ambas partes contratantes y la intervención notarial no se hace sólo en beneficio de la entidad de crédito (que obtiene un título ejecutivo que facilita la recuperación en caso de impago lo que hace disminuir el coste del crédito) sino también del consumidor dotando de mayor transparencia los elementos esenciales del contrato, además del control de legalidad (comisiones máximas, prohibición de redondeos, cláusulas abusivas, etc). En definitiva, la concreción de los términos del contrato beneficia a ambas partes: el prestamista se ve más protegido en caso de impago del prestatario y éste puede obligar a la entidad de crédito

al cumplimiento estricto de lo pactado que, en todo caso, estará adecuado a los límites establecidos por la legislación.

Como ya hemos visto se exceptúan de la gratuidad los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública. Esta exceptuación explícita no hace sino reafirmar los argumentos vistos anteriormente. Aquí se ha querido exceptuar de la regla de gratuidad aquellos contratos en los que la forma documental pública es requisito legal para su existencia (p.e. la hipoteca que garantiza el préstamo bancario) o imprescindible para el acceso a un registro público (p.e. la compraventa de un inmueble). No puede pues interpretarse que en los supuestos de utilización de una forma documental pública como la póliza intervenida por Notario o la escritura pública fuera de los casos en los que se exija ésta por ley, deba ser gratuita para el consumidor. Por el contrario, lo que se pretende es recalcar que cuando esa forma pública sea un requisito esencial para la existencia del contrato no se aplicará la norma de gratuidad para el consumidor, precisamente porque el destinatario del pago realizado por éste no es el empresario sino un tercero: el fedatario público.

Los gastos notariales deben recogerse en la “información normalizada europea sobre el crédito al consumo”³⁰⁴ que, como veremos en el capítulo próximo, debe entregarse a todo consumidor con carácter previo a la formalización de un contrato de crédito al consumo. Y, tal como se establece en esa norma que sigue la Directiva 2008/48/CE, estos gastos no se incluyen en el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE).

³⁰⁴ Su contenido viene recogido en el anexo II de la LCCC.

d) Gastos de documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones hipotecarias

La constitución de la hipoteca exige como requisito *sine qua non* el otorgamiento de la consiguiente escritura pública ante notario y su posterior inscripción en el registro de la propiedad. Ello comporta los consiguientes gastos (aranceles notariales y registrales) que son repercutidos al cliente. De hecho, uno de los elementos que deben recogerse en la Ficha de Información Personalizada (FIPER) previa al otorgamiento de la escritura pública es el referente a los gastos notariales y registrales por lo que el futuro prestatario o acreditado esté informado al respecto de su cuantía.

e) Gastos de gestión

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura por la que se constituye la hipoteca hace falta tras la consiguiente liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, la llevanza del documento físico a la oficina liquidadora y luego al Registro de la Propiedad para su inscripción³⁰⁵.

En su momento, a tenor del artículo 40 del RD Ley 6/2000, de 23 junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, las entidades de crédito y demás entidades financieras debían hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban personas físicas, el derecho que asistía al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la entidad

³⁰⁵ Aunque a fecha de hoy en la mayoría de Comunidades Autónomas si no en todas se pueden liquidar los impuestos por vía telemática desde cualquier Notaría y la presentación telemática de escrituras en los registros ya es una realidad hace mucho tiempo.

prestamista, la persona o entidad que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación. Aunque este precepto no ha sido formalmente derogado, lo cierto es que ya no existe obligación de entregar un folleto informativo previo a la formalización de los préstamos hipotecarios siendo sustituido por la denominada ficha de información precontractual (FIPRE) y ficha de información personalizada (FIPER). Ahora bien, si entendemos que la entidad de crédito no puede imponer al cliente que la gestión administrativa del préstamo o crédito sea llevada a cabo por la gestoría que la entidad designe, como ha señalado el Servicio de Reclamaciones del Banco de España³⁰⁶, si el cliente no acepta la designación de la gestoría por la entidad acreedora, entraría dentro de lo razonable que ésta no facilitara la disposición del capital en tanto en cuanto la hipoteca no hubiera sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Y ello porque a tenor de lo establecido en el artículo 1.875 CC es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida la escritura pública en que se constituye sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

Restituido íntegramente el capital objeto de préstamo con sus intereses y extinguida así la obligación principal garantizada con hipoteca procede efectuar la cancelación de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad y a veces el devengo de una “comisión por preparación de la documentación para cancelación notarial de hipoteca”. A este respecto el cliente es libre de gestionar esta cancelación y no ha lugar a comisión alguna como ya hemos dicho al analizar la “comisión por emisión de certificación de saldo cero para la cancelación hipotecaria” a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 Ley 41/2007.

³⁰⁶ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2011, pág. 73 y Memoria del 2012, págs. 98 y 99.

f) Costes de carácter fiscal

Si bien las operaciones de financiación, con carácter general, están sujetas pero exentas de la mayoría de los tributos cabe señalar las siguientes excepciones:

- En los contratos de arrendamiento financiero con opción de compra (leasing), las cuotas de recuperación del coste y de intereses están gravadas con el IVA cuyo sujeto pasivo es el arrendatario financiero y por tanto el cliente. Aquí hay una repercusión directa que exige la Ley.

- En los supuestos de garantía hipotecaria, posteriores modificaciones, afianzamientos realizados con posterioridad a la operación crediticia, incorporación posterior de nuevos prestatarios o modificación del sistema de amortización, todos estos actos jurídicos son hechos imponibles sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Aquí el sujeto pasivo es el acreedor y, por tanto, la entidad de crédito y la repercusión al cliente del pago del impuesto sí que se hace por pacto impuesto por ella.

De estos gastos fiscales es informado el cliente con carácter previo al otorgamiento del contrato en la FIPER y son absolutamente necesarios siendo repercutidos por la entidad al cliente. Realmente se provisionan con carácter previo, incluso, en algunos casos, se añaden al importe de la financiación.

Hay que señalar que difícilmente una entidad de crédito concertaría un contrato de financiación si tiene que pagar tales impuestos por lo que la lógica económica dice que si el cliente quiere la financiación deberá pagarlos.

g) Gastos y costas judiciales

En la totalidad de los contratos bancarios se incluye una cláusula que establece que se repercutirá sobre el cliente cualesquiera gastos y costas judiciales ocasionados en un procedimiento judicial o extrajudicial como consecuencia de un incumplimiento por éste de alguna de las obligaciones establecidas en el contrato.

La repercusión sobre el cliente de estos gastos obedece a dos tipos de razones: "en primer lugar, evitar un propósito por parte del cliente de no cumplir o cumplir defectuosamente sus obligaciones; en segundo lugar, constituir un claro estímulo de cara a la adopción de soluciones extrajudiciales mucho más conformes con las exigencias de celeridad propias del tráfico mercantil"³⁰⁷.

Por su parte, ORDÁS ALONSO³⁰⁸ entiende que "la segunda de las motivaciones queda desvirtuada en la práctica ya que en los formularios tipo concluidos por entidades de crédito no sólo se recoge una estipulación en virtud de la cual pesan sobre la parte acreditada los gastos judiciales, sino también los extrajudiciales que se origine como consecuencia de la formalización de la póliza y del nacimiento, cumplimiento o extinción de las obligaciones derivadas de ella".

En todo caso, en lo referente a las costas judiciales, dado el carácter de orden público de las normas procesales, el pacto referente a las costas carece de virtualidad. A este respecto, el propio

³⁰⁷ AURIOLES MARTÍN, A.J.: *Créditos sindicados con interés variable*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, pág. 191. Citado por ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 691.

³⁰⁸ ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 691.

Tribunal Supremo ha señalado que los pactos sobre costas no tienen carácter vinculante para el órgano jurisdiccional pues vulneran lo dispuesto en el artículo 1.168 CC que reserva la decisión sobre los judiciales a los Tribunales con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil" (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1944, 22 de enero de 1997, 20 de mayo de 1998, entre otras).

Y dado que este pacto constituye una condición no negociada individualmente, cuando está contenida en un contrato con consumidores, causa en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que determinan su consideración como abusiva.

Diferente es el supuesto el que la hipoteca constituida en garantía de la operación de financiación cubre las posibles costas judiciales. Aquí no se contienen un pacto sobre costas, es decir, un acuerdo del que resulte que en todo caso las costas hayan de ser pagadas por el cliente, cuestión ésta que será determinada por el órgano jurisdiccional correspondiente. Lo que se establece es que la hipoteca, o para mejor decir, la cantidad procedente de la realización del bien hipotecado se aplicará también al pago de las costas hasta la suma asegurada. Y ello no es ilegal (véanse artículos 689, 692.1, 693, párrafo final y 694.2, párrafo segundo LEC) y tampoco puede considerarse abusivo por ser conforme al principio de especialidad o determinación de la hipoteca.

h) Costes derivados de la contratación de un seguro

Estos costes son los derivados de la contratación de un seguro que se impone con el carácter de obligatoria por la entidad concedente del crédito.

Debemos distinguir varios supuestos: en un primer caso estaríamos ante seguros de daños como el que se impone con

carácter obligatorio al arrendatario financiero sobre el objeto del mismo. Y ello, porque dicho bien sigue siendo propiedad de la entidad arrendadora pero al cederse su uso y, por tanto, su posesión, debe garantizarse que el mismo está en condiciones de uso durante toda la duración del contrato y, en su caso, en disposición de poder reintegrarse al finalizar el contrato en el supuesto improbable de que no se ejerciera la opción de compra. En estos casos, el arrendatario tienen la condición de empresario o profesional y, por tanto, nunca nos plantearemos si la cláusula que establece la imposición de este seguro tienen el carácter de abusiva.

Otro seguro de daños sería el que se contrata sobre el bien inmueble objeto de hipoteca. En estos casos, el titular del bien tiene libertad para concertar el seguro con cualquier compañía si bien debe incluirse con carácter obligatorio en el mismo una cláusula por la cual en el caso de destrucción total del bien la indemnización iría, en primer lugar, a satisfacer la cantidad pendiente con la entidad de crédito. En el caso de que este seguro se contratara con una compañía del grupo financiero de la entidad de crédito no estaríamos ante una repercusión de gastos sino ante un contrato distinto del de financiación sin perjuicio que la entidad de crédito actuase como mediadora.

Por último, están los seguros de amortización para caso de fallecimiento, invalidez o desempleo del acreditado. La contratación de estos seguros presenta ventajas para ambas partes intervinientes en el contrato de financiación al que el seguro se vincula: la entidad de crédito refuerza sus garantías en orden a la recuperación del capital y los intereses no reembolsados por el deudor y éste último libera, en caso de fallecimiento a los herederos o a sí mismo en los casos de invalidez o desempleo de la obligación de satisfacer dichos importes. En los casos que el prestatario o acreditado se consumidor estos costes se incluyen en el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE) siempre que sean exigidos por la entidad prestamista como requisito necesario para la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas.

3.- LOS INTERESES

A) CONCEPTOS PREVIOS

Todo sujeto económico tiene que elegir entre consumo actual y consumo futuro (lo que se conoce como decisión consumo-inversión). Nos encontramos así ante un problema de asignación de recursos que se realiza en base a una tasa de intercambio (interés). El intercambio de bienes económicos en el tiempo se denomina “fenómeno financiero”³⁰⁹ y se basa en el denominado *principio de subestimación de las necesidades futuras* respecto de las del presente lo que equivale a considerar el tiempo como un bien económico negativo, esto es, que “la apreciación de todo bien disminuye a medida que el tiempo de disponibilidad está más alejado”³¹⁰.

En una economía moderna existe una magnitud fundamental que es el dinero y que sirve de medida de valor. Por tanto, todo bien económico puede expresarse como una cierta cantidad de dinero, pero está referida al momento de su disponibilidad, esto es, referida a un momento concreto (tiempo). Y a esto lo denominamos *capital financiero*.

La cesión de un capital por cierto tiempo (durante el cual se efectúa su inversión económica), y sobre la base de recibir en el momento de su devolución una cantidad superior, según el tiempo por el que se ha cedido e independientemente del éxito o fracaso de su inversión (riesgo económico), recibe el nombre de *operación*

³⁰⁹ FANJUL SUÁREZ, J.L., ALMOGUERA GÓMEZ, A. y GONZÁLEZ VELASCO, M^a C.: *Análisis de las Operaciones Financieras*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 23.

³¹⁰ GONZÁLEZ CATALÁ, V.: *Análisis de las Operaciones Financieras, Bancarias y Bursátiles*. Ediciones de las Ciencias Sociales, Madrid, 1992, pág. 25.

*financiera*³¹¹. Operación financiera es, así, “toda acción que intercambia o sustituye unos capitales financieros por otros de distinto vencimiento; es decir, todo cambio no simultáneo de capitales financieros”³¹².

El interés es la “tasa de intercambio” de los capitales en el tiempo o, si se prefiere, la compensación natural del capital en el tiempo y, además, la principal contraprestación de la suma concedida a crédito, aunque no la única.

a) Concepto de interés

El Código Civil no define lo que debe entenderse por interés. Por su parte el artículo 315 CCom establece una caracterización del interés en términos muy amplios: "se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor" concepto que, sin embargo, deja fuera la posibilidad de que los intereses puedan tener un origen legal.

Algunos autores³¹³ distinguen dos aspectos del término interés: interés en sentido económico e interés en sentido jurídico. Así, en términos económicos, se denomina interés al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena. Sin embargo, en términos jurídicos, son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente en dinero. Distinción que no es correcta ya que se basa en la admisibilidad o no de los intereses en especie, los cuales, como ya

³¹¹ NIETO DE ALBA, U: *Matemática Financiera y cálculo bancario*. Centro de Formación del Banco de España, Madrid, 1990, pág. 1.

³¹² GIL PELÁEZ, L.: *Matemática de las Operaciones Financieras*, Editorial A.C., Madrid, 1987, pág. 25

³¹³ ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 265.

hemos visto, son jurídicamente posibles al amparo de la amplia definición que de los mismos da el art. 315 CCom.

El artículo 1.755 CC establece que en el contrato de “simple préstamo” (mutuo) “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado” de forma análoga que para el préstamo mercantil el artículo 314 CCom dice que “los préstamos no devengarán interés del préstamo si no se hubiese pactado por escrito”³¹⁴ lo que podrá hacerse “sin tasa ni limitación alguna” (art. 315 CCom).

No obstante, de acuerdo con el artículo 1.756 CC “el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos a capital” lo que parece admitir dicha retribución sin pacto, hasta el punto que algún autor ha llegado a considerar que pagar intereses “es una obligación natural porque, no existiendo duda acerca del contenido patrimonial, inexigibilidad e irrepitibilidad de lo pagado voluntariamente, ese pago equivale a un deber moral cualificado porque el prestatario sabe y le consta que el impago de los intereses le reporta un lucro ilícito en perjuicio del prestamista que debe reparar en conciencia por inexistir un principio de justicia que lo impida, habiendo, en cambio, un principio de derecho natural que le constriñe al pago”³¹⁵.

³¹⁴ Por el contrario, el art. 573-1 APCM nos da una noción distinta: “Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés”. Y el art. 573-3 al regular las obligaciones del prestatario establece: “El prestatario está obligado a devolver la suma recibida en el tiempo, lugar y condiciones convenidos. También ha de satisfacer el correspondiente interés, salvo pacto expreso en contrario”.

³¹⁵ MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Estudios de Derecho Patrimonial*, Montecorvo, Madrid, 1984, pág. 134, citado en ORDÁS ALONSO, M.: “Artículo 1756” en *Comentarios al Código Civil*, VV.AA. -Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano-, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1986.

b) Clases de intereses

Son varias las clasificaciones que suelen realizarse de los intereses³¹⁶. Así, atendiendo a la función económica, la doctrina italiana basándose en la redacción de su Código Civil de 1942 suele distinguir los intereses en moratorios, compensatorios y correspectivos, distinción no muy aceptada por la doctrina española.

Son intereses moratorios aquellos que tienen por finalidad la indemnización por el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria. Los compensatorios cumplen la función de reequilibrar las ventajas obtenidas por el deudor pecuniario, independientemente de la efectiva detentación de una suma de dinero. Los intereses correspectivos son los debidos al acreedor sobre la base del principio de la natural productividad de asuntos civiles de cualquier crédito líquido y exigible, prescindiendo de la idea de culpa. Se fundamentan en que la consideración de que el acreedor no habría mantenido inmovilizado su capital, si se le hubiera restituido a tiempo.

Desde otro punto de vista, se diferencia entre intereses moratorios del artículo 1.108 CC e intereses procesales del artículo 576 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil en la medida en que los intereses previstos en este último precepto han sido usualmente calificados como intereses punitivos sancionadores.

A veces se diferencian los intereses legales de los convencionales por el hecho de que los primeros nacen en virtud de una disposición normativa que asume la función de fuente de la obligación, y los segundos nacen de la voluntad privada estando previstos en una fuente de carácter contractual.

³¹⁶ Véase ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 282.

Pero la distinción más importante a nuestros efectos que es la que diferencia los intereses remuneratorios de aquellos que tienen la naturaleza moratoria. Los remuneratorios suponen una contraprestación por la entrega del capital prestado, por la disponibilidad del capital concedida al deudor. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo; valga por todas la sentencia del de 13 de abril 1992 que los define como aquellos intereses "pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen un carácter retributivo".

Por el contrario, los intereses moratorios cumplen una función indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, aunque los intereses de demora no tienen sólo como objetivo sancionar o castigar al deudor incumplidor sino disuadir a potenciales incumplidores de hacerlo.

De esta distinción entre intereses remuneratorios e intereses moratorios se derivan consecuencias jurídicas³¹⁷:

1ª.- Los intereses remuneratorios tienen su fuente en la voluntad de las partes mientras que los intereses moratorios derivan del incumplimiento por el deudor de lo pactado.

2ª.- Los intereses remuneratorios vencen de conformidad con los plazos pactados, mientras que el nacimiento de los moratorios da lugar a un crédito que, por un lado, depende de un hecho futuro e incierto, la constitución en mora del deudor; y, por otro, tiene cuantía indeterminada, en la medida en que se ignora cuánto tiempo va a permanecer el deudor en mora.

3ª.- Partiendo del carácter voluntario existente en la relación entre acreedor y deudor en los intereses regulatorios y del carácter de la que, por contra, prevalece en esa misma relación en los intereses

³¹⁷ ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 290.

moratorios, un sector doctrinal llega a la conclusión de que a los intereses moratorios no les es aplicable en ningún modo la ley de usura de 23 julio 1908.

4ª.- Otra consecuencia señalada en numerosas sentencias y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado es la diferente configuración de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos de interés. Así, los intereses de demora pueden estar garantizados con hipoteca pero sin que puedan englobarse con los intereses ordinarios ya que son de diferente naturaleza y los moratorios requiere una cantidad máxima específica.

c) Tipo de interés nominal y efectivo

Llamamos “tipo de interés” al porcentaje que se aplica al capital para el cálculo de los intereses. Es por tanto, la retribución o coste del capital por cada cien unidades monetarias.

Como se puede observar tanto en la legislación como en los contratos se habla de “tipo de interés nominal anual” (TIN). Y es porque esta es la forma en que necesariamente debe expresarse el tipo de interés: como anual y nominal.

Esto último viene referido a que no siempre coincide este período anual al que debe referirse el tipo de interés con el período de devengo de los intereses que puede ser también, en la práctica, diario, mensual, trimestral o semestral. Cuando no se produce esta coincidencia entre el período en que se expresa el tipo de interés y en el que se devenga, éste es *nominal* y cuando sí coincide el tipo es *efectivo*. Así cuando se establece un tipo de interés anual del 4% y los intereses se satisfacen (o reciben) al final del año, el tipo es efectivo. Pero si los intereses se liquidan trimestralmente el tipo de interés anual es nominal y el tipo efectivo es el 1% trimestral.

Por otra parte las expresiones “interés” y “tipo de interés” son genéricas y se aplican tanto a los casos en los que el sujeto tiene que satisfacerlo como a los que debe percibirlo como retribución. Por eso muchas veces se acompañan del término “deudor” cuando hay que pagarlo y “acreedor” cuando se percibe. Incluso se omite el término “interés” y se habla de “tipo deudor” (como es el caso de la LCCC siguiendo la Directiva 2008/48/CE) y “tipo acreedor”.

d) Interés simple e interés compuesto

En las operaciones a corto plazo (duración igual o inferior a un año) se utiliza el interés simple y en las de largo plazo (duración superior a un año) el interés compuesto.

Podemos definir las operaciones de capitalización a interés simple como “aquellas en las que los intereses no se acumulan al principal o efectivo inicial para generar nuevos intereses”³¹⁸.

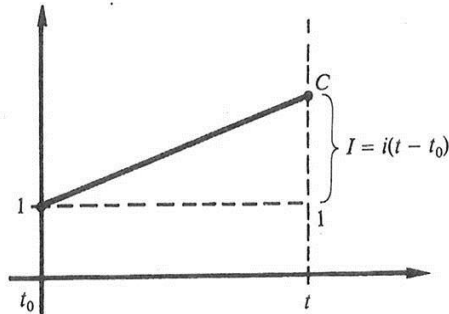
Si tenemos una unidad monetaria en el momento inicial (t_0) y deseamos capitalizarla a futuro hasta un momento determinado (t), siendo i el tipo de interés, el capital en el momento t será:

$$C = 1 + i (t - t_0)$$

Gráficamente³¹⁹

³¹⁸ CORDOBA BUENO, M.: *Análisis financiero de los mercados monetarios y de valores*. Editorial AC, Madrid, 1996, pág. 34.

³¹⁹ CORDOBA BUENO, M.: *Análisis financiero de los mercados monetarios y de valores...*, pág. 36.



El total de intereses pagados sería:

$$I = C - 1$$

Y si el capital inicial es C_0 en un momento determinado t_n el capital final sería:

$$C_n = C_0 [1 + i (t_n - t_0)]$$

Cuando el tipo de interés es constante (i) y los períodos son anuales ($t = 1$)

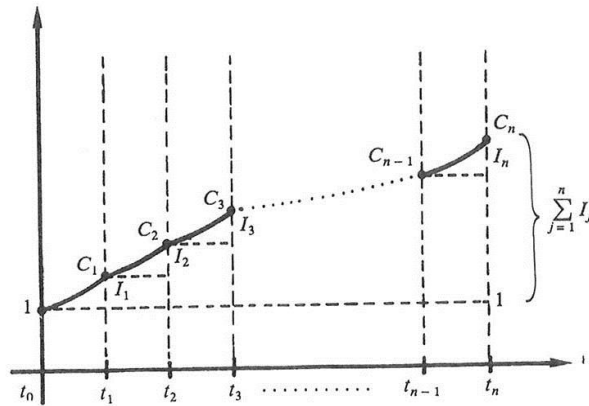
$$C_n = C_0 (1 + i \cdot n)$$

Así, p.e., un capital inicial de 10.000, a un tipo de interés de 4% anual al final del segundo año con capitalización simple sería

$$10.000 \cdot [1 + (0,04 \cdot 2)] = 10.800$$

Por su parte las operaciones de capitalización de interés compuesto podemos definir las como “aquellas en las que los

intereses se acumulan al principal o efectivo inicial para generar nuevos intereses³²⁰.



El capital final suponiendo que en cada período hay un tipo de interés i_j sería

$$C_n = 1 + i_1 (t_1 - t_0) + C_1 i_2 (t_2 - t_1) + C_2 i_3 (t_3 - t_2) + \dots + C_{n-1} i_n (t_n - t_{n-1})$$

Y dado que

$$C_1 = 1 + i_1 (t_1 - t_0)$$

$$C_2 = C_1 [1 + i_2 (t_2 - t_1)] \dots$$

$$C_{n-1} = C_{n-2} [1 + i_{n-1} (t_{n-1} - t_{n-2})]$$

Llegamos a la siguiente expresión

³²⁰ CORDOBA BUENO, M.: *Análisis financiero de los mercados monetarios y de valores...*, pág. 45; gráfico en pág. 48.

$$C_n = \prod_{j=1}^n [1 + i_j (t_j - t_{j-1})]$$

Y si el capital inicial es C_0 en un momento determinado t_n el capital final sería:

$$C_n = C_0 \prod_{j=1}^n [1 + i_j (t_j - t_{j-1})]$$

Cuando el tipo de interés es constante (i) y los períodos son anuales ($t = 1$)

$$C_n = C_0 (1 + i)^n$$

Así, p.e., un capital inicial de 10.000, a un tipo de interés de 4% anual al final del segundo año con capitalización compuesta sería

$$10.000 \cdot (1 + 0,04)^2 = 10.816$$

La capitalización compuesta es lo que en Derecho se conoce como *anatocismo*. Los intereses generan nuevos intereses. El art. 317 CCom establece que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”. Por su parte el art. 1.652 Cc establece que “no puede pactarse intereses sobre intereses; sin embargo, los intereses vencidos, después de un año, pueden capitalizarse y es permitido estipular de nuevo interés sobre este aumento de capital”.

Comparemos la capitalización a interés simple y a interés compuesto para lo que vamos a partir de las dos fórmulas más elementales:

$$C_n = C_0 (1 + i \cdot n)$$

$$C_n = C_0 (1 + i)^n$$

y nos preguntamos cuando coincidirán en el tiempo los dos capitales acumulados para lo que los igualamos

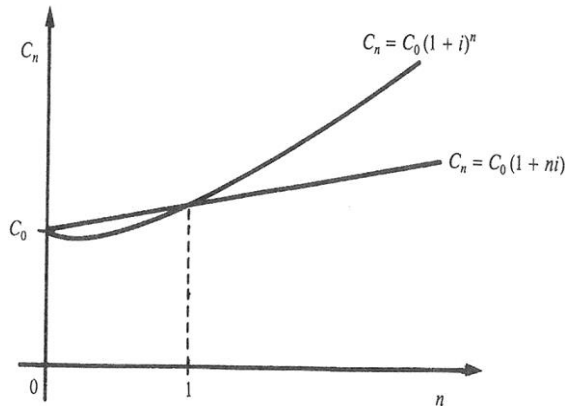
$$C_0 (1 + i \cdot n) = C_0 (1 + i)^n \rightarrow 1 + i \cdot n = (1 + i)^n$$

Para $n = 0 \rightarrow 1 = (1 + i)^0 \rightarrow$ coinciden capitalización simple y compuesta

Para $n = 1 \rightarrow 1 + i = (1 + i)^1 \rightarrow$ coinciden capitalización simple y compuesta

Es decir, en el origen y en el final del primer período la capitalización simple y la compuesta son equivalentes.

Gráficamente³²¹ la ecuación de la capitalización simple es una recta (que refleja que el capital crece proporcionalmente con el tiempo -doble tiempo, doble interés-), mientras que la capitalización compuesta es una curva exponencial (que refleja que el capital crece más que proporcionalmente con el tiempo).



³²¹ CÓRDOBA BUENO, M.: *Análisis financiero de los mercados monetarios y de valores...*, pág. 56.

Observando las dos curvas podemos concluir que:

- Cuando $0 < n < 1$, la capitalización compuesta supone unos intereses inferiores a la capitalización simple.

Por eso en el corto plazo las entidades de crédito utilizan la capitalización simple cobrando así mayores intereses.

- Cuando $n = 1$, la capitalización compuesta y la capitalización simple coinciden.

Es así indiferente utilizar una u otra forma de capitalización.

Cuando $n > 1$, la capitalización compuesta supone unos intereses mayores a la capitalización simple.

Por eso en el largo plazo las entidades de crédito utilizan la capitalización compuesta cobrando así mayores intereses.

e) Cálculo de los intereses

El cálculo de los intereses se realiza a través de la conocida fórmula matemática que algunos denominan “fórmula del carrito” (por la regla nemotécnica que se utilizaba para recordarla –“capital por rédito por tiempo”-), por tanto, multiplicando el capital recibido o adeudado por el tipo de interés y por el tiempo que medie entre la entrega del capital y el momento de su devolución o, si ésta se hace en varios pagos, por el tiempo que medie entre cada pago. A su vez, el tiempo se considerará por años, meses o días. En este último caso lo habitual en la práctica bancaria es que como el tipo de interés, que obligatoriamente debe expresarse en términos anuales, se divida por 360, lo que se conoce como “año comercial”, en lugar de por 365 ó

366 que son los días que tiene los años (según sean o no bisiestos), que es lo que se conoce como “año natural” o “año civil”³²².

Esta práctica inveterada de las entidades de crédito trae su origen histórico en la época en que no existían ni ordenadores ni calculadoras. Se utilizaba el año comercial o de 360 días como divisor en el cálculo de intereses para simplificar las operaciones aritméticas conducentes a hallar los intereses. De este modo, para cada tipo de interés se obtenía un divisor fijo que ya estaba tabulado con lo que se ganaba tiempo ya que los procedimientos eran manuales.

El entonces Consejo Superior Bancario (hoy ya desaparecido en virtud de la disp. adic. 1ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, y sus funciones asumidas por la Asociación Española de Banca Privada - AEB-) que era el organismo que tenía encargado la definición de los usos bancarios con arreglo al Decreto 16 de octubre de 1950, tenía declarado que “la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de descuento, así como, en general, en todas aquéllas en que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituye una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario”³²³.

Como tal se sigue aplicando aunque hoy en día la utilización generalizada de la informática ha hecho que desaparezca la causa que motivó este uso bancario. Dado que lo habitual es que aunque se

³²² A este respecto puede verse ANDRÉS LLAMAS, M.A.: “El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad”, Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 11/2014.

³²³ Aunque no hay que olvidar que el art. 60 del Código de Comercio establece lo siguiente: “En todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según estén designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días”.

use el año comercial en el denominador, en el numerador se usen días naturales, el efecto lógico es que aumenta el cociente, esto es, el importe absoluto de los intereses.

En este sentido, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en su Memoria de 1992 (pág. 32), ya estimaba que "tal práctica no se ajusta a las buenas prácticas bancarias, al beneficiarse el banco de los intereses correspondientes a dos días al trimestre"³²⁴. Esto en la práctica significa que el tipo efectivo que satisface el deudor es del 1,3889% (que deriva de la siguiente división: 365/360).

Más recientemente el Servicio de Reclamaciones del Banco de España³²⁵ ha dicho: "El Servicio ha venido advirtiendo, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y el alcance de las cláusulas de los contratos.

Así las cosas, siempre y cuando el citado criterio de «cambio de base» de año natural a año comercial en el cálculo de intereses esté debidamente contemplado y explicitado en las condiciones contractuales, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España no viene considerando mala práctica bancaria su aplicación. Sí viene considerando mala praxis cuando no se detalla la fórmula en la que figure de manera explícita la correspondiente base 360 o 365,

³²⁴ NIETO CAROL, U: "Condiciones generales en los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor" en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, VV.AA. (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pág. 563.

³²⁵ Memoria de 2012, pág. 110.

limitándose a una simple mención de «días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales», o expresión equivalente”.

“En cualquier caso, hay un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican año natural en el numerador y comercial en el denominador, o año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la TAE o tasa anual equivalente, que, en igualdad de condiciones de comisiones que deben incluirse en aquella y tipo de interés aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo. Hay que advertir, no obstante, que con frecuencia la TAE se calcula en estas operaciones sin tener en cuenta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada, igualmente, contraria a las buenas prácticas bancarias por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”.

La fórmula resultante para el cálculo de los intereses sería la siguiente:

$$\frac{C \times i \times t}{360}$$

Donde:

C : Capital recibido o pendiente si hay pagos periódicos.

i : Tipo de interés nominal anual (tipo deudor).

t : Plazo que media entre la recepción del capital y su devolución o, si ésta tiene lugar mediante varios pagos, el que media desde el último pago.

f) Tipo de interés fijo y variable

Los tipos de interés pueden ser fijos o variables. Son fijos cuando permanecen constantes a través del tiempo y variables en caso contrario.

Como en toda “compraventa” de un bien o prestación de un servicio el precio debe ser *cierto*. Así lo establece el artículo 1.445 CC que señala que “por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una *cosa* determinada y el otro a pagar por ella un precio *cierto*, en dinero o signo que lo represente”. Como señala ATAZ³²⁶, el dinero es también una *cosa* pero con unas características jurídicas especiales: “genérica, esencialmente fungible, medida de valor, medio universal de cambio”.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 1.447 CC “para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada”. Y el artículo 1.448 CC establece 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”. En definitiva, que el precio es cierto cuando se remite a un “precio de mercado” o a un precio calculado a partir del “precio de mercado”.

Las partes han podido fijar distintos tipos de interés “fijos” para distintos períodos dentro de la duración pactada en el contrato de crédito (por ejemplo, un tipo distinto aplicable a cada año). De esta forma está perfectamente determinado el tipo aplicable a cada período.

Pero, por el contrario, pueden establecer un tipo de interés variable cuyo valor no es conocido a priori y que incluye para su cálculo algún elemento que varía en el tiempo. La viabilidad jurídica de este tipo de pactos comienza reconocerse en desde los primeros años 80 del siglo XX. En la legislación española aparecen por primera

³²⁶ ATAZ LÓPEZ, J.: “Artículo 1.445” en *Comentarios al Código Civil* (Director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.188.

vez en el artículo tres de una orden del Ministerio de Economía y Comercio de 17 enero 1981. Un año más tarde, se produjo en EE.UU la consagración legislativa a nivel federal de la viabilidad de este tipo de pactos en relación con los préstamos hipotecarios como consecuencia de la aprobación de la *Alternative Mortgage Transaction Parity Act* (AMTPA). El sentido original de estos pactos en los contratos entre las entidades financieras y sus clientes es el de conseguir un mejor ajuste -y por tanto un menor riesgo -entre el beneficio que se obtiene por operaciones a largo plazo, y el coste que se tienen que soportar como consecuencia de las operaciones pasivas a corto³²⁷. Con el interés variable, lo que cada parte paga por el dinero que presta o prestado, se encuentra en relación directa con el precio que dicho dinero tiene en cada momento en el mercado³²⁸.

En la práctica las formas de establecer un tipo de interés variable son las siguientes³²⁹:

1.- Adición al tipo de referencia de un diferencial (que puede ser positivo, negativo o nulo). Por ejemplo: euribor anual más tres puntos porcentuales. El diferencial es la parte constante y el tipo de referencia el que varía en el tiempo.

Esta es la fórmula más habitualmente utilizada en la práctica bancaria española.

³²⁷ PEÑA LÓPEZ, F.: "Artículo 22" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 832.

³²⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Contratos de financiación" en *Tratado de Contratos* (Dir. R. Bercovitz), Tomo IV, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 3.882.

³²⁹ Estas formas se reconocían expresamente en la cláusula 3ª bis recogida en el Anexo II de la ORDEN de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios hoy ya derogada y sustituida por la Orden EHA/2899/2011.

2.- Tipo deudor inicial más la variación que experimente un tipo de referencia (que puede ser positiva, negativa o nula). Por ejemplo: tipo de interés nominal anual del cinco por ciento que experimentará cada año la misma variación porcentual que el euribor anual. Por tanto, el tipo de interés inicial varía en la misma proporción que el tipo de referencia.

Esta forma de fijación del tipo de interés variable es utilizada por alguna entidad de crédito española aunque no en las operaciones hipotecarias.

3.- Un porcentaje del tipo de referencia que puede ser superior, inferior o igual al 100%. Por ejemplo: el ciento cuarenta por ciento del euribor anual.

En la práctica bancaria española actual no he visto utilizarla aunque nada impediría hacerlo.

Vemos así que los parámetros fundamentales que se definen en las operaciones a tipo variable son:

1º) *Índice o indicador de referencia.* Proviene directamente de operaciones en mercados como el interbancario o el de deuda pública, o bien se construyen a partir de operaciones de las instituciones financieras con sus clientes de activo (tipos preferenciales) o de pasivo (remuneración de depósitos a plazo).

En la actualidad el índice o tipo de referencia más utilizado en la contratación crediticia es el *EURIBOR (European Interbank Offered Rate)* -antes el *MIBOR (Madrid Interbank Best Offered Rate)*- por depósitos a diferentes plazos (un año, seis, tres meses, un mes). Se define como la media simple (o sea, que no está ponderada por los importes) de los tipos de interés diarios a los que se hayan cruzado operaciones al plazo determinado.

2º) *Margen o diferencial.* Es la cantidad que se adiciona al indicador o tipo de referencia para así obtener el rédito que deberá

pagar el prestatario. Responde a los costes de transformación de la entidad prestamista además de incluir el beneficio pretendido en la operación sobre los tipos de mercado.

Puede definirse como una cantidad constante o variable:

- Si es constante, se suma al tipo de referencia.

- Si es variable, se añade al tipo de interés constante fijado desde el inicio. Se define habitualmente como la variación absoluta que experimenta el tipo de referencia en un determinado período. Se expresa como cantidad porcentual absoluta y no como porcentaje respecto al índice de referencia.

3º) *Redondeo*. Para facilitar la operativa los tipos de interés variables, resultantes de sumar los dos componentes anteriores, suelen redondearse en fracciones de un cuarto, un octavo, un dieciseisavo de punto porcentual; generalmente por exceso, quedando, por tanto, estos puntos básicos residuales a favor de la entidad prestamista.

De acuerdo con estos conceptos, las expresiones generales que proporcionan el tipo de interés aplicable a cada período pactado de revisibilidad son:

$$i = I_r + m + \delta \quad (\text{Margen constante})$$

$$i = I + v(I_r) + \delta \quad (\text{Margen variable})$$

Donde:

I = Tipo de interés aplicable

I_r = Indicador o índice de referencia.

m = Margen o diferencial, que puede ser positivo, negativo o nulo.

δ = Redondeo pactado.

I = Tipo de interés inicial pactado (aplicable en el primer período).

$v(I_r)$ = Variación absoluta o relativa experimentada por el indicador de referencia.

Respecto al redondeo hay que señalar que la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, establece que “en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto”.

Esta norma que hay que considerar positiva tiene, a mi juicio, una crítica importante: ¿por qué en estos supuestos el redondeo debe ser por exceso o por defecto y en los demás no? Esto es, ¿por qué cuando no haya garantía de ningún tipo podría pactarse el redondeo por exceso? Creo que estas preguntas no tienen respuesta por lo que entiendo que no habría que haber restringido el ámbito de aplicación de la norma.

Sin perjuicio de ello, y como veremos en el capítulo siguiente, la cláusula de redondeo “al alza” o “por exceso” en los contratos de crédito con consumidores debe considerarse abusiva al amparo del artículo 87.5 TRLGDCU (“estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”).

g) Tipo variable limitado

En los tipos de interés variables puede fijarse alguna cláusula limitativa de esa variabilidad. Esta limitación puede hacerse fijando un tipo mínimo de interés, estaríamos así en la conocida como *cláusula suelo*, lógicamente la más perjudicial para todo deudor; o fijándose un tipo máximo (las llamadas *cláusulas techo*), o una combinación de ambas (que se conoce como *cláusula túnel* o por el término en inglés *collar*). Este tipo de cláusulas son perfectamente conocidas y utilizadas en determinadas operaciones financieras (p.e. en los swaps de tipos de interés)³³⁰.

La mayoría por no decir la totalidad de las resoluciones judiciales en materia de cláusula suelo traen causa en préstamos con garantía hipotecaria y, desde luego, la famosa sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013, Roj 1916/2013). No obstante, los argumentos jurídicos son igualmente aplicables a los créditos al consumo teniendo en cuenta que, en la práctica, el contenido de la operación crediticia es igual cualquiera que sea el destino del importe recibido y el tipo de garantía utilizado. Analizaremos esta sentencia en el capítulo referente a los créditos con garantía hipotecaria no sin antes dejar claro que no hay limitación alguna al establecimiento de cláusulas suelo en aquellas operaciones crediticias en las que no intervenga un consumidor tengan o no garantía hipotecaria.

³³⁰ De hecho la denominación de este tipo de cláusulas viene de la traducción de su denominación en lengua inglesa (*floor* que significa suelo). No ocurre lo mismo con las llamadas cláusulas techo cuyo término en inglés es *cap* que significa “gorra” y que hace una alusión a la cabeza; también significa “tope”. En España se utiliza el término “techo” probablemente por contraposición a “suelo” (aunque a la vista de los importes que alcanzan podríamos decir de forma irónica que por encontrarse más lejos del suelo que la cabeza).

B) REGULACIÓN DE LOS INTERESES

a) Principio de libertad de fijación del tipo de interés

Sin perjuicio del principio general de libertad de fijación de los tipos de interés (art. 315 Ccom), históricamente éstos, en el ámbito bancario, han estado sometidos a límites legales por disposiciones administrativas hasta la O.M. de 17 de enero de 1981, a partir de la cual se inicia un proceso de liberalización que va a culminar con la O.M. de 3 de marzo de 1987 y 23 de julio de 1988. Ambos textos quedaron refundidos en la O.M. de 12 de diciembre de 1989.

La regulación hoy vigente se encuentra recogida en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que deroga y sustituye la OM de 12 de diciembre de 1989 y la OM de 5 de mayo de 1994). Concretamente su artículo 4 establece que “los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación”.

b) Límites al principio de libertad de fijación. La usura.

El principio de libre fijación del tipo de interés en los contratos de financiación tiene sus límites legales³³¹. Sin perjuicio de que en

³³¹ Los intereses remuneratorios constituyen el precio del contrato y, por ello, un elemento esencial del contrato sobre el que no puede proyectarse el control de abusividad. A. AGÜERO ORTIZ comentando la sent. AP Alicante núm. 157/2014, de 3 de julio (“Sobre intereses remuneratorios erróneamente considerados abusivos. La AP Alicante: Una flor en el desierto”, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/Sobre-intereses-remuneratorios-err%C3%B3neamente-considerados-abusivos-la-AP-Alicante-una-flor-en-el->

determinados supuestos como es el caso de los créditos que se concedan a consumidores en forma de descubiertos en ningún caso podrá aplicarse un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero³³² (art. 20.4 LCCC), con carácter general, el único límite que hay es el que establece la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios de 23 de julio de 1908, conocida como Ley Azcárate (LUs).

A pesar de su denominación, su art. 9 establece que “lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma

[desierto.pdf](#), 10 de noviembre de 2014): “En primer lugar, la AP recuerda que la STS de 18 junio 2012 excluyó la posibilidad de aplicar el control de la abusividad a los intereses remuneratorios, pues dicho control no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones, que identifican el objeto principal del contrato, de forma que no cabe dicho control sobre el precio del contrato (artículo 4.2 Directiva 93/13 CEE). En segundo lugar, aclara que ello no significa que los intereses remuneratorios estén exentos de control, sino que el control que resulta de aplicación es el de la usura (Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura), que se muestra más acorde con el esquema liberal de nuestro Código Civil, en el que la libertad de precios se impone como pieza maestra en mantener contratos. En tercer lugar, explica el carácter abusivo de la cláusula no puede extenderse ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, es decir, que desde la perspectiva de condiciones generales de la contratación no hay un interés «conceptualmente abusivo», sino que hay que remitirse al control de la usura para apreciar si el interés es tal que afecta a la validez del contrato celebrado”. Los intereses pactados constituyen el precio del contrato. “La declaración de dicho precio como abusivo comportaría: (i) la validez del contrato; y (ii) la nulidad del precio fijado sin posibilidad de moderación, es decir, la mera obligación del deudor de devolver el servicio prestado (dinero tomado a préstamo) sin pagar por el servicio, esto es, convertiría al préstamo en gratuito”. “Pensemos por ejemplo en una cena en un restaurante, tras finalizar el postre y llegada la cuenta a la mesa el comensal considera que el precio es “abusivo” ¿sostendríamos que no debe abonar la cena?

³³² Hasta 2014 este TAE máximo era del 10% lo que equivale a un tipo de interés nominal anual con devengo mensual de intereses del 9,569%. Para 2015, el máximo sería el 8,75%, lo que equivale a un tipo nominal anual con devengo mensual de intereses del 8,418%.

que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido". Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 julio 1966, este precepto "evidencia que lo que debe prevalecer es el verdadero espíritu animador de la operación o contrato y la realidad intrínseca de su contenido, siendo secundaria su envoltura externa o forma, lo cual se desprende claramente de las palabras usadas por la Ley, inspirada siempre en una finalidad ética o social".

Como concluye ORDÁS ALONSO³³³, la Ley Azcárate será de aplicación en los siguientes supuestos: 1º.- A los contratos de préstamo. 2º.- A los contratos equivalentes al préstamo, entendido en el sentido de que la relación jurídica de que se trate exista una mínima financiación. 3º.- A los contratos encubridores de un préstamo".

Por otra parte, esta Ley es aplicable tanto a los contratos civiles como operaciones de naturaleza mercantil, si bien algún autor como DUQUE DOMÍNGUEZ³³⁴ entiende "que el criterio para apreciar las circunstancias o elementos que califican un préstamo como usurario ha de ser necesariamente distinto en el campo mercantil que el utilizado habitualmente en el campo civil. En el sector mercantil será difícil encontrar supuestos de prestatario con limitadas facultades mentales, pero no será difícil encontrar supuestos en que el préstamo se afecte por un prestatario sometido a las presiones de una angustiada situación de necesidad..." Estas consideraciones, continúa este autor, "significan, en último extremo, una ampliación e intensificación de la discrecionalidad judicial con la consiguiente ampliación de la libertad de apreciación de los Tribunales..." "En definitiva, el «interés normal» del dinero es concepto distinto en el tráfico mercantil que el correlativo concepto en la contratación civil, ante los intereses de la misma denominación en ambos campos".

³³³ ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 309.

³³⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J: "Condiciones abusivas de crédito" en *Crédito al consumo y transparencia bancaria* (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, 1998, pág. 617.

El artículo 1 de la Ley que declara “nulos” determinados contratos de préstamo nos permite calificar los supuestos de hecho que definen la usura. Y son aquellos en los 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”. También los casos “en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias”.

El Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 24 marzo 1942 ha entendido que este precepto contiene tres clases de préstamos usurarios: 1º.- Aquellos contratos en los que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (usurarios en sentido estricto). 2º.- Aquellos pactados en tales condiciones que hagan el contrato leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa³³⁵, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales³³⁶ (contratos leoninos). 3º.- Aquellos contratos en los que se suponga recibida mayor cantidad de la realmente entregada (contratos falsificados).

³³⁵ De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 6 julio 1942 se entiende por situación angustiosa "una agobiante necesidad, o cuando menos un apremio grave de orden económico que fuerza a quien lo sufre a aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales".

³³⁶ Se ha considerado que hay limitación de facultades en los supuestos en que la situación económica en que se encontraba el prestatario afectaba a su equilibrio psicológico pues era objeto de diversas ejecuciones sobre los propios bienes y sobre otros pertenecientes a sus padres que habían dado en garantía por razón del impago de créditos solicitados en diversas entidades de crédito (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza -sección 4 - de 17 de enero de 2003).

Centrándonos en el primer supuesto que es el que a nosotros afecta aquí, nada dice la Ley respecto a cuál es el interés normal ni establece un criterio para determinarlo. En consecuencia, constituye un problema determinar el primer requisito de la usura, esto es, cuando el interés pactado es notablemente superior al normal del dinero. Primero, por no poder determinar cuál es el “normal” y, después, porque tampoco queda concretado qué se entiende por “notablemente superior”. El primero, a mi juicio, de más fácil solución, ya que a través del boletín estadístico del Banco de España pueden verse los tipos “normales” entendidos como tipos medios (media simple no ponderada por cuantías) que elabora este regulador a partir de las informaciones que le remiten las entidades de crédito. Lógicamente distinguiendo por tipo de operación: los intereses que se aplican a la financiación de adquisición de vivienda son bastante menores que los aplicados a operaciones de consumo y dentro de éstas los tipos de interés de las adquisiciones a través de tarjeta de crédito son los más altos.

Se ha intentado resolver ambos problemas a través de comparaciones con los límites establecidos en algunas normas como es el caso del límite establecido a los intereses de los créditos concedidos a consumidores en forma de descubierto en cuenta corriente establecido en el art. 20.4 LCCC (dos veces y media el interés legal del dinero) o el del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro que establece para el caso de mora del asegurador en el pago de la indemnización un interés del 150% del interés legal del dinero y transcurridos dos años desde la producción del siniestro de al menos el 20%.

Pero estas soluciones han sido rechazadas por la doctrina y por la jurisprudencia. Esta última ha considerado intereses usurarios caso a caso y así nos encontramos con sentencias del Tribunal Supremo que han declarado usurario un interés del 21,25% (8 de julio de 1988), el 24% (13 de mayo de 1991) o el 30% (25 de abril de 1989).

La solución de *lege ferenda* no la encuentro fácil. Si bien cabe remitirse para determinar lo que es interés “normal” del dinero a publicaciones oficiales o a boletines publicados por entidades oficiales, en nuestro caso, por el Banco de España, que elabora estadísticas periódicas a partir de las informaciones que obligatoriamente remiten las entidades de crédito y que hoy son accesibles de forma gratuita a través de su página web (así en sus boletines estadísticos se publican los tipos medios para los distintos tipos de financiación, créditos a hogares e instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares, distinguiendo por finalidades - vivienda, consumo y otros fines- y créditos a sociedades no financieras³³⁷), no es tan fácil establecer lo que es “notablemente superior” es un tema cuantitativo. Evidentemente el 200% cumple este requisito. Y lógicamente habría que distinguir ese porcentaje según se tratase de intereses remuneratorios o de demora. Se podrá decir que este planteamiento es un poco “simplista” por reducirlo a límites cuantitativos pero creo que es mejor que el panorama tan desolador con el que nos encontramos donde el interés de demora está limitado, como veremos en el capítulo V, para determinados préstamos con garantía hipotecaria de vivienda al triple del interés legal del dinero (y, esto significaba el 12% para el año 2014 y el 10,5% para el 2015) y, sin embargo, pueda considerarse admisible un interés remuneratorio del 15%.

En definitiva, consistiría en consideración legal como “interés normal del dinero” esos tipos de interés publicados en los boletines estadísticos del Banco de España y la fijación de una desviación “razonable” (p.e. entre 25%-50%) como límite máximo. Pero tampoco podemos olvidar que el establecimiento de estos límites

³³⁷ Como veremos más adelante, los tipos de interés que se publican están expresados en tipo efectivo definición restringida (TEDR) que es lo que nosotros denominaremos “tipos equivalentes” (aunque también se llaman “efectivos”) y ello para unificar los distintos períodos de liquidación de intereses que se aplican en los contratos de crédito y que el Banco de España define como TAE sin comisiones.

legales, si bien son deseables y beneficiosos para el ciudadano, pueden tener un efecto perverso: excluir del crédito bancario a determinadas personas abocándolas hacia la financiación extrabancaria donde los préstamos usurarios (en su triple acepción de usurarios *stricto sensu*, leoninos y fraudulentos) están a la orden del día.

Cuestión importante es también qué se considera “interés”. A este respecto hay una cierta unanimidad en la doctrina³³⁸ en entender qué debe considerarse por tal y siguiendo el artículo 315 CCom "toda prestación pactada a favor del acreedor" y, por tanto, no únicamente los intereses resultantes de aplicar el tipo nominal pactado sino también las comisiones y demás costes que tenga el crédito para el deudor. En definitiva, y esta es mi opinión, que se considere a estos efectos la TAE³³⁹.

³³⁸ BONET SÁNCHEZ, J.I.: “Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1993: una aplicación práctica del principio constitucional de no indefensión y una añadida reflexión sobre la usura”, Cuadernos de Derecho y Comercio nº 12, 1993, pág.194. MUÑOZ CERVERA, M.: “El interés y la usura” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 646, 850-851. NIETO CAROL, U.: “Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales de los contratos crediticios”, Actualidad Civil 1993-1, pág. 34. NIETO CAROL, U.: “Condiciones generales de los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor” en *Crédito al consumo y Transparencia Bancaria* (AAVV. Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pág. 276. NIETO CAROL, U.: “Condiciones generales de los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor” en *Crédito al consumo y Transparencia Bancaria* (AAVV. Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pág. 1198. ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 334. YSÁS SOLANS, M.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 24, septiembre-diciembre 1990, pág. 1.198.

³³⁹ Para aplicar la solución antes señalada de tomar como referencia los tipos publicados en los boletines estadísticos del Banco de España, exigiría que, además de publicarse en términos de TEDR se hiciera en TAE (se hace para financiación de consumo, viviendas y otros fines pero sin distinguir plazos).

También se ha reflexionado sobre si las limitaciones de la LUs son aplicables a los intereses moratorios. El artículo 1 en relación con el artículo 3 establece la nulidad de los contratos de préstamo o equivalentes al préstamo en que se haya pactado un "interés" notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Surge así el problema de si la referencia al "interés" es única y exclusivamente al interés remuneratorio o si, por el contrario se encuentran incluidos en el mismo, también los intereses moratorios.

Autores como MUÑOZ CERVERA³⁴⁰ o SANTOS BRIZ³⁴¹ han considerado que los intereses moratorios se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la ley de usura. Este último autor da las siguientes razones: 1º. Un primer argumento lo aporta el proceso histórico de desenvolvimiento de los intereses. Desde este punto de vista, después de muchos siglos, dos instituciones netamente diferenciadas, como eran el interés de los préstamos y las indemnizaciones por mora en las deudas pecuniarias, confluyeron en una misma terminología, la del "interés", y pasaron a tener iguales características y régimen jurídico. En consecuencia, siendo todos "intereses" no parece lógico sancionar el abuso en unos contratos y rechazar la sanción en otros. 2º. El artículo 9 de la Ley literalmente limita el ámbito de aplicación de la misma a contratos de préstamo o similares. Ahora bien, cuando en cualquier tipo de contrato la parte acreedora asume, a través del pacto de intereses en cuantía determinada, la posibilidad de que el deudor se retrase en el pago del capital ¿no se está realmente estipulando un contrato crediticio, similar al préstamo, condicionado al evento de que no pague el

³⁴⁰ MUÑOZ CERVERA, M.: "El interés y la usura" en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria...*, pág. 865.

³⁴¹ SANTOS BRIZ, J.: "Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 CC" en *Comentario del Código Civil*, (VVAA, Coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000, pág. 156.

deudor todo lo debido a partir de un momento determinado? 3º. Una interpretación finalista de la Ley tendente a excluir cualquier tipo posible de fraude. 4º. Tal interpretación es coherente con la tesis defendida con anterioridad en favor de la extensión de los intereses convencionales no moratorios a las hipótesis de mora. 5º. Podrían presentarse situaciones en las que sería totalmente absurdo no servirse de las disposiciones de la ley.

Por su parte el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 enero 1949, consideró que no cabe "distinguir entre intereses devengados por el disfrute del dinero y producidos por la demora en el cumplimiento del contrato, porque la Ley de usura no distingue entre unos y otros para determinar el carácter usurario de la prestación sino al lucro indebido que puede obtener el prestamista". Por su parte la sentencia de 7 de mayo de 2002 advierte que del 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 del 23 junio de 1902 que se refiere en su artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza.

Pero también encontramos pronunciamientos contradictorios en las sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la de 2 octubre de 2001 se afirma que debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se debe aplicar la Ley de represión de la usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora. En definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el

objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal de dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, y encuadrados en la Ley del 23 de julio de 1908.

La sentencia 113/2013 del Tribunal Supremo de 22 de febrero (Roj: STS 867/2013) ha confirmado la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (sección cuarta) de 20 de julio de 2010 en la que se declaró la nulidad como usurario de un préstamo en la consideración de que se trataba de un interés notablemente superior al normal de dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y se razonaba así: "siendo el interés legal en 2008 del 5,50%, el tipo remuneratorio valorado por el Juez del 20% anual, resulta a criterio del Tribunal, notoriamente superior a aquél, un exceso tan notable (se acerca al cuádruplo) que es calificable como manifiestamente desproporcionado en términos que la Ley de 1908, debiendo además destacar que el tipo remuneratorio del 10% operaba sólo durante el semestre previsto para el vencimiento del préstamo, rigiendo a partir de entonces un tipo de demora del 22%, carácter desproporcionado y usurario del tipo de demora al señalar que no puede desconocerse el escaso plazo pactado para la devolución del principal, inhabitual en préstamos de esta naturaleza y cuantía y el que no se previeran pagos fraccionados, determinaban la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, por lo que si no se aplicase la Ley de 1908 a estos intereses sancionadores se propiciaría a una actuación contraria a lo que la norma pretende evitar con matices de fraude de ley".

4.- LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE)

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

a) Tipo de interés nominal y tipo equivalente

Desde el punto de vista financiero, el hecho de que el pago de los intereses se haga al final del período de cómputo fijado para el tipo de interés o que haya pagos intermedios no es indiferente. Así ocurre en la práctica bancaria en la que los períodos de liquidación de los intereses (mensual, trimestral, semestral) no suelen coincidir con el anual que es el plazo para el que se determina el tipo de interés *nominal*.

Para poder establecer una comparación entre los tipos de interés anuales con distintos períodos de liquidación surgen los tipos o tantos *equivalentes*³⁴². Son aquellos que aplicados a un capital inicial y durante el mismo período de tiempo, producen idéntico capital final. Así un tipo de interés nominal anual del 4% tiene los siguientes tipos equivalentes según cuál sea el período de liquidación:

Diaria:	4,08085%
Mensual:	4,07415%
Trimestral:	4,06040%
Semestral:	4,04%

En nuestro caso, un tipo de interés nominal del 4% con liquidación de intereses semestral equivale a un tipo de interés del 4,04% con liquidación anual de intereses. Observamos que a mayor frecuencia en la liquidación de intereses mayor tipo equivalente.

³⁴² A veces se llaman también “efectivos” aunque preferimos la denominación de “equivalente” porque no responde al tipo que resulta de los pagos efectivamente realizados. Por eso se utiliza la denominación de tasa anual “equivalente” (TAE).

Por tanto, ya por el mero hecho de la distinta frecuencia de liquidación de los intereses podemos establecer una “comparación financiera” a través de los tipos equivalentes. Y la conclusión que se llega a través del cálculo financiero es plenamente coincidente con la que adoptaría un decisor racional que preferiría pagar sólo una vez intereses al final del período sencillamente por poder disponer mientras tanto de esos fondos que no es más que la aplicación del principio básico que ya enunciamos en su momento de subestimación de necesidades futuras.

Este “tipo equivalente” que se expresa en porcentaje anual y que, como ya se ha señalado, permite unificar para poder comparar los distintos tipos nominales ofertados con distintos períodos de liquidación de intereses, es lo que en las publicaciones del Banco de España se denomina *Tipo Efectivo Definición Restringida (TEDR)*. Y deriva de la forma en que deben comunicar al Banco de España las entidades de crédito los tipos de interés tanto de los saldos vivos de las operaciones como los aplicados a nuevas operaciones frente a los hogares (incluidas las instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares) y sociedades no financieras residentes en algún Estado participante en la Unión Económica y Monetaria.

Y ello en virtud de la Circular 1/2010, de 27 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares (incluidas instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares) y las sociedades no financieras (que deroga y sustituye la Circular 4/2002, de 25 de junio).

Según la norma tercera.2 de esta Circular, “el tipo de interés medio a declarar para cada una de las categorías incluidas en los estados será el denominado Tipo Efectivo Definición Restringida...” “el TEDR será, exclusivamente, el componente de tipo de interés de la TAE, según se define en la norma octava de la Circular 8/1990, de 7

de septiembre³⁴³, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Por tanto, el TEDR de una operación será igual al tipo de interés anualizado que iguale en cualquier fecha el valor actual de los efectivos, excluidos los gastos, recibidos, o a recibir, con el de los entregados, o a entregar, a lo largo de la operación, y se calculará como la TAE excluyendo los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización, y las comisiones que compensen costes directos relacionados, según se definen en el apartado 3 de la norma trigésima octava de la Circular 4/2004”.

En definitiva, el TEDR es el componente de tipo de interés de la TAE, exclusivamente, sin considerar otros factores de costes para el deudor como comisiones, gastos repercutidos, etc.

b) Consideración de otros costes distintos del interés

En la mayor parte de los contratos bancarios se incluye además del interés, el cobro de comisiones a favor de las entidades acreedoras, por lo que el tipo de interés “equivalente” para el cliente difiere del tipo nominal concertado. Estas comisiones y gastos deben considerarse para obtener el “coste efectivo” para el deudor y recíprocamente la rentabilidad efectiva que la operación crediticia en cuestión aporta al concedente del crédito.

Estos desembolsos adicionales al interés constituyen lo que se denominan en matemática financiera “características comerciales” que pueden ser bilaterales o unilaterales, según que modifiquen los compromisos o prestaciones de ambas partes o por el contrario afecten a una sola de ellas.

³⁴³ Lógicamente hay que entender hoy que el cálculo de la TAE se hace con arreglo a la Circ. BE 5/2012.

Cuando hay *bilateralidad* coinciden el coste y la rentabilidad, ya que lo que para una parte es pago, para la otra es cobro y viceversa. Por el contrario, cuando hay características *unilaterales* tenemos entradas y salidas de capitales que tienen como contrapartida a un tercero en la operación y, por tanto, no hay coincidencia en el tanto que iguala la prestación debida/entregada y la contraprestación entregada/recibida.

* *Características bilaterales:*

- Comisión de apertura o de formalización.
- Comisión de estudio.
- Gastos de administración y comunicación.
- Comisión/compensación de amortización anticipada, total o parcial.

Estos gastos se pagan al comienzo, durante o al final de la operación.

* *Características unilaterales:*

- Gastos de fedatarios públicos (notarios y registradores).
- Gastos de tasación de bienes afectos en garantía.
- Gastos de gestoría.
- Tributos soportados por cualquiera de las partes (IRPF, Impuesto de Sociedades, Actos Jurídicos Documentados).
- Subvenciones y bonificaciones a los pagos de intereses y de principal.
- Primas de seguros...

Con la finalidad de normalizar la información suministrada a los clientes que contratan con entidades de crédito, dotando al mercado crediticio de mayor transparencia y proporcionando un baremo para poder comparar entre sí los costes de las operaciones crediticias y así facilitar la toma de decisiones, la normativa ha elaborado, siguiendo las directrices comunitarias, la llamada Tasa Anual Equivalente (TAE) que pretende ser el coste efectivo para el sujeto que contrata una operación de financiación.

B) REGULACIÓN DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

a) Aparición de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico

El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, hoy derogada por la LOSSEC³⁴⁴, facultaba al “Ministro de Economía y Hacienda para

³⁴⁴ El artículo 5 LOSSEC con la denominación *protección del cliente de entidades de crédito* establece en su número 1 que “el Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a:

a) La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y el Ministro de Economía y Competitividad podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa.

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de

que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pudiera:

“a) Establecer que los contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación...

d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización”.

En uso de esta delegación se dictaron la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de Crédito y la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (ambas hoy derogadas y sustituidas por la Orden

crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito...

c) Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa...”

En el número 2 se establece que “en particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:

...e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente”

EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

El último párrafo de la disposición séptima de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 establecía que “en los casos en que sea obligatoria la entrega del documento contractual³⁴⁵, o cuando así lo solicitase el cliente, las Entidades de crédito harían constar en el mismo, separadamente y *a efectos informativos*, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un *tipo de interés efectivo anual postpagable*. La fórmula utilizada para obtener la citada equivalencia debería hacerse explícita, ya fuera directamente o por referencia al «Boletín Oficial del Estado» en que se hubiera publicado la circular del Banco de España en que se contenga.

A su vez, la disposición final primera de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 facultó con amplitud al Banco de España, para que desarrollase y ejecutase la Orden. En su desarrollo se aprobó la Circular B.E. 8/1990, de 7 de septiembre, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela (que experimentó muchas modificaciones) y que hoy está derogada (salvo el

³⁴⁵ La entrega del documento contractual era OBLIGATORIA, mediase o no petición del cliente, en los siguientes casos:

- a) Apertura de cuenta corriente a la vista o cuenta de ahorro. Emisión y renovación medios electrónicos de pago (tarjetas de débito).
- b) En las operaciones siguientes, cuando su importe sea inferior a 60.000 euros (antes 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.

mantenimiento de su norma 8ª) por la Circular 5/2012, de 27 junio 2012, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

La Circular B.E. 8/1990 establecía en el número 2 de su norma octava: “a) Los tipos de interés, costes o rendimiento se expresarán en *tasas* porcentuales *anuales* pagaderas a término vencido *equivalentes*.

b) La tasa porcentual equivalente es aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término, con las excepciones e indicaciones que se recogen en los siguientes apartados...”

Siguiendo la formulación y terminología empleada por el Banco de España (anexo V Circ. B.E. 8/1990):

$$\sum_{n=1}^n D_n (1 + i_k)^{-t_n} = \sum_{m=1}^m R_m (1 + i_k)^{-t_m}$$

O lo que es lo mismo para aquellos que no estén familiarizados con las potencias negativas:

$$\sum_{n=1}^n \frac{D_n}{(1 + i_k)^{t_n}} = \sum_{m=1}^m \frac{R_m}{(1 + i_k)^{t_m}}$$

Donde:

D = Disposiciones

R = Reembolsos: amortización, intereses u otros gastos incluidos en el coste o rendimiento efectivo de la operación.

n = Número de entregas.

m = Número de reembolsos.

t_n = Tiempo transcurrido desde la fecha de la equivalencia hasta la disposición n .

t_m = Tiempo transcurrido desde la fecha de la equivalencia hasta la de reembolso m .

i_k = Tanto por uno efectivo referido al período de tiempo elegido para expresar los t_m y los t_n en números enteros.

El Tipo Anual Equivalente³⁴⁶ (TAE) se obtiene, aplicando la expresión general de los tantos equivalentes, de acuerdo con la ley de capitalización compuesta:

$$i_{(TAE)} = (1 + i_k)^k - 1$$

Se añadían en el apartado 2 de este Anexo V, fórmulas específicas para su cálculo en los tres supuestos de reembolso más típicos de los préstamos: pago de capital e intereses al vencimiento, pago periódico de intereses y devolución del capital al vencimiento y amortización mediante cuotas constantes comprensivas de capital e intereses que fueron suprimidas por la Circular 13/1993, de 21 de diciembre.

Con estas disposiciones el sistema de transparencia en la contratación bancaria introducía un método de medición del coste que tenía como finalidad establecer una comparación financiera entre distintos productos, el/la tipo/tasa anual equivalente (TAE), que expresaba el coste o rendimiento de la operación de forma normalizada (siempre como tipo efectivo anual y pospagable),

³⁴⁶ Obsérvese que en la norma octava de la Circular se utiliza el artículo femenino “la” por hablarse de “tasa porcentual equivalente” y sin embargo en el número 10 de la norma sexta y en el Anexo V se utiliza el artículo masculino “el” ya que se habla de “tipo anual equivalente”.

incluidas las remuneraciones percibidas como comisiones y otras pactadas como complementarias al tipo de interés nominal. Habida cuenta que sólo tenía en cuenta los desembolsos del deudor que eran ingresos del acreedor, más que el coste para el acreditado realmente era la rentabilidad para la entidad de crédito.

Como vemos, originalmente el TAE suponía un *elemento informativo* (la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 decía: "adicionalmente..., separadamente, y a efectos informativos"); el TAE se podía considerar así, como una expresión extracontractual del precio de la obtención de un recurso financiero. El precio quedaba establecido en el propio contrato, por la suma de todos los conceptos de remuneración que percibe el acreedor y el TAE se concluía de estos conceptos de remuneración. La ausencia o error en la determinación del TAE no tenía consecuencias contractuales (sin perjuicio de las responsabilidades que el hecho acarree para el sujeto que la cometió en el ámbito administrativo).

Por tanto, el TAE es el rédito anual de la ley de capitalización compuesta que iguala financieramente capitales entregados y recibidos, siendo k el número de veces que el año contiene el período elegido. Es lo que en términos financieros se conoce como TIR (Tasa Interna de Retorno o de Rentabilidad) criterio clásico en la valoración y selección de proyectos de inversión que mide la rentabilidad relativa, esto es, la medida en términos porcentuales de la rentabilidad de una inversión y que es el *tanto* o tipo que iguala los valores actuales de los flujos de salida y de entrada (desembolsos y reembolsos).

Llegado este momento, a la vista de esta definición inicial del TAE y su procedimiento de cálculo hay que decir que existían dos clases de *limitaciones* como medida del coste efectivo:

1º) Se trataba, como ya se ha dicho, de un tanto efectivo de rentabilidad para el prestamista y no de una expresión ajustada del coste para el prestatario. Ello se debía a que por la noción legal se excluían expresamente los gastos evitables para el prestatario, los

abonados a terceros o los derivados de seguros y garantías³⁴⁷; conceptos todos ellos que suponían un sobrecoste para el deudor, aunque no fueran ingresos a favor de la entidad. Reconociendo esta insuficiencia se ofrecía en la práctica el concepto más omnicomprendido de Tipo Anual Equivalente Global (TAEG) que debía incluir, además, todos los pagos e ingresos colaterales a la operación y que no tuvieran como contraparte a la entidad crediticia.

2º) La obtención de la TAE obligaba (hoy ocurre lo mismo) a resolver una ecuación de grado n . Si bien los parámetros financieros que se incluyen en los préstamos aseguran la existencia de una única raíz positiva simple, esta ecuación sólo puede resolverse por el método iterativo³⁴⁸ lo que de alguna forma venía a reconocerse en el número 10 de la norma sexta de la Circular en su versión inicial³⁴⁹ al decirse que “el tipo de interés efectivo anual postpagable calculado con arreglo a las disposiciones que se contienen en la norma octava de esta Circular no podrá diferir en valor absoluto en más de un uno por mil del que puede obtenerse por aplicación de las fórmulas que figuran en el anexo V.

³⁴⁷ Así en el número 4 de la norma octava se decía que en las operaciones activas “en el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos cuyo devengo sea a favor de la Entidad. No se considerarán, a estos efectos los gastos complementarios o suplidos (timbres, corretajes a favor de terceros, gastos notariales, etc.) aun cuando debe quedar expresa y claramente indicado que la tasa anual efectiva de coste no incluye tales gastos, que han de detallarse uno a uno.

³⁴⁸ Es un método que progresivamente va calculando aproximaciones a la solución de un problema. En Matemáticas, en un método iterativo se repite un mismo proceso de mejora sobre una solución aproximada: se espera que lo obtenido sea una solución más aproximada que la inicial. El proceso se repite sobre esta nueva solución hasta que el resultado más reciente satisfaga ciertos requisitos. A diferencia de los métodos directos en los que se debe terminar el proceso para tener la respuesta, en los métodos iterativos se puede suspender el proceso al término de una iteración y se obtiene una aproximación a la solución.

³⁴⁹ Este apartado 10 tuvo una nueva redacción dada por la Circular BE 13/1993, de 21 de diciembre.

Mayores dificultades para la validez de este tipo plantea la hipótesis implícita de reinversión de los flujos intermedios, precisamente al mismo valor de ese tipo de interés (como se deduce de la fórmula se utiliza la capitalización compuesta); la hipótesis subyacente es que la curva de tipos-plazos es plana. Dicho en otros términos, utilizamos un mismo tipo o tasa para actualizar flujos de capitales con independencia del período de tiempo que medie entre la fecha de las entregas y las devoluciones (da igual que sea un año que diez), simplificación que no se da en la realidad financiera.

A ello hay que sumar la imposibilidad de su obtención a priori en las operaciones a tipos variables o en los contratos de crédito.

La TAE aumentará con las comisiones y la frecuencia con que se realicen los pagos y disminuirá a medida que se alargue el plazo de la operación.

Antes de entrar en la regulación vigente se ha planteado alguna discusión doctrinal³⁵⁰ sobre si la TAE así calculada es el “tanto prestamista” o el “tanto prestatario”, esto es, si es la rentabilidad del primero o el coste del segundo. Hay que aclarar que puede ser una u otra cosa en función de los factores se tenga en cuenta. Cuando para su cálculo se utilizan todos los ingresos directos del prestamista (intereses, comisiones...), el resultado obtenido es su “rentabilidad” (“tanto prestamista”); y cuando se incluyen todos los costes en los que incurra el prestatario (incluidos los que no son ingreso para la entidad de crédito: primas de seguro, costes notariales y registrales, impuestos...) es su coste (“tanto prestatario”).

³⁵⁰ Véase ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 711.

b) Regulación de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico. Régimen general

Nos encontramos con distintas regulaciones de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico. Hay una única fórmula de cálculo (“ecuación de base” es la expresión utilizada por la Orden EHA/2899/2011 y la LCCC), si bien esto se produce con la Circ. B.E. 5/2012 que transcribe la fórmula establecida en la LCCC que ya había sido transcrita por la Orden EHA/2899/2011. Sí habrá alguna diferencia de matiz en cuanto a algún factor de coste así como en los supuestos adicionales de cálculo en uno u otro caso como veremos más adelante y en los dos siguientes capítulos cuando analicemos la TAE en los contratos de crédito al consumo y en los créditos con garantía hipotecaria de vivienda.

En lo referente a cuestiones terminológicas se unifica la expresión y ya sólo se utiliza la de Tasa Anual Equivalente (TAE).

Para los contratos de crédito al consumo la TAE está regulada en el art. 32 LCCC (único precepto del Capítulo V), luego desarrollado en el Anexo I, preceptos a los que haremos mención en el próximo capítulo.

Por su parte, la Orden EHA/2899/2011 regula la TAE referida a los créditos y préstamos hipotecarios garantizados con viviendas en el art. 31 (que conforma la sección 5ª de su capítulo II) luego desarrollado en el anexo V, normativa a la que haremos mención en el capítulo V de esta obra.

Para el resto de los contratos bancarios, la TAE se encuentra regulada en la norma decimotercera Circ. B.E. 5/2012 que, a su vez, se remite al anejo 7 que incluye la fórmula matemática para su cálculo.

De acuerdo con dicha norma decimotercera³⁵¹ “en los documentos e informaciones previstos en esta Circular y en otras disposiciones que se remitan a ésta, para el cálculo de la tasa anual equivalente y del coste o rendimiento efectivo remanente deberán tenerse en cuenta las indicaciones de la presente Norma”.

“La tasa anual equivalente (TAE), que es aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos entregados y recibidos a lo largo de la operación, se calculará de acuerdo con la formulación matemática que figura en el anejo 7”.

De acuerdo con el anejo 7 Circ. B.E. 5/2012 “la equivalencia financiera a que se refiere el apartado 2 de la norma decimotercera de esta Circular tiene la siguiente expresión matemática³⁵²:

³⁵¹ El número 7 de esta disposición decimotercera determina indirectamente su ámbito de aplicación al decir: “En el cálculo de la tasa anual equivalente de las operaciones de activo, se tendrán en cuenta los siguientes criterios específicos:

- a) El cálculo de la tasa anual equivalente de los préstamos y créditos al consumo sujetos a lo dispuesto en la Ley 16/2011 se ajustará a lo dispuesto al efecto en el artículo 32 y en el anexo I de la citada Ley (como no podía ser menos por ser norma de mayor rango además de ser norma especial).
- b) El cálculo de la tasa anual equivalente de los préstamos y créditos hipotecarios a que se refiere el artículo 19 de la Orden se ajustará a lo dispuesto en su artículo 31 y en su anexo V (igualmente norma de mayor rango y norma especial).

³⁵² Como parece lógico la normativa administrativa (Orden EHA/2899/2011 y Circ. B.E. 5/2012) ha seguido la fórmula establecida en la normativa europea de crédito al consumo que hoy está recogida en la Directiva 2008/48/CE (transpuesta al Derecho interno por la LCCC), modificada por la Directiva 2011/90/UE, de la Comisión de 14 de noviembre de 2011 que establece supuestos adicionales para el cálculo de la TAE (transpuesta a nuestro Derecho por la Orden ECC/159/2013, de 6 de febrero, por la que se modifica la parte II del anexo I de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo) aunque se establece una primera fórmula matemática –no exactamente igual a la actual pero con el mismo resultado– en la Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 que modifica la Directiva 87/102/CEE.

$$\sum_{k=1}^m C_k (1+X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^{m'} D_l (1+X)^{-s_l}$$

Siendo:

C = Disposiciones

k es el número de orden de cada una de las disposiciones de fondos, por lo que $1 \leq k \leq m$

m es el número de orden de la última disposición

C_k es el importe de la disposición número k

t_k = Intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, transcurrido entre la fecha de la primera disposición y la fecha de cada una de las disposiciones siguientes, de modo que $t_1=0$

D = Pagos por amortización, intereses, comisiones u otros gastos de la operación

l es el número de orden de cada uno de los pagos, por lo que $1 \leq l \leq m'$

m' es el número de orden del último pago

D_l es el importe del pago número l

s_l = Intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, transcurrido entre la fecha de la primera disposición y la fecha de cada uno de los pagos

X es la TAE.

Tras la fórmula y la explicación de la nomenclatura utilizada se añaden una serie de observaciones. Antes de analizarlas hay que

señalar son copia literal de las que recoge el Anexo I de la Directiva 2008/48/CE y hoy en Anexo I LCCC que la transpone. Y ya constaban en la Directiva 87/102/CEE desde que se introdujo en la misma por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, modificaciones que llegaron a nuestro Derecho a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios que modificó, entre otras, la LCC-1995 en las que quedaron incorporadas a su Anexo. Por tanto, la Circular del Banco de España se ha limitado a copiarlas.

Veamos las observaciones

“a) Las sumas abonadas por cada una de las partes en diferentes momentos no son necesariamente iguales ni se abonan necesariamente a intervalos iguales”.

Para mí es una obviedad, innecesaria. Lógicamente las disposiciones y los pagos por amortización, intereses y otros gastos no sólo es que puedan ser distintos es que nunca son iguales. A lo sumo los pagos por amortización e intereses pueden coincidir entre sí cuando se pacta el sistema (francés) de pago mediante cuota constante comprensiva de capital e intereses, y siempre que el tipo de interés sea fijo.

Como señala SÁNCHEZ SÁNCHEZ³⁵³ "acompañando a fórmulas financieras inteligibles, parece que semejante observación es trascendente. Puede pensarse en que es la explicación de un producto financiero complejo, indescifrable para no expertos en finanzas... Naturalmente, el prestador profesional lo hace para obtener lucro. La diferencia entre lo que entrega el prestamista y lo que paga el prestatario constituye la atribución de aquél, el interés en sentido amplio (artículo 315 CCom)... Tan profunda observación ya

³⁵³ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.P.: "Anexo I" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*...pág. 1.372.

figuraba en la Directiva 90/88/CEE... Se trata de un comentario absolutamente innecesario, por más que haya sido repetido en varias disposiciones".

Y también parece obvio que tanto las disposiciones como los pagos pueden hacerse en intervalos desiguales; serán los pactos individuales los que establecerán la periodicidad y los intervalos de disposiciones y pagos. A este respecto señala esta misma autora³⁵⁴: "el segundo inciso -ni se abonan necesariamente a intervalos iguales - también podía haberse suprimido. Cuando los intervalos son iguales, resulta más sencillo calcular la TAE. Pero no puede limitarse la libertad de pactos por esa única razón".

"b) La fecha inicial es la de la primera disposición de fondos".

Supongo que lo que quiere decir es que la fecha de cálculo de la TAE es la de la primera recepción de fondos por el prestatario que no tiene por qué coincidir con la de formalización del contrato, ya que podría pactarse una disposición diferida pero determinada. La verdad es que esta observación también me parece innecesaria. Por otra parte, una de las características de la capitalización compuesta que, como ya hemos dicho, es la que se utiliza en la fórmula de la TAE es que el resultado es el mismo con independencia del momento del tiempo en que se proceda al cálculo. En este mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ SÁNCHEZ³⁵⁵: "la observación que figura en la letra b) es superflua. Dice, la fecha inicial es la de la primera disposición de fondos. Y si no fuera así, resultaría irrelevante. No afecta al cálculo de la TAE. Esa es la ventaja del interés compuesto y una de las características de la tasa de retorno, criterio de selección de inversiones empleado para el cálculo de la TAE. El resultado

³⁵⁴ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.P.: "Anexo I" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 1369-1370.

³⁵⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.P.: "Anexo I" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*...pág. 1373.

obtenido es independiente del momento en que se valore la inversión. Para llegar al interés efectivo han de tenerse en cuenta las fechas de entrega y de pago. La fecha del negocio jurídico, si no implica pagos y cobros, no tiene relevancia financiera".

"c) Los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, $365/12$), con independencia de que el año sea bisiesto o no".

Aquí lo que está fijando claramente es que se toman meses y años naturales, como por otra parte parece lógico, a diferencia del cálculo de intereses en la práctica bancaria española, para lo que se utiliza el llamado "año comercial" (360 días). O sea, la TAE se expresa como un tanto "efectivo" y por ello se hace necesario "normalizar" los meses porque pueden tener 28, 29, 30 ó 31 días. Los cálculos en días o semanas no plantean problemas. Y ello con independencia de cómo se calculen los intereses a pagar por el deudor.

Esta observación, como ya se ha dicho con anterioridad, se hace necesaria al calcularse la TAE de forma directa y no por el método de dos fases. Como señala SÁNCHEZ SÁNCHEZ³⁵⁶ al comentar el Anexo I LCCC, "la Ley necesita hacer esta precisión porque utiliza la compleja fórmula de cálculo que hemos comentado. Si hubiera seguido el procedimiento de las dos fases, que conduce al mismo resultado y plantean dos ecuaciones en lugar de una, no sería necesario hacer estas precisiones". Y continúa preguntándose con razón: "¿Para qué hace falta calcular el año normalizado con tanta exactitud, si la TAE se expresa con un decimal? Y concluye: "otra observación que no ayuda a quien no sabe calcular la TAE a quien no sabe y a quien sabe no le aporta nada".

³⁵⁶ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.P.: "Anexo I" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*pág. 1374.

“d) El resultado del cálculo se expresará con una precisión de un decimal como mínimo. Si la cifra del decimal siguiente es superior o igual a 5, el primer decimal se redondeará a la cifra superior”.

Esta observación más que tal es una norma. La TAE se expresará como mínimo con un decimal, lo que me parece criticable. En el estado actual de los procesos informáticos, no se alcanza a entender tan poca precisión, máxime cuanto los tipo de interés se expresan con, al menos, dos decimales. Incluso el Euribor se cotiza en los mercados internacionales con tres decimales. Y en la práctica bancaria la TAE se expresa con dos o tres decimales (incluso más).

En este mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ SÁNCHEZ³⁵⁷ al decir: “no alcanzamos a comprender la *ratio* de la norma. Es obvio que el consumidor adoptará una decisión más acertada si la TAE tiene dos decimales, que se presenta sólo uno. Por otra parte, los intereses nominales de los préstamos se expresan en dos y a veces con tres decimales. ¿Si el Euribor se expresa con tres decimales, por qué la TAE con uno solo? ¿Por qué exigir un único decimal, cuando mostrar más decimales no supone un mayor esfuerzo, puesto que el resultado se obtiene por medios informáticos?”

En todo caso se añade una segunda “norma” que no “observación”, una norma de redondeo que hace que en caso de que el último decimal sea exactamente 5 éste se haga por exceso porque cuando dicho decimal sea superior es lógico que se redondee por exceso.

Comparando la definición y la fórmula de una y otra Circular podemos concluir. De la definición dada en la noma decimotercera ya se deducen dos primeras y muy importantes diferencias respecto al sistema anterior:

³⁵⁷ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.P.: “Anexo I” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*pág. 1374.

1.- Ya no se habla como hacía la OM de 1989 de “a efectos informativos”. Parece que ya adopta el rango de elemento del contrato que debe constar necesariamente y cuya ausencia implicaría una sanción más grave para la entidad de crédito.

2.- A diferencia de la Circ. B.E. 8/1990 que decía que “en el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos cuyo devengo sea a favor de la Entidad”, ahora se incluyen pagos por amortización, intereses, comisiones u otros gastos de la operación (obsérvese que así se especifica en la fórmula al especificar que significa “D”), por tanto, todos los pagos realizados por el cliente. En la fórmula de la Circ. B.E. 8/1990, el término utilizado era “R”, reembolsos, que se definían como “amortización, intereses u otros gastos incluidos en el coste o rendimiento efectivo de la operación”, y de tales gastos sólo se computaban los que a su vez eran ingreso de la entidad.

Por tanto, para el cálculo del TAE, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, hay que tener en cuenta todos los gastos que tiene el deudor sean o no ingreso de la entidad de crédito.

3.- Hay una diferencia fundamental entre uno y otro método de cálculo. El sistema que ahora se establece podríamos calificarlo de “método directo” frente al del sistema de la Circ. B.E. 8/1990 que sería “de doble fase”. En este último se calcula un tipo efectivo del período de devengo (y si hay varios períodos se toma el menor) y luego se calcula el tipo equivalente anual. Este último sistema tiene la ventaja de que evita utilizar potencias fraccionarias (además de negativas) y que es más “didáctico”, al menos para quien entiende lo que es un “tipo equivalente anual” y desde luego para explicar qué es. Por el contrario, el método directo, como su propio nombre indica, no requiere ulteriores cálculos y se obtiene directamente la solución. Hay que reconocer que con los métodos técnicos actuales (hojas de cálculo) no tiene el más mínimo problema su utilización. Huelga decir que el resultado por uno u otro método es el mismo.

Para ver la diferencia, veamos un ejemplo muy sencillo. Pensemos en un préstamo de 100 unidades monetarias que se reembolsa exactamente un año y con un interés de 8% nominal anual con liquidación semestral de intereses. Comisión de apertura del 1%.

Método directo:

$$99 = 4 (1 + X)^{-0,50} + 4 (1 + X)^{-1} + 100 (1 + X)^{-1}$$

Siendo X la TAE.

Método de doble fase:

$$99 = 4 (1 + X_2)^{-1} + 4 (1 + X_2)^{-2} + 100 (1 + X_2)^{-2}$$

$$X = (1 + X_2)^2 - 1$$

Siendo X_2 el tipo efectivo semestral y X la TAE.

El resultado es el mismo ($X = \text{TAE} = 8,244\%$) pero por el segundo sistema tenemos una información adicional y, desde luego, “real”, incluso más intuitiva y es el tipo de interés que “efectivamente” le cuesta al prestatario sobre el capital prestado ($X_2 = 4,04\%$ -a lo que también puede llegarse dividiendo 4 por 99-), lo que en nuestro ejemplo se hace cada seis meses. La TAE es un “tanto equivalente” y, como su propio nombre indica, equivale a un préstamo de igual cuantía, tipo de interés y comisiones pero en el que el interés se hace efectivo al final del año (y no cada seis meses como en nuestro ejemplo). Es una equivalencia para poder compararlo con otros préstamos pero lo que realmente se paga de intereses son 4 unidades monetarias cada seis meses, recibándose 99 y reembolsándose al final de año 100 unidades monetarias.

Por otra parte, la norma decimotercera de la Circ. B.E. 5/2012 en su número 3 introduce un nuevo concepto, el *coste efectivo remanente* (CER) (y su correlativo para las operaciones de pasivo, el rendimiento efectivo remanente -RER-) que se calcula de acuerdo con la formulación matemática vista, si bien teniendo en cuenta

exclusivamente el plazo pendiente hasta el vencimiento o amortización y los conceptos de coste (o rendimiento en las operaciones de pasivo) que resten por pagar (o por cobrar) si la operación sigue su curso normal.

Estamos ante un “coste equivalente” en términos anuales que se refiere al resto del tiempo que resta de la operación financiera. Podemos considerarlo como la TAE de la operación en un momento determinado posterior al inicial aunque para no confundir términos ni conceptos se llama CER.

El cálculo de la tasa anual equivalente y del coste (o rendimiento) efectivo remanente se realizará partiendo del supuesto de que el contrato estará vigente durante el período de tiempo acordado y que la entidad y el cliente cumplirán sus obligaciones con exactitud en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato³⁵⁸.

Esta es una hipótesis necesaria para todo cálculo financiero *ex ante*; la operación va a desarrollarse en el tiempo y en la forma pactada sin amortizaciones anticipadas ni incumplimientos por las partes que generarían, además de otros costes -comisiones de reembolso anticipado e intereses de demora-, plazos distintos a los pactados lo que alteraría todos los cálculos ya que un elemento esencial en toda operación financiera es el tiempo.

Por otra parte, en los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y/o de las comisiones o gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean

³⁵⁸ Encontramos en este apartado 3 de la disposición decimotercera Circ. B.E. 5/2012 una clara inspiración en el art. 19,3 Directiva 2008/48/CE: “El cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto básico de que el contrato de crédito estará vigente durante el período de tiempo acordado y que el prestamista y el consumidor cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato de crédito”, transpuesto al Derecho interno en el art. 32.3 LCCC.

cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato³⁵⁹. En estos casos, la expresión TAE se sustituirá por la de “TAEVariable”, y se deberá indicar expresamente que se ha utilizado la simplificación anterior.

Otra hipótesis totalmente lógica. Todo cálculo y, obviamente, el de la TAE, exige datos ciertos³⁶⁰. Y cuando no los tenemos hay que partir de alguna hipótesis de trabajo, en este caso, que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computan con las cuantías establecidas en el momento del otorgamiento. Eso sí, se hace constar expresamente y se sustituye la expresión “TAE” por la de “TAEVariable” para no confundir ambas magnitudes.

En particular, en las operaciones a tipo de interés variable, la “TAEVariable” se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida de la operación, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato y, si se pactara un tipo de interés fijo para cierto período inicial, este se tendrá en cuenta en el cálculo, pero únicamente durante dicho período inicial. En estos casos, la tasa anual equivalente sólo tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión «esta TAEVariable se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto, esta TAEVariable variará con las revisiones del tipo de interés».

³⁵⁹ También tiene una clara inspiración en art. 19,4 Directiva 2008/48/CE: “En los contratos de crédito que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito”, transpuesto al Derecho interno en el art. 32.4 LCCC.

³⁶⁰ Decir que hacen falta “datos ciertos” no es del todo correcto. Es, más bien, una simplificación para facilitar los cálculos. Podrían establecerse los datos posibles y aplicarles la probabilidad de su acaecimiento.

Y, obviamente, como continúa la norma decimotercera, cuando se trate de una operación a tipo de interés variable en la que se establezcan límites a su variación, dichos límites deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente.

Esta segunda hipótesis de trabajo da un paso más respecto a la anterior. Cuando haya tipos de interés variables éstos no se computarán a su tipo inicial sino que éste se considerará sólo durante el plazo pactado y para el resto del tiempo se computará un tipo constante que será el resultante de aplicar el criterio de variabilidad en la fecha del contrato. Esto es, que si en un préstamo a 20 años se fija un tipo de interés inicial del 3,50% durante tres años y luego revisión anual aplicando el tipo de referencia Euribor anual más dos puntos porcentuales, el cálculo se hará de la siguiente manera: se computa un tipo de interés del 3,50% durante tres años y para los diecisiete restantes un tipo que sería el resultado de sumar al tipo Euribor anual vigente en el momento del contrato (p.e. el 0,50%) el diferencial pactado, o sea, el 2,50%. Pero si se ha pactado un tipo mínimo del 3%, éste será el tipo a considerar para el tiempo restante.

Esta norma no se incluía en la Circ. B.E. 8/1990 en su versión original cuyo número 6 de la disposición octava establecía que “el cálculo del coste o rendimiento efectivos, a reflejar en la documentación contractual, girará sobre el primer tipo aplicable”. Esto dio pie durante los años noventa a una práctica típica de los préstamos con garantía hipotecaria por ser de larga duración (que se conocía como “tipos de gancho”) consistente en establecer un tipo de interés inicial por debajo del de mercado. Por ejemplo, un tipo inicial durante el primer año del 8% y luego revisión anual al tipo MIBOR más 2 puntos porcentuales lo que significaba en enero de 1991 un tipo de 17,292%³⁶¹.

³⁶¹ Precisamente por ello el art. 7.3.2º OM 5 de mayo de 1994 establecía que “en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: 2º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir

En las operaciones a tipo de interés variable, las modificaciones que experimenten los índices de referencia no se reflejarán en el coste o rendimiento efectivo remanente hasta tanto no afecten al tipo nominal de la operación. La indicación del coste o rendimiento efectivo, en estos casos, también se acompañará de la expresión «variará con las revisiones del tipo de interés». Y esto no es una excepción a lo dicho para el cálculo del TAE; lo que ocurre es que la TAE se calcula en el momento de la formalización del contrato mientras que el CER (y el RER) se calculan en momentos posteriores y se aplica para su cálculo los tipos efectivamente vigentes y sus posteriores modificaciones se computarán para este cálculo cuando hayan tenido lugar.

En la información que deben publicar las entidades sobre tipos y comisiones (que se regula en el apartado 1 de la norma tercera Circ. B.E. 5/2012), la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los conceptos que se mencionan expresamente en el anejo 1 (referente a la información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas). Con esto se quiere decir que estos TAEs que se publican se calculan con los tipos de interés anuales “modales” (los más frecuentemente utilizados) de las operaciones del trimestre anterior; la comisión de apertura más frecuente en las operaciones con tipo modal (expresada como porcentaje del importe del préstamo) y para el plazo más frecuente en el que se aplique el tipo de interés modal.

La Circ. B.E. 5/2012 continúa señalando que en el cálculo de la tasa anual equivalente de las operaciones de activo, se tendrán en cuenta los siguientes criterios específicos:

expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores”.

Para los préstamos y créditos al consumo sujetos a lo dispuesto en la LCC, como ya hemos señalado, habrá que ajustarse a lo dispuesto al efecto en el artículo 32 y en el anexo I de la citada Ley, y que ya hemos visto, es sustancialmente igual a lo aquí visto ampliando los supuestos adicionales para su cálculo y que veremos en el capítulo próximo.

El cálculo de la tasa anual equivalente de los préstamos y créditos hipotecarios con garantía de vivienda (a los que se refiere el artículo 19 de Orden EHA/2899/2011) se ajustará a lo dispuesto en su artículo 31 y en su anexo V que, como veremos en el capítulo V, está sustancialmente copiados de la LCCC antes de la modificación experimentada por ésta respecto a los supuestos adicionales de cálculo que tuvo lugar por Orden ECC/159/2013, de 6 de febrero transponiendo así la Directiva 2011/90/UE, de la Comisión de 14 de noviembre de 2011 que modificó en los mismos términos la Directiva 2008/48/CE.

Y aunque el número 7 de la norma decimotercera de la Circ. B.E. 5/2012 lo utiliza como “norma residual” o “norma de cierre”, en aquellos aspectos no regulados específicamente en esta norma, y siempre que no resulten redundantes con lo dispuesto en la misma, se aplicarán los siguientes criterios:

– Para los préstamos y créditos con garantía personal, aunque los clientes no sean consumidores, los mismos criterios que se establecen para los créditos al consumo en la LCCC.

– Para los préstamos y créditos con garantías diferentes de las personales, esto es, garantías reales mobiliarias e inmobiliarias aunque no se les aplique de forma directa la Orden EHA/2899/2011, los mismos criterios que se establecen para los préstamos y créditos hipotecarios en ésta.

Entremos en otros supuestos específicos regulados en la norma decimotercera.

1.- En las ofertas vinculantes a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de *subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, entre los conceptos que se han de tener en cuenta en el cálculo de la tasa anual equivalente, además de los que se derivan de lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011, se incluirá el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo objeto de subrogación.

Con la oferta vinculante, también se informará al cliente del coste efectivo remanente del préstamo cuya subrogación se pretenda realizar.

En estos supuestos, además de remitirse para el cálculo de la TAE a la Orden EHA/2899/2011, como es lógico ya que la subrogación se hace de préstamos y créditos sometidos a la misma, añade un elemento importante. Sin perjuicio de la comisión inicial de apertura, más correctamente de subrogación, que el deudor debe pagar a la nueva entidad de crédito que se subroga en la operación financiera, hay que tener en consideración un coste adicional y seguro que va a tener el deudor: la comisión de cancelación o la compensación por desistimiento según la fecha en que se haya concertado el contrato objeto de la subrogación sea anterior o posterior a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

2.- En el cálculo de la tasa anual equivalente del *resto de operaciones de activo* se incluirán los intereses, comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito o préstamo recibido o los servicios inherentes al mismo. También se incluirán las primas de los seguros que tengan por objeto garantizar a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre y cuando la entidad

imponga la contratación de dicho seguro como condición para conceder el préstamo o crédito.

3.- En aquellos casos en que la entidad reciba *ayudas, subsidios o subvenciones* de carácter público, sólo se tendrán en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente los importes efectivamente reintegrados por el beneficiario, de forma que aquellas subvenciones resulten excluidas de sus costes.

Este es caso de los préstamos para adquisición de vivienda sujetos a los distintos planes de ayudas nacionales, autonómicas o municipales, donde hay ayudas directas, esto es, una parte del capital y luego subvenciones a los tipos de interés. Se considera en estos casos como efectivamente recibido el total capital que se debe reintegrar a la entidad de crédito y como intereses los efectivamente desembolsados, esto es, teniendo en cuenta la subvención que es recibida por la entidad para ese préstamo o crédito.

4.- En las *cuentas corrientes de crédito*, no se incluirá en el cálculo la comisión que pueda cobrarse por disponibilidad, aun cuando tal circunstancia debe quedar expresamente señalada.

Esto es coherente con el hecho de que para su cálculo se establece la hipótesis de su disposición total por lo que no se devengaría en este caso tal comisión.

5.- En las operaciones de *arrendamiento financiero* se considerará como efectivo recibido el importe del principal del crédito más el valor residual del bien. El importe, en su caso, de las fianzas recibidas se tendrá en cuenta como sustraendo, a fin de establecer el efectivo puesto a disposición del cliente.

Dos normas distintas se incluyen aquí para determinar el efectivo recibido por el cliente³⁶²:

- Se considerará como tal el importe del principal más el valor residual.

A efectos prácticos esto es lo mismo que el importe del bien financiado (sin IVA). El importe del principal es el importe del bien financiado menos el importe de la parte de amortización de la primera cuota ya que en este tipo de contratos las cuotas se pagan al comienzo del período (son “prepagables”). Si le sumamos el valor residual que en la práctica es una cuota más (aunque el interés sea variable porque esa cuota residual se calcula en el momento de formalización del contrato), volvemos a tener el importe financiado.

Y aunque el valor residual no fuera una cuota igual que las anteriores lo cierto es que el arrendatario financiero recibe un bien por un importe (costes directos e indirectos) que es lo que está financiando la entidad de crédito y que es el desembolso que ésta le hace al vendedor. Y ese es el principal que debe reintegrar el cliente sumando las cuotas periódicas más el valor residual. Y todos estos cálculos se hacen sin considerar los impuestos indirectos (en nuestro caso el IVA) que luego se aplican a las cuotas periódicas con sus intereses incluidos, a las comisiones y al valor residual.

6.- En las operaciones de *factoring*, en las que, además de financiación, se preste el servicio de administración, la tasa anual equivalente correspondiente a la financiación no incluirá las comisiones de factoraje.

Dado que este contrato³⁶³ es complejo y puede incluir tanto la financiación (sea ésta sin recurso o con recurso, esto es, asunción o

³⁶² Esto hay que entenderlo a efectos de cálculo del TAE porque el cliente no recibe efectivo alguno. En estos contratos la entidad de crédito paga directamente al vendedor del bien mueble o inmueble que adquiere directamente la entidad de crédito y que luego cede en arrendamiento con opción de compra al cliente.

no por la entidad de crédito del impago del deudor del crédito factorizado) como otros servicios que no son de financiación sino de administración, el coste de estos últimos -comisión de factoraje- no se incluye a los efectos del cálculo de la TAE de la financiación.

7.- En los *descubiertos tácitos en cuentas a la vista*, (que son una forma de crédito) la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los intereses devengados y las comisiones adeudadas a causa de la concesión del descubierto, y el saldo medio deudor³⁶⁴ del período de liquidación.

Aunque la redacción no es muy afortunada, lo que quiere decirse es que el cálculo de la TAE se hará tomando como base el “saldo medio deudor”, yo hubiera dicho “el saldo deudor medio” del período de liquidación (habitualmente mensual), como cantidad dispuesta y, lógicamente, considerando los intereses adeudados y las comisiones adeudadas. Como se observa, aquí tenemos una TAE que se calcula una vez acaecido el descubierto y, por tanto, *a posteriori* a diferencia de la regla general.

³⁶³ Es definido por la sent. A.P. de Madrid de 20 de junio de 1995 de la siguiente forma: “Por el contrato de factoring, figura atípica en el que adquiere especial relevancia la autonomía de la voluntad, el cliente cede o se obliga a ceder al factor todos los créditos presentes o futuros nacidos de las ventas realizadas o por realizar, así como los servicios prestados o por prestar, a la clientela actual o potencial del cliente, en contraposición de lo cual recibe una remuneración (tarifa de factoraje e intereses por anticipo, en su caso)”. Podemos decir que es un contrato en cuya virtud el cliente cede sus créditos comerciales al factor a cambio de una remuneración porcentual sobre el importe del volumen de créditos, prestando a cambio servicios de investigación, control y cobro de los créditos cedidos, asumiendo, en ciertas condiciones, el riesgo de insolvencia sobre los deudores, pudiendo, previo concierto con el cliente, llevar a cabo un anticipo sobre el importe de los créditos cedidos, cobrando por ello, además, un interés.

³⁶⁴ Este saldo deudor medio se calcula ponderando los saldos deudores por el número de días durante los que se ha mantenido.

Este caso que hemos visto es aquel en el que en el contrato de cuenta corriente haya pactada una comisión fija por la “apertura” del descubierto que gire sobre el saldo deudor medio de cada período de liquidación. Pero cabe que esas comisiones giren sobre el mayor descubierto; en este caso la tasa anual equivalente se obtendrá como sumatorio de la tasa anual equivalente de los intereses devengados por el descubierto durante el período de liquidación de éste, y la tasa anual equivalente de las comisiones que, a causa de la concesión del descubierto se adeuden durante el dicho período de liquidación.

Para la obtención de los dos sumandos anteriores, se observará lo siguiente:

- La tasa anual equivalente de los intereses se calculará teniendo en cuenta el saldo medio deudor del período de liquidación. La hipótesis simplificadora para facilitar los cálculos es tomar como base el saldo deudor medio.

- La tasa anual equivalente de las comisiones se calculará teniendo en cuenta el mayor saldo deudor que se hubiese producido durante el período de liquidación y considerando que dicho saldo se ha mantenido en ese nivel durante todo ese período. Aquí la hipótesis de trabajo para facilitar los cálculos es considerar que ese mayor saldo deudor se mantiene durante todo el período de liquidación.

Por último, en relación con los descubiertos, la norma decimotercera de la Circ. B.E. 5/2012 establece que de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 3 de la Orden³⁶⁵ en los descubiertos no podrá reiterarse la aplicación de comisiones a causa de la concesión del descubierto en otros

³⁶⁵ “Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”.

descubiertos tácitos que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta, ni podrán tampoco exigirse dichas comisiones en los descubiertos por valoración.

5.- DISPOSICIONES COMUNES A COMISIONES, GASTOS, INTERESES Y TAE

A) INFORMACIÓN PÚBLICA

El art. 5 Orden EHA/2899/2011 establece que “toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios”. Por su parte, esta última Orden añade a la exigencia de ser “clara, objetiva y no engañosa” que sea “suficiente” y que quede “explícito y patente el carácter publicitario del mensaje”.

De acuerdo con la norma tercera Circ. B.E. 5/2012, las entidades publicarán, en la forma que ahora diremos, los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela, en el un formato establecido (anexo 1 de la Circular), sobre las operaciones realizadas en cada trimestre natural para los diferentes perfiles de productos y clientes reflejados en dicho anexo. Dicha información se actualizará trimestralmente al tiempo de enviarla al Banco de España lo que se hace dentro de los veinte primeros días de cada trimestre (o en el primer día hábil posterior a dicho plazo, si el último día del mismo fuese inhábil). Y cuando la entidad no preste a su clientela alguno de los servicios hará constar expresamente en ese apartado la expresión «NO PRACTICADO».

No se incluirán en esta información los tipos de interés o las comisiones practicados en otros servicios bancarios prestados por la entidad, sin perjuicio de su reflejo en los correspondientes contratos y de lo dispuesto legalmente sobre explicaciones adecuadas e información precontractual.

Dicha publicidad se llevará a cabo:

– En los establecimientos comerciales de las entidades, al menos, mediante la información concreta y exclusiva (en un lugar destacado que llame la atención del público) de que esos anejos, con sus denominaciones íntegras, están a disposición del público debidamente actualizados a la fecha a que se refieran.

– En las páginas de Internet de las entidades, mediante vínculos que, de forma destacada y legible, se localicen en la pantalla inicial de la primera página, desde la que se podrá acceder directamente a las condiciones de cualquiera de los servicios bancarios a los que se refieran.

El formato que se aplicará en la publicación de las informaciones anteriores (y en su remisión al Banco de España, conforme a lo dispuesto en la norma decimosexta) respetará, en cada una de las operaciones recogidas en los anejos, las especificaciones técnicas que se comuniquen al efecto.

En relación con los contratos de financiación la información pública referente a comisiones, gastos y tipos de interés se encuentra recogida en el anejo 1 Circ. B.E. 5/2012 que establece la “información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas”

La información que se ha de consignar en el formato que se establece en el anejo 1 consistente en una tabla en la que respetando el orden de las operaciones (A.1.1, A.1.2...) se distinga para cada una:

- Tipo de interés anual modal³⁶⁶.
- Comisión de apertura
- TAE
- Coste de registrar la hipoteca
- Compensaciones por desistimiento
- Compensación por riesgo de tipo de interés
- Observaciones

Debe incluirse en mayúsculas la siguiente advertencia: «la información que se presenta a continuación tiene por objeto favorecer la comparación entre ciertos productos bancarios frecuentemente ofrecidos a los consumidores en España. Las informaciones que se reflejan a continuación, y en las que se recogen datos estadísticos de ciertas operaciones estandarizadas con personas físicas, no tienen carácter de oferta ni comprometen en modo alguno a la entidad que las hace públicas.»

En dicho anejo y refiriéndonos a los contratos de financiación debe incluirse la siguiente información pública:

A.1. Préstamos hipotecarios:

A.1.1. Préstamos en euros a tipo de interés fijo (es decir, predeterminado para toda la vida del préstamo), dirigidos a la adquisición de vivienda habitual por personas físicas, con LTV³⁶⁷ (relación entre el valor del préstamo y el de tasación de la vivienda) que no exceda del 80%, y que reúnan las restantes condiciones exigibles para la movilización del préstamo mediante bonos o cédulas

³⁶⁶ “Modal” viene del término estadístico “moda” como medida estadística que describe el valor con más frecuencia, en nuestro caso, el tipo de interés utilizado más frecuentemente.

³⁶⁷ LTV es la sigla de la expresión inglesa *Loan to Value* que significa relación o proporción del importe del préstamo sobre el valor del inmueble.

hipotecarias (entre las que se encuentra la de contar con un seguro de daños). El préstamo deberá tener un plazo igual o superior a diez años, su cuota de amortización por capital e intereses deberá ser constante, y se entenderá que el cliente debe contar con una cuenta abierta en la entidad (referencia cruzada al apartado dedicado a cuentas a la vista) en la que domiciliar los pagos.

Las informaciones que se han de facilitar son las siguientes:

- Tipo de interés anual modal de las operaciones del trimestre anterior;

- comisión de apertura más frecuente en las operaciones con tipo modal (expresada como porcentaje del importe del préstamo);

- TAE incluyendo ambos conceptos para el plazo más frecuente en el que se aplique el tipo de interés modal;

- coste de la gestión de registrar la hipoteca cuando la entidad asuma, por sí misma o a través de un tercero, dicha tarea (para un préstamo de 100.000 euros);

- las compensaciones por desistimiento más frecuentes para plazos residuales superiores a cinco años;

- compensación por riesgo de tipo de interés en la amortización anticipada: si se percibe o no en las amortizaciones parciales o totales de la mayoría de los préstamos y, de ser así, cuál de las dos modalidades previstas en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha practicado la entidad como más frecuente y, en caso de tratarse del porcentaje fijo, el modal de esas operaciones.

Si en la mayoría de esas operaciones se ha dispuesto de la domiciliación en la entidad de nómina o de un tipo análogo de ingresos recurrentes, se ha contado con un seguro por el que se garantice a la entidad el pago total o parcial de la deuda pendiente

ante determinadas contingencias personales, o se restringe la edad del solicitante de alguna manera, se hará constar en observaciones.

A.1.2. Préstamos en euros con tipo de interés variable vinculado al índice de referencia oficial euríbor mediante un diferencial predeterminado, dirigidos a la adquisición de vivienda habitual por personas físicas, con LTV (relación entre el valor del préstamo y el de tasación de la vivienda) que no exceda del 80%, y que reúnan las restantes condiciones exigibles para la movilización del préstamo mediante bonos o cédulas hipotecarias (entre las que se encuentra la de contar con un seguro de daños). El préstamo deberá tener un plazo igual o superior a veinte años, la revisión del tipo deberá realizarse anualmente o en períodos más frecuentes, su cuota de amortización por capital e intereses deberá ser constante a lo largo de la vida del préstamo (en el caso de que el tipo no variase), y se entenderá que el cliente debe contar con una cuenta abierta en la entidad en la que domiciliar los pagos.

Las informaciones que se han de facilitar son las siguientes:

- Diferencial modal de las operaciones del trimestre anterior;
- comisión de apertura más frecuente en las operaciones con tipo modal (expresada como porcentaje del importe del préstamo);
- TAE incluyendo ambos conceptos por referencia al índice de referencia medio del trimestre para el plazo más frecuente en el que se aplique el tipo de interés modal;
- coste de la gestión de registrar la hipoteca cuando la entidad asuma, por sí misma o a través de un tercero, dicha tarea (para un préstamo de 100.000 euros),
- y las compensaciones por desistimiento más frecuentes para plazos residuales superiores a cinco años.

Si en la mayoría de esas operaciones se ha dispuesto de la domiciliación en la entidad de nómina o de un tipo análogo de ingresos recurrentes, se ha contado con un seguro por el que se garantice a la entidad el pago total o parcial de la deuda pendiente ante determinadas contingencias personales, o se restringe la edad del solicitante de alguna manera, se hará constar en observaciones.

A.2. Préstamos personales sujetos a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Aquí se distingue:

A.2.1. Préstamos en euros a tipo fijo (es decir, predeterminado para toda la vida del préstamo), no destinados a la adquisición de vehículos u otros bienes de consumo, cuyo plazo sea igual o superior a tres años e inferior o igual a cinco años.

A.2.2. Préstamos en euros a tipo fijo (es decir, predeterminado para toda la vida del préstamo), no destinados a la adquisición de vehículos u otros bienes de consumo, cuyo plazo sea superior a cinco años.

A.2.3. Préstamos en euros a tipo fijo (es decir, predeterminado para toda la vida del préstamo), destinados a la adquisición de vehículos, de importe no inferior a 3.000 euros y cuyo plazo sea igual o superior a dos años.

A.2.4. Préstamos en euros a tipo fijo (es decir, predeterminado para toda la vida del préstamo), destinados a la adquisición de bienes de consumo distintos de vehículos, de importe igual o inferior a 3.000 euros y cuyo plazo sea inferior a cuatro años.

En estos cuatro supuestos las informaciones que se han de facilitar son las siguientes:

- Tipo de interés anual modal de las operaciones del trimestre anterior;

- comisión de apertura más frecuente en las operaciones con tipo modal (expresada como porcentaje del importe del préstamo);

- TAE incluyendo ambos conceptos.

Si en la mayoría de esas operaciones se ha contado con uno o más avales, o con algún tipo de seguro por el que se garantice a la entidad el pago total o parcial de la deuda pendiente ante determinadas contingencias personales, se indicará en observaciones, al igual que si, en la mayoría de esas operaciones, se ha dispuesto de la domiciliación en la entidad de nómina o de un tipo análogo de ingresos recurrentes.

A.2.5. Facilidad de crédito de hasta 6.000 euros en tarjeta de crédito, con tipo de interés fijo o variable aplicable a las disposiciones, abierta con motivo de la adquisición de bienes de consumo.

Las informaciones que se han de facilitar son:

- Tipo de interés anual modal inicial de las operaciones abiertas el trimestre anterior;
- comisión de apertura más frecuente en las operaciones con tipo modal (expresada como porcentaje del importe máximo del crédito);
- TAE incluyendo ambos conceptos.
- Comisión anual en euros más frecuente en las operaciones con tipo modal a causa de la renovación de la tarjeta.
- Recargo aplicable a excedidos (en porcentaje).

Si, en la mayoría de esas operaciones, se ha contado con uno o más avales, o con algún tipo de seguro por el que se garantice a la entidad el pago total o parcial de la deuda pendiente ante determinadas contingencias personales, se indicará en observaciones, al igual que si, en la mayoría de esas operaciones, se ha dispuesto de la domiciliación en la entidad de una nómina o de un tipo análogo de ingresos recurrentes.

A.2.6. Facilidad de crédito de hasta 4.000 euros en tarjeta de crédito, con tipo de interés fijo o variable aplicable a las disposiciones, cuya apertura no esté vinculada a la adquisición de bienes de consumo; y se entenderá que el cliente debe contar con una cuenta abierta en la entidad (referencia cruzada al apartado dedicado a cuentas a la vista) en la que domiciliar los pagos, salvo que la entidad no preste el servicio de apertura de cuentas de pago.

Las informaciones que se han de facilitar son:

- Tipo de interés anual modal inicial de las operaciones abiertas el trimestre anterior;
- comisión de apertura, emisión o mantenimiento más frecuente en las operaciones con tipo modal (en cuantía fija en euros y como porcentaje del importe máximo del crédito);
- TAE incluyendo ambos conceptos sobre la base de una disposición media de 1.000 euros.
- Comisión anual en euros más frecuente en las operaciones con tipo modal a causa de la renovación o mantenimiento de la tarjeta.
- Comisión más frecuente en las operaciones con tipo modal por disposición de la facilidad crediticia en cajeros de la propia entidad (en porcentaje de una disposición de 300 euros).
- Recargo aplicable a excedidos (en porcentaje).

Si, en la mayoría de esas operaciones, se ha contado con uno o más avales, o con algún tipo de seguro por el que se garantice a la entidad el pago total o parcial de la deuda pendiente ante determinadas contingencias personales, se indicará en observaciones, al igual que si, en la mayoría de esas operaciones, se ha dispuesto de la domiciliación en la entidad de una nómina o de un tipo análogo de ingresos recurrentes.

El anejo 1 también incluye la información pública trimestral que debe remitirse al Banco de España en relación con las “operaciones pasivas” y las “operaciones de servicio”. Haremos mención sólo a estas últimas habida cuenta que pueden estar relacionadas con operaciones de financiación (“operaciones activas” en la terminología de la Circ. B.E. 5/2012).

Este anejo distingue:

1. Protección contra la subida del tipo de interés de un préstamo hipotecario que reúna las condiciones indicadas en el punto A.1.2. El contrato, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe tener una duración mínima de tres años y máxima de cinco, y contemplar exclusivamente como cobertura la limitación de la subida del tipo de interés.

Las informaciones que se han de facilitar son:

Las características básicas (al menos la prima que se ha de percibir en términos anuales y el límite previsto) de la oferta más representativa realizada en el trimestre anterior.

2. Tarjeta de débito o de crédito con pago mensual (y límite no superior a 4.000 euros), sin contar las potenciales prestaciones accesorias vinculadas a la tarjeta distintas de un mero seguro de accidentes.

Las informaciones que se han de facilitar para la oferta más representativa (de las aplicadas al menos al 10% de los clientes de la entidad con esas características) mantenida durante el trimestre anterior: comisión anual por emisión/renovación y gasto anual por uso en cajeros de la propia entidad seis veces al mes; por consulta de saldo dos veces al mes.

Si la oferta está vinculada a la contratación de la tarjeta a distancia, se hará constar en observaciones.

3. Transferencias SEPA³⁶⁸ normalizadas con cargo a cuenta corriente.

3.1. Emitidas mediante orden a distancia (por teléfono o Internet); recibidas.

Informaciones que se han de facilitar: Importe cobrado durante el trimestre anterior en porcentaje del total de las transferencias emitidas o recibidas en las que se haya cobrado comisión, y porcentaje que estas representan sobre las totales de esas características emitidas o recibidas por la entidad.

3.2. Emitidas mediante orden física (o por correo electrónico); recibidas.

Informaciones que se han de facilitar: Importe cobrado durante el trimestre anterior en porcentaje del total de las transferencias emitidas o recibidas en las que se haya cobrado comisión, y porcentaje que estas representan sobre las totales de esas características emitidas o recibidas por la entidad.

4. Obtención de cheques conformados o bancarios de importe igual o inferior a 300.000 euros.

Informaciones que se han de facilitar: Importe cobrado durante el trimestre anterior en porcentaje del importe total de cheques conformados o bancarios emitidos.

5. Avaluos para garantizar pagos de alquiler, de importe hasta 20.000 euros.

³⁶⁸ Instrumento de pago básico para efectuar abonos en euros, sin límite de importe, entre cuentas bancarias de clientes en el ámbito de la zona SEPA -Single Euro Payments Area- (28 estados miembros de la Unión Europea, así como Islandia, Liechtenstein, Noruega, Mónaco, San Marino y Suiza), de forma totalmente electrónica y automatizada.

Informaciones que se han de facilitar: Importe devengado durante el trimestre anterior en porcentaje del importe máximo garantizado.

Por otra parte, de acuerdo con el número 2 de la norma tercera Circ. B.E. 5/2012, las entidades que permitan descubiertos tácitos en sus cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito deberán publicar, los tipos de interés -o los recargos en el caso de los excedidos- aplicables a estos supuestos. En dicha información, se incluirán también las comisiones que, a causa de su concesión, aplicarán a estas operaciones.

Esta publicación se hará, de acuerdo con el anejo 2 de la Circular, distinguiendo:

1. Coste de los descubiertos tácitos en cuentas corrientes con consumidores, desglosado en:

- Tipo de interés anual.
- Comisiones previstas a causa de la concesión del descubierto.

2. Coste de los restantes descubiertos tácitos en cuentas corrientes con personas físicas, desglosado en:

- Tipo de interés anual.
- Comisiones previstas a causa de la concesión del descubierto.

3. Recargos por excedidos tácitos en cuentas de crédito:

- Recargo sobre el tipo de interés contractual del crédito, o, en su caso, tipo de interés anual aplicable al excedido.
- Comisiones previstas a causa de la concesión del excedido.

B) INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

De acuerdo con el art. 6 Orden EHA/2899/2011, las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta.

A tenor de la norma sexta Circ. B.E. 5/2012, esta información habrá de entregarse en papel o en cualquier otro soporte duradero. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez.

En todo caso, antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación. En el caso particular de los préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes.

En particular, para cada uno de los contratos siguientes deberá facilitarse la siguiente información:

1.- Créditos al consumo sujetos, en todo o en parte, a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

La información precontractual de los créditos al consumo comprendidos, en todo o en parte, dentro del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011 se ajustará a lo dispuesto en esta norma. Asimismo, en lo no previsto por la citada Ley, les resultará aplicable lo establecido en la Orden, de acuerdo con el artículo 33 de la misma, esto es, lo establecido en el título I (disposiciones generales –arts 1 a 14-) y en el capítulo I del título III (préstamo responsable y evaluación de la solvencia –art. 18-) de esta orden así como el apartado 1 de la norma sexta (la información precontractual ya vista).

En estos créditos al consumo en los que, para efectuar las operaciones de pago o de disposición del crédito, se requiera la utilización de un medio de pago específico, como, por ejemplo, una tarjeta de crédito, se deberá facilitar al cliente, además de la información precontractual a que se refiere la citada Ley, la información exigida por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, en la medida en que tales requisitos de información precontractual no sean redundantes, y excedan de los ya contemplados en la Ley 16/2011. En todo caso, esta información adicional, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 10 de esta Ley, será facilitada en un documento aparte que podrá adjuntarse a la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo.

2.- Créditos y préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o en los que la finalidad de la persona física prestataria sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

La información precontractual de los créditos y préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre

terrenos o edificios construidos o por construir se ajustará a lo dispuesto en la Orden.

Adicionalmente, se deberá informar acerca de si la entidad se ha adherido o no a un código de buenas prácticas y, en particular, a las implicaciones que dicha sujeción pudiera tener en cuanto al procedimiento de ejecución hipotecaria y a las posibilidades de negociación y de acuerdo previos a la ejecución.

3.- Créditos enteramente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011 y distintos de los hipotecarios.

En la información precontractual de los créditos a clientes excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011 y que sean distintos de los hipotecarios, se indicará, al menos:

- a) El tipo de crédito.
- b) La identidad y el domicilio social de la entidad prestamista.
- c) El importe total del crédito y las condiciones que rigen la disposición de fondos.
- d) La moneda en que esté denominado el crédito. Si el crédito estuviese denominado en una moneda distinta del euro, se advertirá claramente de que las cuotas periódicas y el saldo pendiente en cada momento están sujetos a las oscilaciones del tipo de cambio.
- e) La duración del contrato de crédito.
- f) En caso de créditos en forma de pago diferido por un bien o servicio y de contratos de crédito vinculados, el producto o servicio y su precio al contado.
- g) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor. Si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables.
- h) La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el cliente, ilustrado mediante un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa. Cuando el

cliente haya informado a la entidad sobre uno o más componentes de su crédito preferido, como, por ejemplo, la duración del contrato de crédito y su importe total, la entidad deberá tener en cuenta dichos componentes.

i) El importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el cliente, y, en su caso, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso.

j) En su caso, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas, si estas fueran necesarias para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito (salvo que la apertura de la cuenta o cuentas sea facultativa), los gastos relativos a la utilización de un instrumento de pago que permita efectuar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, así como cualquier gasto derivado del contrato de crédito y las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse. Cuando la apertura de una o varias cuentas sea obligatoria para el cliente, los gastos de mantenimiento de ellas no podrán ser modificados unilateralmente por la entidad, siempre que la cuenta o cuentas se utilicen exclusivamente para las operaciones de pago o de disposición del crédito.

k) En su caso, la existencia de costes adeudados al notario por el cliente al suscribir el contrato de crédito.

l) Los servicios accesorios al contrato de crédito -en particular, de seguro- cuando la obtención del crédito o su obtención en las condiciones ofrecidas estén condicionadas a la suscripción del servicio accesorio. Deberán, también, facilitarse las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito si no se contrataran los servicios accesorios (en particular, pólizas de seguros).

m) El tipo de interés de demora, así como las modalidades para su adaptación y, cuando procedan, los gastos por impago.

n) Una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago.

o) Cuando proceda, las garantías exigidas.

p) La existencia o ausencia de derecho de desistimiento.

q) El derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho de la entidad a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación.

r) El derecho del cliente a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo que en el momento de la solicitud la entidad no esté dispuesta a celebrar el contrato de crédito con el cliente.

s) En su caso, el período de tiempo durante el cual la entidad queda vinculada por la información precontractual.

Además de la información anterior, se facilitará gratuitamente al cliente, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo cuando la entidad no esté dispuesta, en el momento de la solicitud, a celebrar el contrato de crédito con el cliente.

Por otra parte, la norma séptima Circ. B.E. 5/2012 establece las *informaciones que se deben resaltar* y las entidades decidirán, según las características físicas o virtuales de cada información, la mejor forma de resaltar los datos exigidos para asegurar que llamen la atención del cliente respecto al resto de los incluidos en cada documento; en todo caso, se ajustarán a los siguientes criterios:

- Toda la información que deba destacarse en una determinada información precontractual se hará del mismo modo.

- El medio que se utilice para destacar esta información, como, por ejemplo, negritas o mayúsculas, no podrá utilizarse para ninguna otra información, incluidos los títulos, del documento.

- En todo caso, en la cabecera de los documentos de información precontractual deberá incluirse un mensaje que advierta al cliente de que las informaciones resaltadas son especialmente relevantes.

- Sin perjuicio de lo anterior, la letra a utilizar en los documentos de información que se regulan en esta Circular tendrá un tamaño apropiado para facilitar su lectura; en todo caso, la letra minúscula que se emplee no podrá tener una altura inferior a un milímetro y medio.

La información que debe resaltarse se detalla en el anejo 3 de la Circular, sin que puedan resaltarse otros conceptos o datos distintos de ellos. Y es la siguiente:

1.- Créditos al consumo no excluidos, ni en todo ni en parte, del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo

1.1.- De la información a que se refiere el artículo 10 de la Ley 16/2011, que se debe facilitar al consumidor mediante la «Información normalizada europea» contemplada en el anexo II de esa Ley, se resaltarán los siguientes conceptos (en la columna izquierda) y datos correlativos (en la columna derecha):

- a) El importe total del crédito.
- b) La duración del contrato de crédito.
- c) El importe total que deberá pagar el prestatario, entendido como la suma del importe total del crédito y de los gastos totales del crédito.
- d) Las garantías requeridas, en su caso.
- e) El tipo deudor o, si ha lugar, los diferentes tipos deudores que se aplican al contrato de crédito.
- f) La tasa anual equivalente (TAE).
- g) La circunstancia de si la obtención del crédito, o su obtención en las condiciones ofrecidas, está o no condicionada a la suscripción de uno o varios servicios accesorios, así como, en su caso, cada uno de esos servicios accesorios cuya contratación se requiera.
- h) En su caso, el importe de los costes por utilizar un medio de pago específico (por ejemplo, una tarjeta de crédito).
- i) Los costes en caso de pagos atrasados.
- j) El derecho del prestatario a reembolsar anticipadamente el crédito y, en su caso, la información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación.
- k) El derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito.

l) En su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual.

m) La existencia o ausencia de derecho de desistimiento por parte del consumidor.

n) En su caso, el régimen lingüístico.

o) Si la entidad prestamista se hubiese adherido a algún sistema arbitral de consumo o a otro sistema de resolución extrajudicial de reclamaciones, distinto en este caso de los órganos previstos en el apartado 2 del artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, podrá destacar dicha adhesión.

1.2.- En el caso de los créditos al consumo no excluidos, ni en todo ni en parte, del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011, y en los que para efectuar las operaciones de pago o de disposición del crédito se requiera la utilización de un instrumento de pago específico, como, por ejemplo, una tarjeta de crédito, se resaltarán, además de los conceptos ya vistos:

a) Las principales características del instrumento de pago y las formas de su utilización.

b) Los límites que, en su caso, se establezcan a las operaciones que se ejecuten a través de ese instrumento de pago.

c) Las medidas que el consumidor deberá adoptar para preservar la seguridad del instrumento de pago, así como la forma en que deba realizarse la notificación a la entidad a efectos de lo dispuesto en la letra b) del artículo 27 LSP.

d) En su caso, las condiciones en las que la entidad se reserva el derecho de bloquear el instrumento de pago de conformidad con el artículo 26 LSP.

e) La responsabilidad del consumidor de conformidad con el artículo 32 LSP, junto con el importe correspondiente.

f) La forma y el plazo dentro del cual el consumidor deberá notificar a la entidad cualquier operación de pago no autorizada o ejecutada de forma incorrecta de conformidad con el artículo 29 LSP, así como la responsabilidad de la entidad en caso de operaciones de pago no autorizadas de conformidad con el artículo 31 de dicha Ley.

2.- Créditos y préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. En la información sobre préstamos hipotecarios a que se refiere el artículo 19 de la Orden EHA/2899/2011, se resaltarán los siguientes conceptos o datos:

2.1.- En la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) contemplada en el artículo 21 de la Orden citada, y sin perjuicio de las instrucciones para su cumplimentación que detalla su anexo I:

a) En el texto introductorio, las palabras «El presente documento no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo» y «La oferta personalizada posterior puede diferir».

b) En el apartado 2. CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO, el importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble, el tipo de préstamo y, en su caso, la circunstancia de tratarse de un préstamo en divisa.

c) En el apartado 3. TIPO DE INTERÉS, la clase y nivel del tipo de interés aplicable. Cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltarán esta circunstancia, así como:

– la duración de esa cobertura frente a la variabilidad del tipo de interés, la prima que se ha de pagar y, en su caso, la forma de cálculo del coste de su cancelación anticipada;

– siempre que la cobertura, cualquiera que sea su modalidad, no se limite exclusivamente a proteger al prestatario frente al alza de los tipos de interés, se resaltarán tal circunstancia.

d) En el apartado 4. VINCULACIONES Y GASTOS PREPARATORIOS, tanto el listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas como los gastos preparatorios.

e) En el apartado 5. TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DEL PRÉSTAMO, la frase «La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]».

f) En el apartado 6. AMORTIZACIÓN ANTICIPADA, la compensación por riesgo de tipo de interés, si ha lugar.

2.2.- En la Ficha de Información Personalizada (FIPER) contemplada en el artículo 22 de la Orden citada, y sin perjuicio de las instrucciones para su cumplimentación que detalla su anexo II:

a) En el texto introductorio, las palabras «El presente documento no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo hipotecario» y «La información que sigue será válida hasta el [fecha de validez]».

b) En el apartado 2. CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO, si ha lugar, las palabras «El presente préstamo no se expresa en [moneda nacional]», así como el tipo de préstamo, la clase de tipo de interés aplicable y, en su caso, la garantía.

c) En el apartado 3. TIPO DE INTERÉS, la frase «La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]». Cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltarán estas circunstancias, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.4.3 de este anejo.

d) En el apartado 5. IMPORTE DE CADA CUOTA HIPOTECARIA, la moneda, así como, en su caso, las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado, y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión del reembolso en la moneda del préstamo a moneda nacional.

e) En el apartado 6. TABLA DE AMORTIZACIONES, la advertencia sobre la variabilidad de las cuotas, en su caso.

f) En el apartado 7. VINCULACIONES Y OTROS COSTES, las obligaciones que, en su caso, deberá cumplir el cliente para

beneficiarse de las condiciones del préstamo descritas en la ficha, así como las palabras «las condiciones de préstamo descritas, incluido el tipo de interés aplicable, pueden variar en caso de incumplimiento de las citadas obligaciones». También se resaltarán, si los hubiese, todos los costes no incluidos en las cuotas periódicas, tanto los que deban abonarse una sola vez como los que deban abonarse periódicamente, y la advertencia «Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (p. ej., gastos notariales) conexos al préstamo».

g) En el apartado 8. AMORTIZACIÓN ANTICIPADA, la frase «Este préstamo puede amortizarse anticipadamente, total o parcialmente», así como las condiciones exigidas para tal amortización anticipada.

h) En el apartado 12. INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS VINCULADOS AL PRÉSTAMO: CONSECUENCIAS PARA EL CLIENTE, las consecuencias financieras y/o jurídicas derivadas del incumplimiento.

i) En el apartado 14. RIESGOS Y ADVERTENCIAS, se resaltarán todos los que la entidad haga constar como tales.

En el anejo a la Ficha de Información Personalizada (FIPER) contemplado en el artículo 25 Orden EHA/2899/2011, o en el documento separado al que se refiere el apartado 2 del artículo 26 de la Orden, según proceda, por existir límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés:

- si dicho instrumento está vinculado o no al préstamo;
- en su caso, la obligatoriedad del pago de una prima por razón de la cobertura frente a las variaciones del tipo de interés, y su importe;
- la duración de la cobertura frente a la variabilidad del tipo de interés y, en su caso, el coste que su cancelación anticipada supondría para el prestatario;

– si la cobertura, cualquiera que sea su modalidad, no se limita exclusivamente a proteger al prestatario frente al alza de los tipos de interés.

C) INFORMACIÓN CONTRACTUAL

De acuerdo con el art. 7.3 Orden EHA/2899/2011 en relación con las concesiones de crédito y préstamo, el documento contractual debe recoger de forma explícita y clara, además de otros extremos ya vistos:

a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.

b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos

Por otra parte, la entrega y el contenido de los contratos correspondientes a la prestación de servicios bancarios de crédito al consumo, según se definen en la Ley 16/2011, se registrarán por lo dispuesto en dicha norma como veremos en su momento. Asimismo, en lo no previsto en ese texto legal, serán de aplicación las

previsiones contenidas al respecto en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circ. B.E. 5/2012 (en particular lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 de la norma décima).

La entrega y el contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios de pago se determinarán conforme a lo previsto en la Orden EHA/1608/2010.

La entrega y el contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario a los que se refiere el capítulo II del título III de la Orden se determinarán conforme a lo previsto en dicha norma y que veremos en el capítulo V.

La norma novena Circ. B.E. 5/2012 reitera la obligación de entrega al cliente del documento contractual en el que se formalice la prestación de los servicios bancarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011, incluidos los documentos contractuales en los que se acuerde con el cliente la posibilidad de acceder a los sistemas telefónicos o electrónicos que permitan la contratación o utilización de los servicios bancarios ofrecidos por la entidad.

Esta entrega a los clientes se hará de manera gratuita y en la forma convenida por las partes. Dicha entrega podrá realizarse, bien en soporte electrónico duradero que permita su lectura, impresión, conservación y reproducción sin cambios, bien mediante copia en papel entregada al cliente en el acto de la contratación o mediante envío postal posterior.

En el supuesto de contratos formalizados electrónicamente mediante firmas manuscritas digitalizadas, la entidad entregará a las partes intervinientes el contrato en soporte papel y/o en soporte electrónico duradero, en el que se reflejarán las firmas digitalizadas y en el que, si alguna de las partes hubiera firmado mediante firma electrónica avanzada, se hará constar la fecha de la misma, la referencia y la autoridad certificadora. En todo caso, si alguna de las

partes intervinientes lo solicitara, la entidad remitirá el contrato, por correo electrónico, a la dirección que esta le hubiese facilitado.

En los contratos que se formalicen a distancia deberá respetarse lo dispuesto en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.

Sin perjuicio de la entrega, la entidad retendrá y conservará una copia del documento contractual firmada por el cliente, así como el recibí del cliente a la copia del documento, que podrá constar en el propio documento contractual.

Cuando la contratación se haya efectuado por medios electrónicos, la entidad deberá conservar constancia documental de lo contratado en soporte duradero. Conservará, asimismo, el recibí del cliente en igual soporte que aquel en el que se haya producido la entrega del contrato.

Y cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá, en todo caso, enviar por correo el contrato intervenido; en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

D) INFORMACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Como ya hemos señalado, la tercera y última fase del contrato bancario es la de su ejecución. Aquí se incluyen todas las comunicaciones de la entidad de crédito con su cliente que de acuerdo con lo establecido en el art. 8 Orden EHA/2899/2011 deberán reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios; no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo; resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma

comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.

Por otra parte, las entidades de crédito facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud:

a) El tipo de interés nominal aplicado en el periodo ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el periodo que se inicia.

b) Las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo.

c) Cualquier otro gasto incluido en la liquidación.

d) Los impuestos retenidos.

e) Y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

El Banco de España fue facultado por la Orden EHA/2899/2011 para establecer modelos normalizados de liquidaciones, así como para determinar los casos en los que deberá reflejarse el coste o rendimiento efectivo remanentes de la operación.

Tales modelos normalizados se encuentran recogidos en el anejo 4 de la Circ. B.E. 5/2012 según el cual el contenido de los documentos que las entidades vienen obligadas a facilitar a sus clientes en las liquidaciones de intereses o comisiones a que se refiere la norma undécima de esta circular, se ajustará a lo dispuesto en las siguientes instrucciones. Nos ceñiremos a los contratos de financiación y a aquéllos de servicios conexos:

1. Descubiertos tácitos.

La justificación de los intereses deudores, y en su caso de las comisiones liquidadas, se hará indicando los datos siguientes:

- a) Período a que corresponde la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.
- b) Importe del descubierto, o de los descubiertos, si hubiera habido varios en el período de liquidación.
- c) Duración del descubierto, o de cada uno de los descubiertos, si hubiera habido varios.
- d) Saldo medio deudor del período.
- e) Tipo de interés contractual aplicado.
- f) Importe de los intereses que resulten.
- g) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.
- h) Gastos que la entidad pueda haber aplicado con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.
- i) Tasa anual equivalente (TAE).

2. Efectos de propia financiación y otros recursos tomados a descuento

En el momento de la cesión de estos documentos, se comunicará al cliente:

- a) Fecha de formalización.
- b) Vencimiento de la operación.
- c) Importe entregado por el cliente.
- d) Tipo de descuento contractual aplicado.
- e) Tipo de interés nominal (anual) equivalente.
- f) Importe nominal que se ha de pagar.
- g) En los casos en que exista retención en origen, se indicarán también los impuestos retenidos, con expresión del tipo y la base de cálculo.

h) Si se hubiera percibido alguna comisión o repercutido algún gasto, importe de estos, detallando por conceptos.

i) Tasa anual equivalente (TAE).

3. Préstamos con cuotas periódicas y operaciones de arrendamiento financiero.

3.1. En la comunicación de amortización y liquidación de intereses o cargas financieras (cobro periódico de la cuota), se hará constar, al menos:

a) Saldo deudor sobre el que se aplique la liquidación.

b) Período a que corresponda la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.

c) Tipo de interés contractual aplicado (con detalle, en el caso de créditos a interés variable, tanto del valor del tipo de referencia como del diferencial aplicado).

d) Importe de la cuota en la moneda original y en la que vaya a efectuarse el cargo, si fueran diferentes.

e) Tipo de cambio aplicado.

f) Importe de los intereses o cargas financieras que resulten.

Si durante el período de liquidación experimentara variación el tipo de interés, se consignarán por separado los períodos de liquidación de cada uno de los tipos aplicados y el importe de los intereses resultantes.

g) Importe de la amortización.

h) Impuestos liquidados, en su caso, con expresión del tipo y la base de cálculo.

i) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.

j) Gastos que la entidad pueda haber aplicado en el período de liquidación con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.

k) Coste efectivo remanente (CER).

l) Nuevo saldo pendiente.

3.2. La liquidación de cualquier clase de morosidad se hará separadamente, y en ella deberán figurar los siguientes datos:

- a) Saldo deudor sobre el que se aplique la liquidación.
- b) Período a que corresponda la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.
- c) Tipo de interés contractual de demora aplicado.
- d) Importe de los intereses de demora.
- e) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.
- f) Gastos que la entidad pueda haber aplicado en el período de liquidación, con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.
- g) Importe total correspondiente a la morosidad en la moneda original y en la que vaya a efectuarse el cargo, si fueran diferentes.
- h) Tipo de cambio aplicado.

4. Cuentas corrientes de crédito.

4.1. En cada comunicación de liquidación, se hará constar, al menos:

- a) Principal/es o límite/s de la cuenta en el período de liquidación.
- b) Período a que corresponde la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.
- c) Tipo de interés contractual aplicado.
- d) Suma de los números comerciales, si el cálculo se hace por este procedimiento, o saldo medio por valoración del período.
- e) Importe de los intereses que resultan.

En caso de que se modifique el tipo de interés en el período de liquidación o se produzcan excedidos en el débito sobre el principal o límite de la cuenta, se indicarán por separado los intereses y, en su caso, los números comerciales que correspondan a cada uno de los tipos de interés aplicados.

Si se producen intereses acreedores por existencia de saldos disponibles superiores al principal o límite de la cuenta, estos se

justificarán, en forma semejante a la prevista para los depósitos a la vista.

f) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.

g) Gastos que la entidad pueda haber aplicado en el período de liquidación, con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.

h) Importe liquidado en la moneda original y en la que vaya a efectuarse el cargo, si fueran diferentes.

i) Tipo de cambio aplicado.

j) Coste efectivo remanente.

k) Si para el nuevo período que se inicia existe un principal o límite diferente, se indicará el nuevo principal o límite.

4.2. Las entidades entregarán a sus clientes gratuitamente extractos de las cuentas, con la periodicidad que convenga según el movimiento de las cuentas, y al menos mensualmente, que incluirán todos los movimientos producidos en las mismas, que comprenderán, como mínimo, los siguientes datos:

- Fecha de movimiento.
- Concepto de la operación.
- Importe con su signo.
- Fecha valor.
- Saldo del extracto anterior.
- Saldo resultante del nuevo.

5. Instrumentos de cobertura.

Cuando se produzcan liquidaciones periódicas de instrumentos de cobertura de tipo de interés de préstamos y créditos, se informará al cliente de:

a) El importe que corresponda a la liquidación que se efectúa con el tipo de interés resultante de los términos del contrato del instrumento de cobertura.

b) El importe que haya pagado el cliente correspondiente a la liquidación de su préstamo o crédito al tipo de interés pactado en el contrato de crédito o préstamo.

c) El importe neto que corresponda pagar o recibir al cliente como consecuencia de la liquidación efectuada.

Si la periodicidad de la liquidación del instrumento de cobertura coincide con la de la liquidación del préstamo o crédito, podrá integrarse en el mismo documento de liquidación periódica del préstamo o crédito.

6. Descuentos (incluyendo pólizas liquidadas al descuento).

En la liquidación deberán figurar, al menos:

a) Nominal.

b) Vencimiento.

c) Días de descuento.

d) Tipo de descuento contractual aplicado.

e) Tipo de interés nominal (anual) equivalente.

f) Importe de los intereses que resultan.

g) Impuestos liquidados, en su caso, con expresión del tipo y la base de cálculo.

h) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.

i) Gastos que la entidad pueda haber aplicado con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.

j) Los importes anteriores se detallarán en la moneda original del instrumento y en la que vaya a efectuarse la liquidación, si fueran diferentes, añadiendo entonces el tipo de cambio aplicado.

k) Tasa anual equivalente (TAE).

7. Financiaciones en operaciones de *factoring*.

Para su liquidación, se aplicarán las reglas que correspondan con arreglo al anejo 4 Circ. B.E. 5/2012, según la instrumentación y forma de pago de la financiación concedida.

8. Avales, fianzas y garantías.

Se expresará el concepto y el tipo de comisión aplicado, período, base sobre la que se calcula el importe resultante, así como, en su caso, los impuestos liquidados, con expresión del tipo y la base de cálculo. Cuando se repercuta algún tipo de gasto, se indicará el mismo, concretando su concepto y separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.

9. Servicios de pago.

9.1. Transacciones efectuadas mediante tarjetas.

El documento de liquidación periódica de la cuenta de tarjeta podrá incorporar, en el mismo documento o en un anejo, el extracto mensual con todos los movimientos de la cuenta en el período a que se refiere el artículo 15 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, conteniendo la información sobre dichos movimientos exigida en dicha norma.

En cualquier caso, la información sobre el tipo de cambio aplicado a cada una de las operaciones realizadas en moneda diferente de la de la cuenta no podrá incorporar las comisiones o gastos que la entidad pudiera percibir por dicho cambio, debiendo estas comisiones y/o gastos detallarse separadamente del tipo de cambio aplicado.

En la comunicación de la amortización y liquidación de intereses de las tarjetas de crédito se harán constar, dependiendo del

modo de liquidación pactado con el cliente, las informaciones que procedan de las que figuran a continuación:

- a) Saldo deudor al que corresponde la liquidación.
- b) Período liquidado, con indicación de fecha inicial y final.
- c) Importe de la cuota que se ha de pagar, en la moneda de la cuenta de tarjeta y en aquella en la que vaya a efectuarse el adeudo, si fueran diferentes.
- d) Tipo de cambio aplicado.
- e) Tipo de interés contractual aplicado (con detalle, en el caso de créditos a interés variable, del tipo de referencia y diferenciales aplicados).
- f) Importe de los intereses que resulten. Si durante el período de liquidación experimentara variación el tipo de interés, se consignarán por separado los períodos de liquidación de cada uno de los tipos aplicados y el importe de los intereses resultantes.
- g) Importe de la amortización.
- h) Impuestos liquidados, en su caso, con expresión del tipo y la base de cálculo.
- i) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.
- j) Gastos que la entidad haya repercutido en el período de liquidación, con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.
- k) Nuevo saldo.
- l) Coste efectivo remanente (CER).

9.2. Transferencias.

La comunicación, tanto al ordenante (en las transferencias emitidas) como al beneficiario (en las transferencias recibidas), deberá incluir la información prevista en los artículos 9, 10, 15 y 16, según proceda al caso, de la Orden EHA/1608/2010.

10. Comisiones y gastos por otros servicios.

En las comunicaciones que se faciliten a clientes en cada liquidación de comisiones y gastos, se hará constar en cada caso el concepto de la comisión, el tipo y la base de cálculo, y el importe; y, en su caso, el período a que corresponde la liquidación. Cuando se trate de percepciones fijas, se consignarán estas y el detalle de los conceptos que las originan.

Cuando se carguen gastos, deberá indicarse, con la máxima claridad, su naturaleza e importe.

También deberán indicarse, en su caso, los impuestos aplicados, con expresión del tipo y la base de cálculo.

Por otra parte y, de acuerdo con el art. 8.4 Orden EHA/2899/2011, las entidades de crédito remitirán a sus clientes *anualmente*, durante el mes de enero de cada año, una *comunicación* en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información prevista en esta orden sobre *comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario* prestado al cliente durante el año anterior. A estos efectos, se faculta al Banco de España para establecer un documento unificado para efectuar este tipo de comunicaciones que, en todo caso, tendrá en cuenta las diferentes prácticas comerciales de cada entidad.

De acuerdo con el Anejo 5 Circ. B.E. 5/2012 (Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses), este modelo de comunicación sobre los tipos de interés, comisiones y gastos repercutidos que debe remitirse anualmente incorporará los importes de los intereses aplicados, así como las comisiones y los gastos que se hayan cargado a un mismo cliente en el ejercicio de que se trate.

Se especificará que este documento no incluye ningún interés, comisión o gasto relacionado con operaciones o servicios de valores prestados por la entidad.

En el caso de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares, préstamos con deudores solidarios o mancomunados, etc.), se comunicará el presente documento de forma individualizada a cada uno de ellos, en lo que respecta a las operaciones que le afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación. No obstante, en cada producto en el que haya más de un titular, se indicará el número total de cotitulares.

La información que se ha de desarrollar para cada una de las operaciones de crédito en la que el cliente sea o haya sido deudor o acreedor, respectivamente, es la siguiente:

1. PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS

1.1. Préstamos o créditos

– Préstamo o crédito A

– Intereses aplicados (de los que, en el caso de los créditos, los procedentes de excedidos se indicarán separadamente).

– Si fuera el caso, intereses de demora aplicados.

– Comisiones aplicadas, separadas por los siguientes conceptos: estudio, apertura o formalización de la operación; modificación o novación de las condiciones de la operación; cancelación anticipada; reclamación de deudas impagadas; otros.

– Gastos repercutidos por los mismos conceptos.

– Préstamo o crédito B

.....

1.2. Tarjetas de crédito (siempre que incluyan financiación con cargo de intereses)

- Tarjeta de crédito A
 - Intereses aplicados (de los que los procedentes de excedidos se indicarán separadamente).
 - Si fuera el caso, intereses de demora aplicados.
 - Comisiones aplicadas, separadas por los siguientes conceptos: estudio, apertura, emisión, formalización, renovación o mantenimiento de la operación; modificación o novación de las condiciones de la operación; disposiciones en efectivo; reclamación de deudas impagadas; otros.
 - Gastos repercutidos por los mismos conceptos.
- Tarjeta de crédito B

.....

3. OTROS SERVICIOS³⁶⁹

Se incluirán exclusivamente las comisiones y gastos cobrados por servicios que impliquen o tengan su base en una relación continuada con el cliente o que se refieran a la venta o contratación de productos financieros vinculados a alguna de las operaciones mencionadas anteriormente. Se distinguirán, al menos, los siguientes servicios:

- Contratación o venta de participaciones en instituciones de inversión colectiva o similares.
- Contratación o venta de participaciones en fondos de pensiones o similares.

³⁶⁹ Respectamos el número 3 que es el que le da el anejo pero hacemos constar que omitimos la referencia al número 2 por referirse a los depósitos.

– Contratación y mantenimiento de instrumentos de cobertura de préstamos.

– Emisión de cheques conformados o compra de cheques bancarios.

– Otras comisiones pagadas por servicios prestados a través de cajeros automáticos o ATM.

CAPÍTULO IV.- REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

La relación entre el consumo y el crédito se explica desde dos puntos de vista. Por un lado, el consumo provoca -entre otros efectos- la necesidad de atender a la financiación de un ámbito de la realidad económica, propiciando así la competencia masiva de una pluralidad de empresarios o profesionales organizados para conceder crédito. Desde una perspectiva general del proceso económico, podría afirmarse que incluso el crédito que se concede a los empresarios en las primeras etapas de la producción, si bien mediatamente, también facilita la colocación final de los productos. Y por otro lado, dadas las condiciones anteriores, el crédito facilita el consumo, pues permite un mayor y rápido acceso a los bienes y servicios³⁷⁰.

Al estudiar en el capítulo II el ámbito de aplicación de la normativa específica de los contratos de crédito al consumo, esto es, la LCCC, ya hemos definido el contrato de crédito al consumo como aquél en el que un prestamista, en nuestro caso, una entidad de crédito, 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. También hemos estudiado el ámbito de aplicación de la LCCC tanto en su aspecto positivo como en el negativo.

Aquí vamos a estudiar el *contenido económico* de este tipo de contrato y su regulación, cuya finalidad última es dotarlo en sus distintas fases del mayor grado posible de transparencia exigiendo para ello la máxima información para el consumidor. Como ya

³⁷⁰ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G.I: "El consumo y el crédito". Forma parte del libro "*Los grupos de Contratos en el crédito al consumo*", Editorial LA LEY, (formato electrónico -Base de datos La Ley-) Madrid, abril 2009, pág. 1

veremos, la LCCC, al igual que la Directiva que transpone, para conseguir esa transparencia hace énfasis en dos conceptos fundamentales: el coste total del crédito para el consumidor y la Tasa Anual Equivalente (TAE). El primero incluye “todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría”, si bien, “el coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, se incluyen asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios” (art. 6.a LCCC). La TAE es “el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el apartado 2 del artículo 32, si procede”, que luego veremos (art. 6.d LCCC). En el primer caso estamos ante el coste para el consumidor en términos absolutos y en el segundo en términos relativos.

Pero antes tenemos que concretar cuáles son las fases del contrato de crédito bancario al consumo.

2.- FASES DEL CONTRATO BANCARIO DE CRÉDITO AL CONSUMO

Al igual que hemos hecho en el capítulo III en relación al contrato bancario en general, podemos distinguir ahora tres fases: precontractual, de formalización contractual y de ejecución.

La fase precontractual incluye todo aquello que es previo a la formalización del contrato bancario de crédito al consumo. Así lo dice la Exposición de Motivos de la LCCC al señalar que “la Ley incide en las actuaciones previas a la contratación del crédito. En concreto, regula de forma detallada la información básica que ha de figurar en la publicidad y las comunicaciones comerciales y en los anuncios de

ofertas que se exhiban en los locales comerciales en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito”.

Empezando por la *publicidad* el art. 9 LCCC establece la información básica³⁷¹ que deberá incluirse en la publicidad y las comunicaciones comerciales, así como en los anuncios y ofertas exhibidos en los locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor.

Esta información básica deberá publicarse con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado.

Asimismo, la LCCC, como afirma su Exposición de Motivos, “establece una lista de las características del crédito sobre las que el prestamista, y en su caso el intermediario de crédito, ha de informar al consumidor antes de asumir éste cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, información precontractual que

³⁷¹ Se especificarán “los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo:

- a) El tipo deudor fijo o variable, así como los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor.
- b) El importe total del crédito.
- c) La tasa anual equivalente, salvo en el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto y que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses.
- d) En su caso, la duración del contrato de crédito.
- e) En el caso de los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio en particular, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos.
- f) En su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos”.

Y si se condicionara la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas a la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio vinculado con el contrato de crédito, en particular un seguro, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, dicha condición deberá mencionarse de forma clara, concisa y destacada, junto con la tasa anual equivalente.

deberá ser facilitada en un impreso normalizado en los términos previstos en la Directiva” que transcribe la propia Ley.

Tal como reconoce BUSTO LAGO³⁷², “con carácter general se afirma que la función de las obligaciones precontractuales de información, traigan éstas causa en las exigencias de la actuación de las partes de un contrato conforme a la buena fe objetiva *ex art. 1.258 del CC* –aplicable ya en la fase precontractual–, o de una norma jurídica que las imponga expresamente, como acontece en el caso de la contratación de créditos al consumo, es la de compensar, en la medida de lo posible, el desequilibrio de conocimiento entre los contratantes”.

Este desequilibrio deriva de dos circunstancias: La técnica contractual utilizada habitualmente en los contratos de consumo y, especialmente en el ámbito bancario, la de los contratos de adhesión, en los que el clausulado está redactado de manera previa y unilateral por el empresario o profesional, de manera que su contenido no es objeto de negociación individual, siendo el empresario el que conoce exclusivamente las vicisitudes propias del modelo contractual y de las implicaciones concretas, tanto en sus aspectos estrictamente económicos, como jurídicos, de su aceptación por el consumidor que se adhiere al mismo. Y, por otra parte, el desequilibrio objetivo que existe ordinariamente entre el empresario o profesional, máxime el bancario y el consumidor medio, en cuanto al régimen jurídico de la relación contractual que se plasma en el modelo contractual ofrecido. A compensar este desequilibrio están también preestablecidas las normas sobre transparencia en la contratación con entidades de crédito, en tanto que su finalidad es la expresión clara de las obligaciones asumidas por el cliente,

³⁷² BUSTO LAGO, J.M.: “Artículo 7” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 356.

consumidor o no, que concierta un contrato con una entidad financiera o de crédito³⁷³.

Esta información precontractual³⁷⁴, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la Información

³⁷³ GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., "Normas de transparencia en la contratación bancaria", en *Crédito al consumo y transparencia bancaria* (Dir. U. Nieto Carol, Dir.), Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 655 y ss.

³⁷⁴ De acuerdo con el art. 10.3 LCCC, "dicha información deberá especificar:

- a) El tipo de crédito.
- b) La identidad y el domicilio social del prestamista, así como en su caso la identidad y el domicilio social del intermediario del crédito implicado.
- c) El importe total del crédito y las condiciones que rigen la disposición de fondos.
- d) La duración del contrato de crédito.
- e) En caso de créditos en forma de pago diferido por un bien o servicio y de contratos de crédito vinculados, el producto o servicio y su precio al contado.
- f) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor. Si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables.
- g) La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, ilustrado mediante un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa. Cuando el consumidor haya informado al prestamista sobre uno o más componentes de su crédito preferido, como por ejemplo la duración del contrato de crédito y su importe total, el prestamista deberá tener en cuenta dichos componentes. Si el contrato de crédito prevé diferentes formas de disposición de fondos con diferentes tasas o tipos de préstamo, y el prestamista se acoge al supuesto contemplado en la parte II, letra b), del anexo I, deberá indicar que, para ese tipo de contrato de crédito, la tasa anual equivalente podría ser más elevada con otros mecanismos de disposición de fondos.
- h) El importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y en su caso el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso.
- i) En su caso, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas, si fuera necesario para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea facultativa, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar a la vez las operaciones de

normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el anexo II y que es transcripción de la que consta en la Directiva 2008/48/CE.

Por *soporte duradero* se entiende, de acuerdo con el inciso segundo del art. 7.1 LCCC³⁷⁵ “todo instrumento que permita al

pago y de disposición del crédito, así como cualquier gasto derivado del contrato de crédito y las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse.

j) En su caso, la existencia de costes adeudados al notario por el consumidor al suscribir el contrato de crédito.

k) Los servicios accesorios al contrato de crédito, en particular de seguro, cuando la obtención del crédito o su obtención en las condiciones ofrecidas estén condicionadas a la suscripción del servicio accesorio. Deberán también facilitarse las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito al consumo si no se contrataran los servicios accesorios y, en particular, pólizas de seguros.

l) El tipo de interés de demora, así como las modalidades para su adaptación y, cuando procedan, los gastos por impago.

m) Una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago.

n) Cuando proceda, las garantías exigidas.

o) La existencia o ausencia de derecho de desistimiento.

p) El derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación con arreglo al artículo 30.

q) El derecho del consumidor a ser informado de forma inmediata y gratuita del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia, conforme al artículo 15, apartado 2.

r) El derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo que en el momento de la solicitud el prestamista no esté dispuesto a celebrar el contrato de crédito con el consumidor.

s) En su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual”.

³⁷⁵ Este inciso segundo del art. 7.1 LCCC acoge el concepto de soporte duradero de la letra *m*) del art. 3 de la Directiva 2008/48/CE que, a su vez, es idéntico al acogido en el art. 2.10 de la Directiva 2011/83/UE y similar al que resulta de la letra *f*) del art. 2 de la Directiva 2002/65/CE. Por otra parte y también por influjo de las Directivas comunitarias, el concepto de «*soporte duradero*» se acoge también en el art. 6.1 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en la disp. adic. 1ª de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato del Seguro; y en el 98.2 del TRLCU, en

consumidor conservar la información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo adaptado a los fines de dicha información, y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada”³⁷⁶. De acuerdo con la Sent. TJUE de 5 de julio de 2012³⁷⁷ no se considera tal el acceso mediante un hipervínculo a un sitio de internet.

relación, en este último caso, con la regulación de la confirmación en forma escrita de la información que el empresario ha de facilitar al consumidor en el caso de contratos celebrados a distancia.

³⁷⁶ De acuerdo con J.M. BUSTO LAGO (“Artículo 7” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* -Dir. M. J. Marín López-. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 373 y 374) “«soporte duradero» lo es todo instrumento que permita almacenar la información de modo que pueda recuperarse fácilmente y permita su reproducción sin cambios, como son los disquetes informáticos, CD, DVD y discos duros de ordenador, o mensajes de «SMS» –y que constituyen sistemas típicos y de bajo coste para el almacenamiento que permite la reproducción de las comunicaciones electrónicas recibidas por el consumidor y emitidas por el proveedor de los servicios, al menos durante un periodo de tiempo adecuado para los fines a los que la información remitida está preordenada (ex art. 6.1 de la LCDSFC)–; así como servidores comunes, sistemas de «back up» en otros terminales informáticos y servicios de archivo electrónico prestados por terceros. De conformidad con la previsión del Considerando 20 de la Directiva 2002/65/CE, se excluye expresamente que una dirección de Internet pueda considerarse, como regla general, como soporte duradero y ello por motivo de su temporalidad, dado que pueden desaparecer sin dejar rastro si el proveedor no cumple determinadas exigencias o formalidades administrativas, como pueden ser, v.gr., el pago de determinadas tasas o precios a los prestadores de servicios de alojamiento o la renovación de nombres de dominio, etc.”

³⁷⁷ Como señala su fallo: “El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, debe interpretarse en el sentido de que una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información prevista en esta disposición sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa en cuestión no cumple lo exigido por dicha disposición, ya que tal información no es ni «facilitada» por esa empresa ni «recibida» por el consumidor, en el sentido de esta misma disposición, y un sitio de Internet como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un «soporte duradero» a efectos

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.2 Orden EHA/2899/2011 y desarrollado por la norma séptima Circ. B.E. 5/2012 que se remite a su Anejo 3, determinada información de la información normalizada europea deberá destacarse³⁷⁸.

de dicho artículo 5, apartado 1". (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=uriserv%3A0J.C_.2012.287.01.0008.01.SPA)

³⁷⁸ Se resaltarán los siguientes conceptos (en la columna izquierda) y datos correlativos (en la columna derecha):

- a) El importe total del crédito.
- b) La duración del contrato de crédito.
- c) El importe total que deberá pagar el prestatario, entendido como la suma del importe total del crédito y de los gastos totales del crédito.
- d) Las garantías requeridas, en su caso.
- e) El tipo deudor o, si ha lugar, los diferentes tipos deudores que se aplican al contrato de crédito.
- f) La tasa anual equivalente (TAE).
- g) La circunstancia de si la obtención del crédito, o su obtención en las condiciones ofrecidas, está o no condicionada a la suscripción de uno o varios servicios accesorios, así como, en su caso, cada uno de esos servicios accesorios cuya contratación se requiera.
- h) En su caso, el importe de los costes por utilizar un medio de pago específico (por ejemplo, una tarjeta de crédito).
- i) Los costes en caso de pagos atrasados.
- j) El derecho del prestatario a reembolsar anticipadamente el crédito y, en su caso, la información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación.
- k) El derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito.
- l) En su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual.
- m) La existencia o ausencia de derecho de desistimiento por parte del consumidor.
- n) En su caso, el régimen lingüístico.
- o) Si la entidad prestamista se hubiese adherido a algún sistema arbitral de consumo o a otro sistema de resolución extrajudicial de reclamaciones, distinto en este caso de los órganos previstos en el apartado 2 del artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, podrá destacar dicha adhesión.

Además, tal y como establece el art. 10.8 LCCC, “además de la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo, se facilitará gratuitamente al consumidor, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo cuando el prestamista no esté dispuesto, en el momento de la solicitud, a celebrar el contrato de crédito con el consumidor”.

Como señala PEÑA LÓPEZ³⁷⁹, “tanto en EE.UU. como en Europa, hasta el momento presente, se ha confiado intensamente en el dogma de que un consumidor bien informado siempre adopta decisiones de consumo racionales. La información normalizada europea que acompaña como anexo II a la LCCC es el último paso de esta forma de abordar el problema del crédito irresponsable. Sin perjuicio de que asegurarse de que el consumidor se encuentre plenamente informado de las obligaciones y derechos que está contrayendo con el contrato constituye una buena política legislativa, hoy resulta difícil negar que se trate de un mecanismo suficiente para garantizar que el crédito se contrate responsablemente”³⁸⁰.

Por otra parte, el prestamista que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, como *oferta*

³⁷⁹ PEÑA LÓPEZ, F.: “Artículo 22” en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo..., pág. 835.

³⁸⁰ Continúa el citado autor señalando que “los estudios llevados a cabo en el sector del mercado crediticio por la corriente de la economía conductista (*behavioral economics*) pone de manifiesto que, pese a su sencillez y correcto diseño, la «información normalizada europea» no es capaz de garantizar de por sí - por más que cumpla perfectamente con su contenido- que el consumidor adopte siempre decisiones responsables. Esta corriente crítica ha identificado una serie de barreras psicológicas, que afecta a los consumidores -especialmente a los menos sofisticados-, y que producen desviaciones o sesgos indeseables en la toma de decisiones, pese a la correcta y completa información recibida.

*vinculante*³⁸¹ que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales³⁸² desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él.

Esta previsión normativa no hace sino atribuir al consumidor una mera facultad, facilitándole, si así lo desea, la obtención de un documento “en firme” donde se detallen, íntegramente, todos los elementos que conforman la proposición contractual a fin de poder compararla sosegadamente con las de otras entidades y contando con un plazo mínimo suficiente para realizar la referida comparación sin temor a que las condiciones varíen³⁸³.

³⁸¹ Como señala A. SERRANO DE NICOLÁS (“Artículo 8” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* -Dir. M. J. Marín López-, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 418), “el precedente más inmediato, en la legislación interna, de este art. 8 LCCC, debe buscarse en el art. 16 de la anterior, y ya derogada, Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCC), que, aunque con idéntica denominación, tenía menor protección para el consumidor, al no contemplar la necesidad de suministrar la información básica. Así, únicamente contenía –y no con idéntico texto, ni protección– lo que es parte del actual primer párrafo. Entonces se hablaba de «empresario» y ahora de «prestamista”. Esta regulación del art. 8 LCCC es el desarrollo voluntario, por nuestro legislador nacional, de la Directiva 2008/48/CE. Y lo es dado que no se regula la oferta contractual, que, en determinadas circunstancias, será vinculante, por lo que, aun siendo una Directiva de máximos, se deja –en esta fase previa de información precontractual y tratos preliminares– libertad de regulación al legislador nacional. En efecto, como señala M.J. MARÍN LÓPEZ (“Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2001, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (1)”, *Diario La Ley*, núm. 7693, Sección Doctrina, de 13 de septiembre de 2011 -formato electrónico-, págs. 1-2, la armonización total no impide que el Estado español incluya en la Ley propia regulación sobre materias que no son objeto de armonización en la Directiva, como ocurre p.e. con la oferta vinculante, la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito, el cobro de lo indebido y la utilización de títulos-valores.

³⁸² La LCC-1995 fijaba un plazo de diez días hábiles.

³⁸³ ÁLVAREZ RUBIO, J.: “Información y actuaciones previas a la celebración del contrato en la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2152, marzo 2013, pág. 6.

Si esta oferta se hace al mismo tiempo que se comunica la información previa al contrato prevista en el artículo 10, deberá facilitarse al consumidor en un documento separado que podrá adjuntarse a la Información normalizada europea sobre crédito al consumo.

La LCCC, respecto a la LCC-1995, contiene una regulación mucho más exhaustiva en cuanto a la determinación del contenido de la información que el prestamista ha de suministrar al consumidor, tanto a través de la publicidad (art. 9) como especialmente la que se le proporciona con carácter previo a la celebración del contrato (art. 10 LCCC)³⁸⁴.

Además, en esta fase previa al contrato, hay que dar una asistencia especial al consumidor tal y como establece el art. 11 LCCC al decir que “los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo”.

En efecto, como señala la EM de la Ley, además de la información precontractual que deberá ser facilitada “se obliga a los prestamistas, y en su caso a los intermediarios, a ayudar al consumidor en la decisión sobre el contrato de crédito que, de entre los productos propuestos, responde mejor a sus necesidades y situación financiera. Esta asistencia se concreta en la obligación de explicar al consumidor de forma personalizada las características de los productos propuestos, así como la información precontractual

³⁸⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del Proyecto de Ley de contratos de crédito al consumo», *Revista de Derecho Público*, marzo/abril 2011, pág. 63.

correspondiente, y de advertirle de los riesgos en caso de impago o de endeudamiento excesivo, a fin de que éste pueda comprender las repercusiones del contrato de crédito en su situación económica”.

Como señala ÁLVAREZ LATA³⁸⁵, esta obligación se configura, en primer término, como una *obligación imperativa*. La LCCC, siguiendo a la Directiva 48/2008/CE deja claro en el art. 5 el carácter imperativo de la misma. “Es así que será nula la renuncia previa del consumidor a la prestación de la asistencia por parte del prestamista o del intermediario, como lo será la cláusula contractual por la que prestamista o intermediario se exoneren de esa obligación. Ello no es incompatible con que, dependiendo del consumidor, las explicaciones sean más o menos profusas; pero el prestamista ha de asegurarse de que aquél entienda el significado del contrato”.

Desde un punto de vista subjetivo, se diseña como “una *obligación compleja* que afecta a prestamista e intermediario, pero que involucra en su cumplimiento asimismo al consumidor, quien debe tomar una postura activa y hacer notar a la entidad de crédito sus dudas acerca de la información suministrada previamente y su nivel de conocimiento acerca del producto de crédito que se le ofrece. Información detallada y personalizada que sirva para que el consumidor, según su situación financiera, le permita evaluar ese producto de acuerdo con sus circunstancias”. Entiende esta autora que “ésta es la clave de la obligación de asistencia: formar y ayudar a la opinión y decisión del consumidor acerca de la contratación del crédito”.

No se trata de un deber de consejo o de asesoramiento en sentido estricto. “El prestamista o intermediario de crédito no está aconsejando acerca de los productos de los que dispone ni tampoco realizando una actividad de marketing sino informando particular e individualizadamente sobre las condiciones del crédito para que el

³⁸⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: “Artículo 10” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 535 y ss.

consumidor pueda llevar a cabo una comparativa adecuada entre las posibilidades de financiación y pueda tener criterio acerca de si las condiciones financieras del crédito –con especial incidencia en las consecuencias del impago– se adaptan a las suyas patrimoniales, familiares, etc. en orden a controlar su capacidad de endeudamiento”.

El art. 11 LCCC no le impone al prestamista la responsabilidad de decidir si un producto es adecuado o no para el consumidor sino que ha de ser el consumidor el que tome esta decisión de acuerdo con las explicaciones que le proporcionan; no hay, por tanto, en esta norma, base para una eventual responsabilidad del prestamista por consejos o asesoramiento negligente.

Estamos, por tanto, continúa ALVAREZ LATA, en el ámbito de la transmisión de la información precontractual al consumidor. “En este sentido, la Directiva 48/2008/CE ha querido dar un paso más en el modo de suministrar la información. Hasta ahora, la forma escrita se venía entendiendo como el vehículo idóneo para garantizar que el consumidor tenía acceso a la misma. No hay que proporcionar muchos argumentos para poner de relieve que tal proceder, que ha consistido en muchos casos en una inflación de la documentación contractual, no ha resultado suficiente ni eficiente...”: “a) la información precontractual por escrito es estandarizada, normalizada y no tiene en cuenta las circunstancias concretas del contratante ni su capacidad de entender; b) los productos financieros cada vez son más complejos y no es fácil para el consumidor medio entender su significado ni las obligaciones a las que se compromete operación crediticia se ajusta a sus intereses y posibilidades; y c) el consumidor no lee los contratos”.

Por estas razones, “la Directiva entendió que debía *añadirse al deber objetivo de la información uno de explicación de carácter subjetivo*. En términos generales, ha de valorarse positivamente que se consagre en la Ley el deber del prestamista de explicar el contrato al consumidor antes de celebrar el contrato”. “La regla de las explicaciones adecuadas supone la ventaja de la flexibilidad, frente a

otras maneras de suministrar la información, y de la adecuación al perfil concreto del consumidor: una información *ad hoc* para que ese consumidor entienda. Asimismo reduce los efectos de la información excesiva, sobre todo por lo que se refiere al *not reading at all*, que echa por tierra la efectividad de las obligaciones de información que parten precisamente de la lectura”³⁸⁶.

³⁸⁶ ALVAREZ LATA (“Artículo 10” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*, págs. 538 y ss.) distingue la obligación de asistencia del art. 11 LCCC y de los arts. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y 9 de la Orden EHA/2899/2011 –incidiendo en su denominación o concepto de explicaciones adecuadas– del «asesoramiento» propiamente dicho, que, por otra parte, se regula en el art. 10 de la Orden. “El art. 10 de la Orden 2011 (asesoramiento en materia bancaria) establece que «cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto. La prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta orden ministerial e implicará la obligación de las entidades *de actuar en el mejor interés del cliente*, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos. A los efectos del presente artículo se entenderá por *asesoramiento toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado*». Se trata, pues, de una obligación específica de recomendación o asesoramiento o consejo personalizado derivada de un contrato de servicio bancario *diferente* que, como dice la norma, generalmente será oneroso para el consumidor o cliente, con remuneración distinta e independiente por este concepto. En definitiva, se distingue tal servicio de la directa comercialización por parte de las entidades de sus propios productos, actividad ésta, sometida al régimen general de transparencia y explicaciones adecuadas”.

De todas maneras, añade, “la línea que separa en esta normativa las obligaciones de información, especialmente la que concierne a las explicaciones adecuadas, y el asesoramiento es demasiado fina y fácilmente traspasable. Por un lado, el cliente tiene derecho a que se le den las explicaciones adecuadas para que pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, pero, por otro, se faculta a las entidades de crédito para que cobren a los clientes cuando vayan a pedirles información sobre sus productos o servicios. Como se ha señalado, lo que estaría haciendo la Orden EHA/2899/2011

En los contratos de crédito que prevean que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso cuando el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial, y siempre que tales acuerdos puedan evitar la posibilidad de actuaciones judiciales relativas al impago y el consumidor no se vea sometido a condiciones menos favorables que las establecidas en el contrato de crédito inicial, se deberá proporcionar a éste determinada información específica³⁸⁷ que se facilitará en papel o en cualquier

es poner precio a una obligación que deben ya cumplir inexorablemente. Máxime si tenemos en cuenta que el TRLCU, Real Decreto Legislativo 1/2007, exige que la información sea veraz y completa (artículos 17 y 18, donde en general se habla de información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado)”.

³⁸⁷ A tenor del art. 12.2 LCCC, dicha información deberá especificar:

- a) El tipo de crédito.
- b) La identidad y el domicilio social del prestamista, así como, en su caso, la identidad y el domicilio social del intermediario del crédito implicado.
- c) El importe total del crédito.
- d) La duración del contrato de crédito.
- e) El tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables desde la suscripción del contrato de crédito y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse.
- f) Las condiciones y procedimiento para poner fin al contrato de crédito.
- g) (No aplicable).
- h) El tipo de interés de demora, así como las modalidades para su adaptación y, cuando proceda, los gastos por impago.
- i) El derecho del consumidor a ser informado de forma inmediata y gratuita del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia.
- j) (No aplicable).
- k) Cuando proceda, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual.

Además, tal como exige el apartado 3 del art. 12:

- a) la tasa anual equivalente ilustrada mediante un ejemplo representativo que mencione todas las hipótesis utilizadas para calcularla;

otro soporte duradero, y figurará toda ella de manera igualmente destacada. También podrá facilitarse mediante la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo.

Dentro de esta fase precontractual incluye la LCCC un aspecto muy importante y novedoso, siguiendo lógicamente la Directiva 2008/48/CE, que no se recogía en la LCC-1995 como tampoco lo hacía la Directiva 87/102/CEE. Me refiero a *la obligación de evaluar la solvencia del consumidor* (art. 14)³⁸⁸. Es lo que se conoce como *préstamo responsable*³⁸⁹.

b) el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso, y

c) el derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación.

³⁸⁸ Como señala N. ÁLVAREZ LATA ("Artículo 14" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* -Dir. M. J. Marín López-. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 579), este artículo forma parte del núcleo de preceptos de la Ley 16/2011 "que traducen el denominado principio de crédito responsable en el ámbito de los contratos de crédito al consumo. Se trata de un principio que ha asumido un papel destacado en las iniciativas legislativas de la Comisión europea dentro de las medidas destinadas al crédito al consumo y al crédito inmobiliario". "Es claro reflejo de esa tendencia que, tras los implacables efectos del sobreendeudamiento del consumidor, en mucha medida auspiciada por el fomento del crédito fácil, se hace ahora pilar de las nuevas intervenciones en materia de regulación de acceso al crédito de los consumidores. El principio de crédito al consumo se desdobra en su doble faceta de *responsible borrowing* y *responsible lending*, que exige la participación de todos los agentes que intervienen en el proceso de concesión del crédito. Por un lado, se ha de procurar implantar una serie de reglas por las que el consumidor sea responsable de su propia decisión de endeudamiento, de la toma de decisiones informadas acerca de las condiciones y efectos del contrato de crédito al que se accede". Paralelamente se "impone a las entidades concedentes de crédito el deber de prestar de manera prudente, honesta y transparente. Ello determina la necesidad de controlar los riesgos que se asumen para salvaguardar su estabilidad financiera, la del propio sistema y para evitar el sobreendeudamiento de los consumidores. La forma de proceder a este

Así, se obliga al prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito³⁹⁰, a evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, puede consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo³⁹¹.

En el caso específico de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica

control es, entre otras medidas y sobre todo, obligándolo a la evaluación de la capacidad financiera y de la solvencia de su cliente”.

³⁸⁹ Véase a este respecto GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su cumplimiento” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

³⁹⁰ Incluso después de celebrado el contrato, en el momento en el que se acuerde modificar el importe total del crédito el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

³⁹¹ Aquí pueden incluirse la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) y el Registro de Aceptaciones e Impagados (RAI). Puede verse a este respecto: PRATS ALBENTOSA, L.: “Régimen jurídico de los ficheros de solvencia” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; y SANTILLÁN FRAILE, R.: “Reglas de funcionamiento de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

(Concretamente el art. 18 Orden EHA/2899/2011 y la norma duodécima y anejo 6 de la Circ. B.E. 5/2012).

La siguiente fase es la de *formalización contractual*. La LCCC regula tanto la forma como el contenido del contrato. En cuanto a la *forma*, el art. 16.1 establece que “se harán constar por escrito³⁹² en papel o en otro soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado”, para luego añadir que “todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito”. El *contenido* que, “además de las condiciones esenciales del contrato³⁹³”, debe recogerse de forma clara y concisa se encuentra recogido en el art. 16.2 de la Ley³⁹⁴.

³⁹² Como señala E. ARROYO AMAYUELAS (“Artículo 16” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* -Dir. M. J. Marín López, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 654) “en los contratos de crédito al consumo, que son de notoria complejidad, la forma escrita es un instrumento de protección del consumidor. Si se toma la escritura como un indicio de seriedad (*verba volant, scripta manent*), la forma puede cumplir una función preventiva, porque alerta al consumidor frente a los riesgos que asume. En tal hipótesis, la forma es requisito de conclusión del contrato: le da vida y, sin ella, el contrato es nulo. Ahora bien, junto a esa función, existe otra meramente informativa. En ese caso, la forma solo indica la manera de exteriorizar o dar a conocer al consumidor las cláusulas o condiciones del acuerdo, integrado por menciones legales obligatorias, condiciones generales de la contratación y declaraciones que no siempre tienen contenido negocial (*v. gr.* fórmulas matemáticas de cálculo de la TAE). La función informativa de la forma escrita permite al consumidor consultar de manera permanente y reiterada los acuerdos a que ha llegado con el prestamista, pero no opera como requisito de conclusión del contrato y, por tanto, lo único que puede sancionarse cuando se infringe es la falta de documentación de un contrato existente y concluido sin sujeción a requisito formal alguno”.

³⁹³ Este mismo inciso se recogía en el artículo 6.2 LCC-1995. A este respecto decía J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “§ IV. LEY 7/1995, DE 23 DE MARZO, DE CRÉDITO AL CONSUMO. CAPÍTULO II. De los contratos sujetos a la presente Ley (arts. 6-15)” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* -Dir. S. Cámara Lapuente-, Colex, 2011, pág. 1.527) lo siguiente: “implícitamente se viene a reconocer que deben figurar necesariamente en el documento contractual”. “En nuestra opinión, estos términos deben interpretarse en el sentido de que esas condiciones esenciales del contrato se contendrán también necesariamente en el

documento contractual; cosa lógica, por otra parte, ya que si el contrato es formal, ello supone que el consentimiento se refleja en el escrito. Y, como quiera que el consentimiento es el «concurso de la Oferta y la Aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» y, -además- la Oferta ha de ser completa...entonces es obvio que todo el contenido de la Oferta, que es -al mismo tiempo- todo el contenido del contrato: -la cosa y la causa que han de construirlo- debe constar en el documento contractual".

³⁹⁴ De acuerdo con este precepto, "además de las condiciones esenciales del contrato, el documento deberá especificar, de forma clara y concisa, los siguientes datos:

- a) El tipo de crédito.
- b) La identidad y el domicilio social de las partes contratantes, así como, si procede, la identidad y el domicilio social del intermediario de crédito.
- c) La duración del contrato de crédito.
- d) El importe total del crédito y las condiciones de disposición del mismo.
- e) En el caso de créditos en forma de pago diferido de un bien o servicio o en el caso de contratos de crédito vinculados, el producto o servicio y su precio al contado.
- f) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor y, si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables.
- g) La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito. Se mencionarán todas las hipótesis utilizadas para calcular dicho porcentaje.
- h) El importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso.
- i) En caso de amortización del capital de un contrato de crédito de duración fija, el derecho del consumidor a recibir gratuitamente un extracto de cuenta, en forma de cuadro de amortización, previa solicitud y en cualquier momento a lo largo de toda la duración del contrato de crédito.

El cuadro de amortización indicará los pagos adeudados, así como los períodos y las condiciones de pago de tales importes. Este cuadro deberá contener un desglose de cada reembolso periódico que muestre la amortización del capital, los intereses calculados sobre la base del tipo deudor y, en su caso, los costes adicionales.

Cuando el tipo de interés no sea fijo o los costes adicionales puedan variar en virtud del contrato de crédito, en el cuadro de amortización figurará de forma clara y concisa la indicación de que los datos del cuadro solo serán válidos hasta la

siguiente modificación del tipo deudor o de los costes adicionales en virtud del contrato de crédito.

j) Si deben pagarse recargos e intereses sin amortización de capital, una relación de los períodos y las condiciones de pago de los intereses deudores y de los gastos conexos recurrentes y no recurrentes.

k) Cuando proceda, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas que registren a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea opcional, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar tanto operaciones de pago como de disposición del crédito, así como los demás gastos derivados del contrato de crédito y las condiciones en que dichos costes pueden modificarse.

l) El tipo de interés de demora aplicable en el momento de la celebración del contrato de crédito y los procedimientos para su ajuste y, cuando proceda, los gastos por impago.

m) Las consecuencias en caso de impago.

n) Cuando proceda, una declaración que establezca el abono de gastos de notaría.

o) Las garantías y los seguros a los que se condicione la concesión del crédito, cuya contratación se ajustará a la legislación específica de los mismos.

p) La existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital dispuesto y los intereses de conformidad con el artículo 28, apartado 2, letra b), y el importe del interés diario.

q) Información sobre los derechos derivados del artículo 29 [Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor], así como las condiciones para el ejercicio de dichos derechos.

r) El derecho de reembolso anticipado, el procedimiento aplicable, así como en su caso información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación. Para el caso de reembolso anticipado y en caso de que el contrato de crédito tenga vinculado uno de seguro, el derecho del prestatario a la devolución de la prima no consumida en los términos que establezca la póliza.

s) El procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito.

t) La existencia o no de procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor, y, en caso de que existan, la forma en que el consumidor puede acceder a ellos.

u) Las demás condiciones del contrato, cuando proceda.

v) En su caso, nombre y dirección de la autoridad de supervisión competente”.

El incumplimiento de estas obligaciones acarrea distintas consecuencias de acuerdo con el art. 21 LCCC. Así, el incumplimiento de la forma escrita dará lugar a la anulabilidad del contrato³⁹⁵ (a diferencia de lo que se preveía en el art. 7.1 LCC-1995 que hablaba de nulidad).

En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente (letra g) del apartado 2 del art. 16), la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos. En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención al importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor (letra h) del apartado 2 del art. 16) 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.

En el caso de que los datos exigidos en el apartado 2 del artículo 16 figuren en el documento contractual pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias anteriormente vistas.

³⁹⁵ “La exigencia de documentación del contrato es un requisito de validez impuesto por la LCCC (art. 21.1). Si el consumidor no impugna y quiere mantener la subsistencia y eficacia de un contrato viciado de crédito al consumo, la falta de documentación es reparable (ex art. 1279 CC) y también puede imponerse judicialmente (art. 705 LEC). Si decide impugnar –siempre que ello no se vea impedido por la prohibición de contravenir los actos propios, por haber dispuesto ya del crédito– la anulabilidad tiene eficacia retroactiva y, además de una eficacia material (restitución de las prestaciones), tiene el efecto de borrar jurídicamente el contrato; es evidente, entonces, que, además del capital, el consumidor solo debería abonar el interés legal (ex art. 1303 CC), puesto que se entiende que el contrato ahora declarado nulo nunca produjo efectos” (ARROYO AMAYUELAS, E.: “Artículo 21” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 814).

La última fase del contrato es la de *ejecución*. En esta fase y sin perjuicio del derecho de desistimiento y de reembolso anticipado de los que hablaremos más adelante, el prestamista informará al consumidor de toda modificación del tipo deudor antes de que el cambio entre en vigor (art. 18 LCCC).

Salvo cuando la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo de referencia, siempre y cuando el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España y la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista, las modificaciones en el coste total del crédito deberán ser notificadas por el prestamista al consumidor de forma individualizada. Esa notificación, que deberá efectuarse con la debida antelación, incluirá el cómputo detallado, según el procedimiento de cálculo acordado, que da lugar a esa modificación, e indicará el procedimiento que el consumidor podrá utilizar para reclamar ante el prestamista en caso de que discrepe del cálculo efectuado (art. 22.4 LCCC).

En el caso de amortización del capital de un contrato de crédito de duración fija, el consumidor tiene derecho a recibir gratuitamente un extracto de cuenta, en forma de cuadro de amortización, previa solicitud y en cualquier momento a lo largo de toda la duración del contrato de crédito (arts. 16.2.j y 16.3 LCCC).

Si bien los contratos bancarios de crédito al consumo suelen pactarse por plazo determinado cabe que lo sean por duración indefinida. En este supuesto, tal como establece el art. 27 LCCC, el consumidor podrá poner fin gratuitamente y en cualquier momento, por el procedimiento habitual o en la misma forma en que lo celebró, a menos que las partes hayan convenido un plazo de notificación, en cuyo caso el plazo de preaviso no podrá exceder de un mes.

Por su parte, el prestamista, si así ha sido pactado en el contrato de crédito, también podrá poner fin al contrato de crédito de duración indefinida dando al consumidor un preaviso de dos meses como mínimo, notificado mediante documento en papel o en

otro soporte duradero. También, y si así ha sido pactado en el contrato de crédito, el prestamista podrá, por razones objetivamente justificadas, poner fin al derecho del consumidor a disponer de cantidades de un contrato de crédito de duración indefinida.

El prestamista informará al consumidor de la terminación del contrato, indicando las razones de la misma mediante notificación en papel u otro soporte duradero, en la medida de lo posible antes de la terminación y, a más tardar, inmediatamente después de ella, salvo que su comunicación esté prohibida por una norma de la Unión Europea o sea contraria a objetivos de orden público o de seguridad pública.

Por último, si se hubiera suscrito un contrato de seguro accesorio al de crédito, el contrato de seguro se extinguirá al mismo tiempo que éste y el consumidor tendrá derecho al reembolso de la parte de prima no consumida.

Pero hay otra forma de finalización del contrato, además de la del reembolso anticipado a la que nos referiremos más adelante: el derecho de desistimiento³⁹⁶.

El derecho de desistimiento de un contrato de crédito, tal como lo define el art. 28 LCCC, es la facultad del consumidor de “dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándoselo así a la otra parte contratante en un plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna”. El plazo para ejercer este derecho (*dies a quo*) se iniciará en la fecha de suscripción del contrato de crédito o bien, si fuera posterior, en la fecha en que el

³⁹⁶ El derecho de desistimiento no existía en la Directiva 87/102/CEE; se introduce en la Directiva 2008/48/CE, a pesar de lo cual no se justifica en los Considerandos esta innovación. Representa a nivel comunitario un importante progreso para la protección del consumidor-prestatario a pesar de que varias legislaciones nacionales como la francesa -Ley 78-22, de 10 de enero- lo admitían desde tiempo atrás. (PAISANT, G.: “La Directiva de 23 de abril de 2008, sobre el crédito al consumo”, Boletín del Ministerio de Justicia nº 2.150, enero 2013, pág. 15).

consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el artículo 16, aunque esto último difícilmente ocurre en la contratación bancaria.

La atribución de esta facultad se confronta con la prohibición de discrecionalidad unilateral que se recoge en el art. 1.256 CC (“la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”)³⁹⁷. Las razones para formular una excepción a este principio general deben ser de una importancia suficiente para sacrificar los intereses de aquel contratante que lo soporta. Con tal de derecho el consumidor puede reconsiderar su decisión en favor de la relativa falta de libertad que padeció al tiempo de la celebración del contrato (fue compelido a su celebración o soportó una presión negocial excesiva); o su falta de conocimiento o defectuosa información relevante para contratar, bien sobre la carga económica del contrato, bien sobre sus condiciones jurídicas o bien sobre las condiciones de los mismos bienes en el mercado.

Como señala GARCÍA VICENTE³⁹⁸, “en el caso del crédito al consumo, las razones probablemente son, en síntesis, las siguientes: por una parte, para que el consumidor pueda reconsiderar su decisión, sobre todo porque se trata de contratos de duración que imponen una notable carga económica hacia el futuro. La liberación de la carga, una vez transcurrido el plazo de vigencia del derecho a desistir se sujetará a las reglas del reembolso anticipado, artículo 30

³⁹⁷ Y como señala V. MÚRTULA LAFUENTE (“Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo”, *Negociación y perfección de los contratos* -Dir. M^a. A. Parra Lucán-, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pág. 901), y al principio *pacta sunt servanda* (art. 1.091 CC) que también inspira nuestro derecho de obligaciones.

³⁹⁸ GARCÍA VICENTE, J.R.: “Artículo 28” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 1.016.

LCCC, configurado como un derecho del consumidor, que obliga a compensar al prestamista, toda vez que la ley considera el plazo se establece en beneficio de ambas partes (al igual que el Derecho privado común, artículo 1.127 CC). Por otra parte, puede entenderse que es un mecanismo útil para remediar el sobreendeudamiento del consumidor, ocasionado por la adquisición innecesaria de bienes o servicios que comprometen su patrimonio futuro”.

Para el ejercicio de este derecho el consumidor tendrá las siguientes obligaciones:

a) Comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo visto, por medios que permitan dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho.

Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él.

b) Pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido y a más tardar a los treinta días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista.

Obviamente, los intereses adeudados se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado. Y transcurrido el plazo para el reembolso se devengarían los intereses de demora pactados en el contrato y en caso contrario (infrecuente) el interés legal (art. 1.108 CC).

Por su parte, el prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública. Hay que entender aquí

el impuesto de actos jurídicos documentados si el préstamo se hubiera incorporado a un documento público.

Por último, el art. 28 LCCC analiza las consecuencias del desistimiento sobre los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito. A este respecto, el consumidor dejará de estar vinculado por dicho servicio accesorio si ejerce su derecho de desistimiento respecto del contrato de. En caso de que este servicio accesorio sea un contrato de seguro de vida, el derecho de desistimiento se regirá en lo que sea aplicable por lo establecido en el artículo 83.a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en el resto de casos, el consumidor tendrá derecho al reembolso de la parte de prima no consumida.

3.- CONTENIDO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CRÉDITO AL CONSUMO

El art. 6 LCCC tiene como denominación “contenido económico del contrato”. Como veremos seguidamente su contenido es transcripción literal parcial del art. 3 Directiva 2008/48/CE que lleva como denominación “definiciones”.

La tónica general en el Derecho comparado al trasponer la anterior Directiva al Derecho interno ha sido incorporar literalmente o con mínimas diferencias la redacción de ese art. 3 de la Directiva y, por ello, también han respetado la denominación del precepto. Así, siguiendo este criterio tenemos Irlanda en su *European Communities (Consumer Credit Agreements) Regulations 2010* que utiliza para la denominación del precepto el término “*interpretation*”; Malta en su *Consumer Credit Regulations, 2010*, utiliza “*definitions*” al igual que Portugal en su *Decreto-Lei n.º 133/2009 de 2 de Junho* que usa “*Definições*”; también en Italia el artículo 121 (*Capo II -Credito ai consumatori-* del *Titolo VI - Trasparenza delle Condizioni Contrattuali*

e dei Rapporti con i Clienti) del *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385³⁹⁹)* se denomina “Definizioni”; Luxemburgo en su *Loi du 8 avril 2011 portant introduction d’un Code de la consommation* aunque no dé denominación al artículo sí se la da al capítulo que incluye el artículo traspuesto (“*Chapitre 1er. Champ d’application et définitions*”) de forma análoga a Bélgica que en su Ley de 21 de junio de 2011 (*Loi relative au crédit à la consommation*) denomina el capítulo “*definitions et champ d’application*” y a Francia que en su *Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation* que modifica el *Code de la Consommation* denomina su *Chapitre 1er del Titre 1er (Credit a la Consommation) “Definitions et Champ d’Application”*.

Por tanto, somos el único país de los estudiados que altera la orientación terminológica de la Directiva aunque también es cierto que en la norma española se incluyen un menor número de definiciones y que todas las incluidas son de elementos de contenido económico. En efecto, a diferencia del art. 3 Directiva 2008/48/CE, no se incluyen determinados conceptos por mencionarlos en otros artículos de la Ley: en concreto “consumidor” (art. 2.1), prestamista (art. 2.2), contrato de crédito (art. 1), posibilidad de descubierto (art. 4.1), rebasamiento (sustituido por el de “descubierto tácito” en el art. 4.2 y “excedido tácito” en el art. 4.3, más utilizados en nuestra terminología jurídica), intermediario de crédito (art. 2.3), soporte duradero (art. 7.1) y contrato de crédito vinculado (art. 26).

Vemos pues que el artículo comentado huye de la técnica propia de la legislación Comunitaria (y de otras de nuestro entorno

³⁹⁹ Modificado a este respecto por el *Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141. Attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonche' modifiche del titolo VI del testo unico bancario decreto legislativo n. 385 del 1993 in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attivita' finanziaria e dei mediatori creditizi.*

jurídico próximo) muy proclive a introducir los conceptos al comienzo de la norma, siguiendo así, nuestra tradición legislativa, aunque, obviamente, respeta los conceptos de la Directiva que los va incluyendo en los correspondientes artículos de la LCCC. Tiene pues sentido que este artículo 6 adopte la denominación atribuida por el legislador; y ello, porque todos los conceptos a los que se hace mención son de “contenido económico”. Además, nos permite poder delimitar los elementos de “contenido económico” que se incluyen en contrato de crédito al consumo.

De esta forma el legislador, no sé si consciente o inconscientemente nos ha delimitado lo que entiende por contenido económico del contrato de crédito al consumo.

Sin embargo sí que habría que hacer una precisión. Tales conceptos de “contenido económico” no lo son sólo del “contrato” de crédito al consumo sino de toda la información dirigida al consumidor destinatario del mismo, tanto en la publicidad y en las comunicaciones comerciales, como en la información precontractual tal como se deduce de los arts. 9 y 10 LCCC, como veremos más adelante. Por ello, tal vez hubiera sido más precisa la denominación de este precepto como “contenido económico de la información del crédito al consumo”.

Para finalizar estas consideraciones previas, la LCCC significa a este respecto un gran avance respecto a la LCC-1995 no solo agrupado y definiendo los elementos del contrato de carácter económico en un precepto legal sino ampliándolos y extendiendo la exigencia de su constancia, como ya hemos señalado, en la información que se suministre en momentos anteriores al contrato.

Veamos ahora pormenorizadamente los conceptos contenidos en este artículo que son: coste total del crédito, importe total adeudado por el consumidor, importe total del crédito, tasa anual equivalente y tipo deudor.

4.- EL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL CONSUMIDOR

Según el art. 6.a LCCC se entiende por “coste total del crédito para el consumidor: todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios”.

El precepto es transcripción literal del art. 3.g Directiva 2008/48/CE con una pequeña modificación en el último inciso referente a que el coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito se incluye asimismo en el concepto de coste total del crédito “si, además, la celebración del contrato de servicios es obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas”, que veremos más adelante.

El coste total del crédito comprende así, todos los costes que el consumidor ha de pagar para tener acceso al crédito y para su uso, que se conocen por el acreedor, con excepción de los gastos notariales. Estos costes incluyen, por ejemplo, cargos por intereses, impuestos y comisiones derivados del contrato de crédito (con exclusión de los impuestos de servicio o bienes, por ejemplo), los costes a pagar por el consumidor por la intermediación en el crédito (ver artículo 33.1.c LCCC y art. 21.c Directiva 2008/48/CE), los costes administrativos (por ejemplo, preparación del crédito o examen y autorización del mismo), cuotas de ingreso o pertenencia (p.e, en nuestro ordenamiento jurídico las cooperativas de crédito sólo pueden conceder crédito a sus socios por lo que para ello hay que ser primero socio cooperativista), los costes para proporcionar estados de cuenta o para gastos de envío, etc.

Hay que destacar que todos los costes deben ser tenidos en cuenta con independencia de si se van a pagar al acreedor o a un tercero o si dan acceso a los servicios financieros o no financieros (por ejemplo, cuotas de ingreso o pertenencia).

Como veremos más adelante, el artículo 6.c) define tasa anual equivalente como “el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el apartado 2 del artículo 32, si procede”; ambos conceptos están íntimamente relacionados de forma que tenemos así, además de lo que se entiende por “*coste total del crédito para el consumidor*”, una forma en términos porcentuales de expresarlo que es la “*tasa anual equivalente*” de forma que el segundo nunca podrá existir sin haber definido el primero. Y ambos conceptos y su cálculo serán necesarios para dar cumplimiento a otros preceptos legales. Además, son los dos pilares sobre los que se asienta la transparencia en este sector del crédito.

Así, el artículo 9 LCCC establece cual es la información básica que debe incluirse en la publicidad y comunicaciones comerciales, así como en los anuncios y ofertas exhibidos en los locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor. Esa información básica especificará de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo, entre otros elementos, “el tipo deudor fijo o variable, así como los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor” (a) y la tasa anual equivalente (c).

El artículo 10 al referirse a la información que hay que suministrar al consumidor previa al contrato menciona “la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, ilustrado mediante un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa” (g).

El artículo 12.5.a en relación a los acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso cuando el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial, siempre que tales acuerdos puedan evitar la posibilidad de actuaciones judiciales relativas al impago y el consumidor no se vea sometido a condiciones menos favorables que las establecidas en el contrato de crédito inicial, exige que en estos se incluya “la tasa anual equivalente ilustrada mediante un ejemplo representativo que mencione todas las hipótesis utilizadas para calcularla”.

Por su parte el artículo 16.2 exige en referencia al contrato de crédito con un consumidor: “además de las condiciones esenciales del contrato, el documento deberá especificar, de forma clara y concisa: ... g) La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito. Se mencionarán todas las hipótesis utilizadas para calcular dicho porcentaje”. En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal⁴⁰⁰ en los plazos convenidos (art. 21.2).

El artículo 17 LCCC, al regular la información que debe mencionarse en los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto, exige que se especifique, de forma clara y concisa, entre otros datos “el coste total del crédito para el consumidor, calculados (*sic*) en el momento de la suscripción del contrato de crédito y de conformidad con la letra a) del artículo 6”.

El artículo 20.4 en referencia a los descubiertos tácitos establece que “en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo

⁴⁰⁰ De acuerdo con el artículo primero de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, éste “se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Desde el 2009 hasta 2014 este tipo está fijado en el 4%.

un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”.

Y, en fin, el artículo 22 LCCC establece que el coste total del crédito no puede ser modificado en perjuicio del consumidor, “a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito”, y cuyas modificaciones deberán ajustarse a determinadas normas.

A) COMPONENTES DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL CONSUMIDOR.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima segunda edición, 2001) define coste como el “gasto realizado para la obtención o adquisición de una cosa o de un servicio”. Ahora bien, ese “gasto” realizado debería incluir, en principio, todos los desembolsos que se realizan, en nuestro caso por el consumidor, para que obtenga el crédito.

Pero, por raro que parezca, determinar cuáles son los gastos que se computan para determinar el “coste total del crédito” para el consumidor, ha sido un tema que ha experimentado una evolución en el tiempo. Obviamente esto implicará, como veremos más adelante, que también varían los desembolsos del consumidor que se utilizan para calcular la TAE.

Veamos cuáles son esos “gastos” así como las diferencias que existen entre los componentes del “coste total del crédito” para el consumidor en la LCCC vigente y en la LCC-1995⁴⁰¹.

⁴⁰¹ De acuerdo con el artículo 18 LCC-1995, “se entenderá que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo”.

El coste total del crédito comprende toda la gama de los costes que el consumidor ha de pagar para tener acceso al crédito o utilizarlo, que se conocen (o que son comprobables) por el acreedor. Por tanto, sólo *costes* por lo que no se incluyen compensaciones de ingresos o beneficios (por ejemplo, subsidiación de intereses o ayudas directas) y, por tanto, tampoco se tendrán en cuenta para el cálculo de la Tasa Anual Equivalente⁴⁰². Estos no están cubiertos por el artículo 6 LCCC (siguiendo el art. 3 Directiva 2008/48/CE) aunque el acreedor puede informar de tales ingresos o beneficios por separado, siempre que esto no sea engañoso para el consumidor⁴⁰³.

Dentro de tales costes podemos distinguir los gastos del consumidor que son ingreso del concedente del crédito de los que son ingresos para terceros.

a) Gastos del consumidor que son ingreso del concedente del crédito

Aquí incluimos intereses y comisiones así como los costes de servicios complementarios, aunque en algún caso éstos pueden ser prestados por un tercero.

⁴⁰² A diferencia de los que se dispone en la norma decimotercera Circ. B.E. 5/2012 que señala que en aquellos casos en que la entidad reciba *ayudas, subsidios o subvenciones* de carácter público, sólo se tendrán en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente los importes efectivamente reintegrados por el beneficiario, de forma que aquellas subvenciones resulten excluidas de sus costes.

⁴⁰³ Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document). Brussels, 8 de mayo de 2012, p. 15 http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/guidelines_consumer_credit_directive_swd2012_128_en.pdf

a.1) Intereses

Como ya hemos visto, el interés es la compensación natural del capital en el tiempo y, además, la principal contraprestación de la suma concedida a crédito, aunque no la única. El artículo 1.755 CC establece que en el contrato de “simple préstamo” (mutuo) “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”⁴⁰⁴ de forma análoga que para el préstamo mercantil⁴⁰⁵ el

⁴⁰⁴ No obstante, de acuerdo con el artículo 1.756 CC “el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos a capital” lo que parece admitir dicha retribución sin pacto, hasta el punto que algún autor ha llegado a considerar que pagar intereses es una obligación natural porque, no existiendo duda acerca del contenido patrimonial, inexigibilidad e irrepitibilidad de lo pagado voluntariamente, ese pago equivale a un deber moral cualificado porque el prestatario sabe y le consta que el impago de los intereses le reporta un lucro ilícito en perjuicio del prestamista que debe reparar en conciencia por inexistir un principio de justicia que lo impida, habiendo, en cambio, un principio de derecho natural que le constriñe al pago” (MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Estudios de Derecho Patrimonial*, Montecorvo, Madrid, 1984, pág.. 134, citado en ORDÁS ALONSO, M.: “Artículo 1.756” en *Comentarios al Código Civil...* pág. 1986.

⁴⁰⁵ Podemos calificar de mercantil el préstamo/crédito al consumidor. De acuerdo con el artículo 1.1 LCCC, “contrato de crédito al consumo” es aquél por el que “un prestamista 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”. Y el artículo 2.2 LCCC dice que “el prestamista es la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”. Por su parte, el Código de Comercio en su art. 311 exige para que el préstamo sea mercantil que uno de los contratantes sea comerciante (hoy diríamos empresario), y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. No exige habitualidad ni en el ejercicio profesional para calificar un acto como “acto de comercio” (art. 2), bastándole con que sólo uno de los contratantes sea comerciante para reputar mercantil el préstamo. En cuanto al requisito de que las cosas prestadas se dediquen a actos de comercio, no exige que sea precisamente el prestatario quien dé a las cosas prestadas dicho destino. Y no cabe duda de que las entidades que se dedican a la concesión de créditos destinan el dinero para realizar un “acto de comercio”. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944 señala que los contratos de préstamo, “siempre que revistan el carácter de operaciones bancarias” pueden ser considerados como mercantiles.

artículo 314 CCom dice que “los préstamos no devengarán interés del préstamo si no se hubiese pactado por escrito”⁴⁰⁶ lo que podrá hacerse “sin tasa ni limitación alguna” (art. 315 CCom).

La LCCC, siguiendo la Directiva 2008/48/CE, no establece cómo deben calcularse esos intereses (interés simple o compuesto, con base año natural o año comercial), lo que deja a la libertad de pactos entre las partes. Por el contrario, sí establece, como veremos más adelante, una única forma, a través de una única fórmula matemática, para el cálculo de la TAE (capitalización compuesta y año natural).

Los intereses a computar para el cálculo del coste total del crédito para el consumidor son los intereses “remuneratorios”, en ningún caso los “moratorios”⁴⁰⁷ ya que los gastos a considerar son los que el consumidor “deba pagar en relación con el contrato de crédito” y, por tanto, por su obtención y disposición y no los pagos por incumplimiento de sus propias obligaciones. Así se deduce también del artículo 32.2 LCCC que establece que para calcular la

⁴⁰⁶ Como ya hemos señalado anteriormente, por el contrario, el art. 573-1 APCM nos da una noción distinta: “Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés. Y el art. 573-3 al regular las obligaciones del prestatario establece: “El prestatario está obligado a devolver la suma recibida en el tiempo, lugar y condiciones convenidos. También ha de satisfacer el correspondiente interés, salvo pacto expreso en contrario”.

⁴⁰⁷ Los intereses moratorios, previstos en el artículo 1108 CC, tienen “una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero” y, como señala VERDA Y BEAMONTE, J.R. (“Artículos 1755-1756” en *Comentarios al Código Civil* -Dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano-, Tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12.000) “este tipo de intereses tratan, pues, de compensar el perjuicio que experimenta el prestatario, por no poder disponer del capital prestado (más, en su caso, los intereses pactados), desde el mismo momento en que le debía haber sido restituido, privándole, por consiguiente, de la facultad de invertirlo o usarlo productivamente”.

tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, “exceptuando los gastos que éste tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito”.

Como ya hemos señalado, el cálculo de los intereses se realizará a través de la conocida fórmula matemática que algunos denominan “fórmula del carrete” multiplicando el capital recibido o adeudado por el tipo de interés y por el tiempo que medie entre la entrega del capital y el momento de su devolución o, si ésta se hace en varios pagos, por el tiempo que medie entre cada pago. A su vez, el tiempo se considerará por años, meses o días. En este último caso lo habitual en la práctica bancaria es que como el tipo de interés, que obligatoriamente debe expresarse en términos anuales, se divida por 360, lo que se conoce como “año comercial”, en lugar de por 365 ó 366 que son los días que tiene los años (según sean o no bisiestos), que es lo que se conoce como “año natural” o “año civil”⁴⁰⁸.

a.2) Comisiones

Las comisiones son contraprestaciones vinculadas a actuaciones concretas del concedente del crédito (servicios), vienen expresadas en porcentajes o en cantidad y pueden ser únicas o periódicas. Se pactan libremente entre las partes.

Son típicas de la contratación bancaria que es, lógicamente, aunque no la única, sí la más importante y forma más habitual del crédito al consumo. Como ya hemos visto, el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011 establece que “sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”.

⁴⁰⁸ Me remito a lo señalado a este respecto en el capítulo anterior.

Podríamos agrupar las distintas comisiones existentes en los créditos bancarios a consumidores de la siguiente forma:

- Gastos administrativos vinculados a los costes iniciales (comisión de apertura, de estudio, de expedición de tarjeta de crédito...) y a los costes de mantenimiento (comisión de mantenimiento de la cuenta corriente vinculada al préstamo, gastos de envío, comisión de renovación de tarjeta de crédito...)

Sin embargo, la comisión de disponibilidad en el contrato de apertura de crédito no se incluiría porque está vinculada a la no utilización del crédito⁴⁰⁹. Pero estos costes sí deben incluirse como parte de la información precontractual de acuerdo con los artículos 10.3.i y 12.2.e LCCC (siguiendo los artículos 5.1.i y 6.1.e Directiva 2008/48/CE) y de la información contractual por aplicación del artículo 16.2.k LCCC (siguiendo el artículo 10.2.k Directiva 2008/48/CE).

- Gastos vinculados a transacciones de pago (comisión por emisión de transferencia) y disposiciones (comisiones por disposición de efectivo en cajeros automáticos, por cargos de cheques) o comisiones de cambio de moneda (cuando se dispone en moneda distinta de la pactada).

- Gastos por reembolso anticipado (comisiones por amortización parcial o por cancelación anticipada del crédito)⁴¹⁰ y por

⁴⁰⁹ Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document). Brussels, 8 de mayo de 2012, p. 15 http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/guidelines_consumer_credit_directive_swd2012_128_en.pdf.

⁴¹⁰ De acuerdo con el art. 30.2 LCCC “en caso de reembolso anticipado del crédito, el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo.

modificaciones en los términos y condiciones del acuerdo de crédito a petición del consumidor (comisión de novación). No obstante, como veremos más adelante, dada la hipótesis establecida por el artículo 32.2 LCCC (para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que éste tendría que pagar por el *incumplimiento* de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito) y por el artículo 32.3 LCCC (el cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto básico de que el contrato de crédito se mantendrá vigente durante el período de tiempo acordado y que el prestamista y el consumidor cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato de crédito), estos gastos no se incluirán para el cálculo del coste total del crédito. Pero sí deben incluirse como parte de la información precontractual de acuerdo con los artículos 10.3.i y 12.2.e y de la información contractual por aplicación del artículo 16.2.k LCCC.

- Gastos y cargos por incumplimiento de los términos del acuerdo (comisión de reclamación de impagado), comisión por excedido en el límite de crédito, cargos por devoluciones. No obstante, por las razones ya apuntadas, no se incluirán en el cálculo del coste total del crédito para el consumidor pero deberán incluirse en la información precontractual y en la contractual.

Dicha compensación no podrá ser superior al 1 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente si el período restante entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año. Si el período no supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente”.

a.3) Coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito

En los servicios accesorios o complementarios al contrato de crédito hay que incluir los que se ofrecen en forma de “venta cruzada” (*cross-selling*). Ejemplos de estos servicios son los de la apertura de cualquier tipo de cuenta, contratos de seguros⁴¹¹, servicios de conserjería o programas de fidelización. Los contratos de seguro podrían incluir los seguros de protección de pagos, los seguros de crédito, los de viaje, de compra, de automóvil u otros tipos de seguros, fianzas o garantías. También otro tipo de servicio accesorio es un acuerdo que establece que el capital constituido a partir de los pagos hechos por el consumidor no daría como resultado una inmediata amortización del importe del crédito (para, por ejemplo, constituir un depósito remunerado). Esta lista no es exhaustiva, ya que la LCCC, al igual que la Directiva 2008/48/CE, no limita los tipos de servicios complementarios.

Dado que estos servicios auxiliares podrían mantenerse durante períodos más largos que la duración del crédito, siguiendo las Directrices sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE en relación con los costes y la tasa de porcentaje anual de cargas⁴¹², se incluyen sus costes, incluso si son incurridos después de la fecha de vencimiento del crédito, cuando el contrato de crédito obliga al consumidor a mantener los servicios durante mucho tiempo. Si, por el contrario, el compromiso de mantener estos servicios termina cuando se paga el crédito, sólo serán incluidos en el coste total del

⁴¹¹ Los contratos de seguros que se conciertan no son directamente con las entidades concedentes del crédito pero sí con compañías de seguros del mismo grupo financiero.

⁴¹² *Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document)*. Brussels, 8 de mayo de 2012, p.16 http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/guidelines_consumer_credit_directive_swd2012_128_en.pdf. Utilizamos la expresión “tasa de porcentaje anual de cargas” por ser la utilizada en lengua inglesa.

crédito los costes debidos a lo largo del tiempo de vigencia del contrato, junto con los costes por la finalización de los servicios complementarios a la terminación del contrato de crédito, si estos costes existen y son conocidos por el acreedor. En el caso de que la duración de los servicios sea inferior a la del contrato de crédito, se tendrán en cuenta sólo estos gastos del servicio complementario.

Ahora bien, el art. 6.a LCCC, en términos parecidos al artículo 3 Directiva 2008/48/CE⁴¹³, introduce un requisito que determina si el coste de esos servicios complementarios deben incluirse en el coste total del crédito: “que el servicio complementario sea obligatorio para obtener el crédito en las condiciones ofrecidas”, como, por ejemplo, para obtener el tipo de interés o la duración del crédito. Y ello incluso si los servicios auxiliares que se requieren para obtener el contrato de crédito en los términos y condiciones que se comercializan no se relacionan directamente con el crédito o son de naturaleza no financiera.

Los servicios complementarios pueden considerarse como no obligatorios cuando el consumidor es informado y puede elegir en cualquier momento durante la vigencia del contrato del crédito entre los productos ofrecidos por el acreedor, siempre que pueda mantener las mismas condiciones del crédito pero sin cualquiera de los servicios complementarios (“paquete de servicios”), o el consumidor puede dar por finalizados los servicios complementarios en cualquier momento y dejar de pagar sus costes sin que esta retirada tenga ningún coste o cualquier otro efecto en los términos del crédito.

Sin embargo, si el servicio es contratado como resultado del contrato de crédito, el acreedor debe incluir estos costes como parte

⁴¹³ Hay una pequeña diferencia respecto a la dicción literal del art. 3 Directiva 2008/48/CE que exige para incluir sus costes en el coste total del crédito para el consumidor que la celebración del contrato de servicios sea “obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas”.

de la información precontractual de acuerdo con los artículos 10.3.i y 12.2.e LCCC (siguiendo los artículos 5.1.i y 6.1.e Directiva 2008/48/CE) y la información contractual (artículo 16.2.k LCCC siguiendo el artículo 10.2.k Directiva 2008/48/CE).

Por tanto, vemos que con la LCCC (que obviamente sigue la Directiva 2008/48/CE), la inclusión de los costes del seguro es obligatoria con independencia de la finalidad del seguro a diferencia de la LCC-1995 que sólo incluía las primas de los seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, siempre que fueran exigidos por el empresario para la concesión del mismo, que a este respecto seguía lo establecido por la Directiva 87/102/CEE.

b) gastos de consumidor que son ingresos para terceros

b.1) Impuestos

Aquí la LCCC, como no podía ser de otra forma, sigue el principio establecido por la Directiva 2008/48/CE de incluir los impuestos en el coste total del crédito. No lo hacía la LCC-1995 siguiendo la orientación de la entonces vigente Directiva del 87/102/CEE.

La determinación del coste total del crédito y los costes a incluir en el cálculo de la TAE fueron, como parece lógico, el objeto fundamental de las consultas y negociaciones seguidas para llegar a la vigente Directiva. Las posiciones de las organizaciones de consumidores y de la industria del crédito eran, como parece lógico, totalmente opuestas. Las primeras abogaban por una definición amplia que incluía todos los costes que el consumidor tenía de hacer frente en relación con el crédito y, por ello, incluían impuestos incluso costes notariales. Por su parte, la industria era partidaria de una definición estricta que sólo incluyese los costes impuestos por el

prestamista para su propio beneficio argumentando que sólo con esta definición estricta se podían hacer comparaciones porque los diferentes elementos de coste que podrían incluirse en las definiciones nacionales y el conocimiento de los acreedores de estos costos podrían variar de un acreedor a otro, lo que implicaría que la TAE no estaría armonizada ni sería válida para realizar comparaciones.

Las demandas de la industria inspiraron los nuevos conceptos de “cantidades cobradas por el acreedor” (*sums levied by the creditor*) y “tasa total del préstamo” (*total lending rate*) en la propuesta de 2002. El primer concepto hacía referencia a la totalidad de los costes obligatorios vinculados al contrato de crédito que se pagaran al acreedor por el consumidor, y el segundo a la tasa que representaba las cantidades cobradas por el acreedor expresado como porcentaje anual del importe total de crédito y calculada de la misma manera que la TAE (es lo que hemos denominado en otro lugar con *tanto prestamista* que es la rentabilidad del prestamista). Ambos conceptos fueron finalmente abandonados y no aparecen en la Directiva de 2008.

Como nos recuerda SOTO MOLINA⁴¹⁴, en el propio trámite de elaboración de la Directiva 2008/48/CE hubo también sus discusiones al respecto. Guiados por el objetivo de protección del consumidor y de conformidad con las Directivas anteriores, la Comisión optó, inicialmente, por una definición amplia de la base de coste mediante la definición de coste total del crédito, en su primera Propuesta en 2002, en los siguientes términos: coste total del crédito al consumidor "significa todos los costes, incluyendo intereses,

⁴¹⁴ SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements*. European Commission Directorate-General Health and Consumer Protection. Brussels, 2009, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_APR_en.pdf., pág. 41 y ss. En la versión revisada 2013 de este informe pág. 44 y ss

indemnizaciones, comisiones, impuestos y cualquier otro tipo de cargas que el consumidor tiene que pagar por el crédito” (artículo 2.g). En el proceso legislativo, sin embargo, algunas enmiendas fueron introducidas a esta definición. En particular, el Parlamento Europeo propone una definición más restringida de Coste Total del Crédito, incluyendo solamente costes procedentes del acreedor y los destinados a pagar costes a terceras personas fuera de la esfera financiera, como notarios y autoridades fiscales. En parte, la Comisión acepta la enmienda pero luego añadió una mención explícita a la inclusión de los costes asociados a servicios auxiliares relacionados con el contrato de crédito (las primas de seguros) si son obligatorias para obtener el crédito y son celebrados por el consumidor con o a través de la entidad concedente del crédito. En la primera propuesta de enmienda adoptada por la Comisión de 28 de octubre de 2004 tras la primera lectura del Parlamento, se incluyeron los costes de los servicios auxiliares en el Coste Total del Crédito en los siguientes términos: los costes relativos a los servicios auxiliares relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguros, si el servicio es obligatorio para obtener el crédito o la tasa anunciada y que se concluye con el acreedor o con una tercera parte, si el acreedor o, en su caso, el intermediario de crédito, han firmado en nombre de esta tercera parte o han presentado la oferta o el servicio como tal al consumidor. Por último, el Consejo reintroduce los impuestos como un elemento del Coste Total del Crédito por lo que sólo los gastos notariales se excluyeron del mismo.

Como señala el documento de trabajo *Directrices sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/EC (Directiva de crédito al consumo) en relación con los costes y la tasa de porcentaje anual de cargas*⁴¹⁵, la referencia a los impuestos incluye los relacionados con el

⁴¹⁵ *Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document)*. Brussels, 8 de mayo de 2012, pág. 15 http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/guidelines_consumer_credit_directive_swd2012_128_en.pdf.

contrato de crédito y recaudados por un notario (por ejemplo, en nombre del Gobierno) por lo tanto, deben incluirse en el coste total del crédito en la medida en que se saben que el acreedor. Este sería el caso en España de la cuota fija del Impuesto sobre Actos jurídicos Documentados por documentos notariales (papel timbrado).

b.2) Otros gastos, con excepción de los gastos de notaría

Por último hay que incluir cualesquiera gastos que tengan carácter de obligatorio para el consumidor y que sean conocidos por el concedente del crédito. Se excluyen los gastos notariales entendiendo por tales sólo los de carácter estrictamente notarial, esto es, los honorarios que el notario recibe por la autorización del contrato de crédito al consumidor o como dicen las Directrices “*for the establishment of a legal act such as the notarial Act*”⁴¹⁶, que podríamos traducir como la realización de un acto jurídico como el acto notarial. Y hay que entender que también se excluyen los impuestos que recaigan sobre el coste notarial.

En definitiva, se incluyen todos los costes que soporta el consumidor con la excepción de los costes de notaría.

B) CÁLCULO DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL PROPÓSITO DE CALCULAR LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

Ya hemos visto que la definición del coste total del crédito del artículo 6.a LCCC incluye todos los gastos que el consumidor está obligado a pagar en relación con el crédito excepto los gastos notariales. Este cálculo puede realizarse a posteriori una vez que se

⁴¹⁶ *Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document)...*, pág. 15.

ha visto el uso del crédito que ha hecho el consumidor y en este sentido, los costes pueden variar de un consumidor a otro con iguales condiciones contractuales. Sin embargo, la LCCC, siguiendo la Directiva 2008/48/CE, requiere el suministro de la información del coste antes de su uso por el consumidor tanto en la etapa precontractual como en la contractual. Es por ello que, para el cálculo de la tasa anual equivalente, se debe cuantificar el coste total del crédito sobre la base del ejemplo representativo en que se basa la tasa porcentual anual (en la publicidad y la fase precontractual) o el acuerdo celebrado con el consumidor (en la etapa contractual) junto con las hipótesis utilizadas para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE). Estos supuestos, que contienen más detalles sobre los tipos específicos de costes, están recogidos en el artículo 32 y en el anexo I de la LCCC.

Según el número 2 de este artículo 32 LCCC, para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que éste tendría que pagar por el *incumplimiento* de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito y los *gastos*, distintos del precio de compra, que corran por cuenta del consumidor *en la adquisición de bienes o servicios*, tanto si la transacción se paga al contado como a crédito. A esto hay que añadir que según el número 3 de este mismo artículo, “el cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto básico de que el contrato de crédito se mantendrá vigente durante el período de tiempo acordado y que el prestamista y el consumidor cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato de crédito”.

Por ello, para el cálculo de la TAE, el coste total del crédito NO incluirá:

- Las comisiones o cargos por la amortización anticipada, por la cancelación del crédito o por las modificaciones de los términos contractuales y condiciones del crédito a solicitud de los consumidores.

- Las cuotas y cargos incurridos como resultado de no cumplir con los términos del contrato (por ejemplo, pago por morosidad en forma de intereses, penalizaciones o comisiones de reclamación, comisiones e intereses por exceder el límite de crédito, cargos por pagos devueltos, cargos por comunicaciones para reclamar las sumas adeudadas o para exigir el cumplimiento de otras obligaciones, etc.).

- Cargos distintos del precio que, para las compras de bienes o servicios, el consumidor está obligado a pagar tanto si se ejecuta la transacción en efectivo o a crédito, lo que significa que los costes no son pagados como consecuencia del contrato de crédito (por ejemplo, gastos administrativos para el registro del vehículo a nombre del consumidor en el caso de un préstamo para comprar un coche).

El artículo 32.2 LCCC continúa diciendo que “los costes de mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita ambas operaciones, así como otros costes relativos a las operaciones de pago, se incluirán en el coste total del crédito para el consumidor, salvo en caso de que la apertura de la cuenta sea opcional y los costes de ésta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de crédito o cualquier otro contrato suscrito con el consumidor”.

Por tanto, en cuanto a los costes de una cuenta vinculada y gastos para esa cuenta, este último precepto establece que:

- En el coste total del crédito se incluyen los costes de mantenimiento de una cuenta de registro de transacciones de pago y disposiciones. Los costes incurridos para el uso de un determinado medio de pago para transacciones o disposiciones (por ejemplo, cheques o tarjetas) en esa cuenta también deben ser incluidos. Además, cualquier otro gasto relativo a las operaciones de pago en la cuenta (por ejemplo, comisiones para registrar transacciones, para la transferencia de fondos o para organizar un débito directo en relación con el crédito) también está incluido.

Sin embargo, si la apertura de la cuenta es opcional y sus costes han sido especificados claramente y por separado en el contrato de crédito o en cualquier otro acuerdo concluido con el consumidor, esos costes pueden excluirse del coste total de crédito. Esto significa que incluso si la apertura de la cuenta es opcional, podría el consumidor no conocer los costes de la cuenta porque no se han explicitado claramente o de forma separada, y por ello, estos costes deberían ser incluidos en el coste total del crédito. Este requisito tiene por objeto evitar que los acreedores puedan ocultar los costes y les alienta a proporcionar información clara y completa sobre sus contratos.

- Hay que hacer constar que aunque del precepto señalado parece deducirse que sólo los costes de nuevas cuentas pueden excluirse del cálculo del coste total del crédito si se cumplen las circunstancias vistas, el coste de una cuenta ya existente también puede excluirse del cálculo de este coste, siempre que el mantenimiento de dicha cuenta no sea una condición para obtener el crédito en las condiciones de comercialización.

Esto es porque en estas circunstancias la cuenta preexistente no es ni un servicio complementario obligatorio ni sus gastos son costes que “el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito”. En consecuencia, sus costes no se incluyen en el coste total del crédito tal como se define en el artículo 6.a LCCC (en coherencia con el art. 3.g Directiva 2008/48/CE).

Por último, cuando el supuesto referido en el apartado 4 del artículo 32⁴¹⁷ y los recogidos en el Anexo I, parte II de la LCCC, y que veremos más adelante, se utilizan para el cálculo de la TAE, también

⁴¹⁷ “En los contratos de crédito que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito”.

se utilizarán para determinar el valor del coste total del crédito, y ello porque la TAE es una expresión del coste total del crédito (artículo 6.c). Por ejemplo, si las disposiciones implican costes y el contrato de crédito da la libertad de disposición del consumidor, siguiendo el supuesto adicional a) de la parte II del anexo I (hipótesis de cálculo: se ha dispuesto del total del crédito) será necesario determinar dichos costes.

Otro ejemplo: si un contrato de crédito proporciona diferentes maneras de disposición con diferentes costes, por aplicación del supuesto adicional b) del Anexo I, parte II, los costes serían los correspondientes a las tasas más elevadas aplicadas a la categoría de transacción más comúnmente utilizada en ese tipo de contrato de crédito.

La cuantificación del coste total del crédito siguiendo estas reglas garantiza consistencia con la TAE y no limita la definición del coste total del crédito. Y ello porque, sin perjuicio de lo ya dicho, el acreedor debe incluir todos estos costes como parte de la información precontractual de acuerdo con los artículos 10.3.i y 12.2.e LCCC y de la información contractual a tenor del artículo 16.2.k LCCC.

5- IMPORTE TOTAL ADEUDADO POR EL CONSUMIDOR.

El art. 6.b) LCCC define “importe total adeudado por el consumidor” como la suma del importe total del crédito más el coste total del crédito para el consumidor”. Transcribe literalmente la letra h) del art. 3 Directiva 2008/48/CE.

El “importe total adeudado por el consumidor” es la suma del crédito recibido más todos los costes que tendrá que desembolsar el consumidor por y para la obtención del crédito. Y como ya ha quedado apuntado, tales desembolsos pueden ser ingreso del cedente del crédito o de terceros.

Debe constar en la información básica que deberá figurar en la publicidad tal como exige el art. 9.2.f LCCC y en la información previa al contrato (art. 10.2.g LCCC), incluido el caso de comunicación a través de telefonía vocal a que se refiere la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 10.6 LCCC). Debe figurar, pues, en la “información normalizada europea sobre el crédito al consumo” regulada en el anexo II LCCC; concretamente en el punto 2 “descripción de las características principales del producto de crédito” en la casilla “importe total que deberá pagar usted” (como allí se dice “el importe del capital prestado más los intereses y posibles gastos relacionados con su crédito”).

También en los contratos de crédito celebrados por una organización que se haya creado para el beneficio mutuo de sus miembros, no genere beneficios a personas distintas de los miembros, persiga un objetivo social previsto por la legislación nacional, reciba y gestione únicamente el ahorro de sus miembros y les facilite fuentes de crédito (artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2008/48/CE) o si se ofrece para un crédito al consumidor destinado a la conversión de una deuda, dentro de la información precontractual, tal como se señala en el anexo III dentro del punto 5, debe figurar en la casilla “importe total que deberá usted reembolsar”.

Y, por supuesto, el “importe total adeudado por el consumidor” debe constar en el propio contrato de crédito al como exige el art. 16.2.g LCCC. Hay que hacer una precisión a este último respecto: aunque el “importe total adeudado por el consumidor” incluya, además del importe total del crédito, el coste total del crédito para el consumidor, el art. 16.2.g exige que se calcule “en el momento de la suscripción del contrato de crédito”, por lo que no se computarán los gastos ya realizados ni los que se desconozcan en esa fecha.

6.- IMPORTE TOTAL DEL CRÉDITO

El art. 6.c) define de la siguiente forma “importe total del crédito: el importe máximo o la suma de todas las cantidades puestas a disposición del consumidor en el marco de un contrato de crédito”. Es también transcripción literal del art. 3.l) Directiva 2008/48/CE.

Poco hay que decir a este respecto. El importe total del crédito es uno de los elementos esenciales de este contrato. Es la cuantía de los fondos que el concedente del crédito entrega o se compromete a poner a disposición del consumidor y determina cuantitativamente la obligación principal de todo acreditado cual es la de devolución de los fondos recibidos. Es el primer elemento que configura cualquier operación financiera (tipo de interés o tipo deudor y plazo son los otros dos).

Dicho importe consta en todo contrato de naturaleza crediticia, incluidos los que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCCC. Así, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su norma sexta 2.5.c, exige para estos créditos que en la información precontractual figure “el importe total del crédito y las condiciones que rigen la disposición de los fondos”. Por el contrario, al referirse la norma décima de la Circular al contenido de los contratos se remite al artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre que para los supuestos de “concesión de crédito y préstamo” exige que se recojan de forma “explícita y clara” una serie de extremos entre los que no se menciona el importe total del mismo, tal vez por considerar que tanto dicho importe como la forma de su disposición y reintegro son

elementos inherentes al propio contrato sin cuya mención no existe tal⁴¹⁸.

También quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCCC (art. 3.a) los créditos y préstamos hipotecarios que se encuentran regulados en el capítulo II del título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En ellos el “importe del préstamo”, así como su moneda, debe incluirse en la Ficha de Información Personalizada (FIPER) tal como se recoge en el anexo II de la Orden y en la oferta vinculante que tiene el mismo contenido que ésta (art. 23).

El importe total del crédito, como elemento esencial del contrato de crédito al consumo (realmente de todos los contratos crediticios cualquiera que sea el destinatario) debe figurar en todos los actos relacionados con el mismo. Así, en la información básica que deberá figurar en la publicidad (art. 9.2.b), en la información previa al contrato (arts. 10.3.b y 12.2.b), en el propio contrato de crédito incluso en los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto –junto con las condiciones de disposición del mismo– (arts. 16.2.b y 17.d). Y, por supuesto, en la “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” y en la “Información europea de créditos al consumo” para descubiertos, créditos al consumo ofrecidos por determinadas organizaciones de crédito (las del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2008/48/CE) y para los supuestos de conversión de la deuda (anexos II y III LCCC), en ambos casos, en el punto 2 “Descripción de las características principales del producto de crédito”.

⁴¹⁸ Tal como se deduce del artículo 1753 del Código Civil: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”.

7.- TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE)

El siguiente concepto económico viene recogido en la letra d) del artículo 6. La Tasa Anual Equivalente es “el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el apartado 2 del artículo 32, si procede”. Es transcripción literal de la letra i) de la Directiva 2008/48/CE con la lógica sustitución de la mención del artículo 19, apartado 2 de la Directiva por el artículo 32, apartado 2 de la LCCC.

Tales costes a incluir, si procede, son los de mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita ambas operaciones, así como otros costes relativos a las operaciones de pago, que se incluirán en el coste total del crédito para el consumidor, salvo en caso de que la apertura de la cuenta sea opcional y los costes de ésta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de crédito o cualquier otro contrato suscrito con el consumidor.

Como señala la Exposición de Motivos de la LCCC “la fórmula matemática para el cálculo de la tasa anual equivalente tiene por finalidad definir de forma clara y completa el coste total de un crédito para el consumidor y lograr que este porcentaje sea totalmente comparable en todos los Estados de la Unión Europea”. Esta, junto con otras medidas, dotan al mercado crediticio de una mayor transparencia, permite que las distintas ofertas puedan compararse y aumentan las posibilidades de los consumidores de acogerse al crédito al consumo transfronterizo.

Como señala en Considerando (19) de la Directiva 2008/48/CE, “a fin de que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, antes de la celebración del contrato debe recibir información adecuada, que pueda llevarse consigo para su examen, sobre las condiciones y el coste del crédito, así como sobre sus obligaciones. Con objeto de lograr la mayor

transparencia posible y de que las ofertas puedan compararse, esta información debe incluir, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Comunidad”. Cuestión distinta es si el consumidor entiende realmente que es esa TAE⁴¹⁹.

El legislador español ha optado por la expresión “tasa anual equivalente” que es la que aparece en la versión española de la Directiva 2008/48/CE aunque no era el término de la versión española de la Directiva 87/102/CEE que utilizaba la de “porcentaje anual de cargas financieras” más próximo a la traducción de la expresión inglesa *annual percentage rate of charge*. A pesar de la dicción de esta Directiva, la LCC-1995 utilizó la expresión Tasa Anual Equivalente (TAE). Sin embargo y precisamente para destacar el carácter omnicomprendido de la expresión porcentual del coste total del crédito para el consumidor, me parece más oportuna la utilizada por Francia (*taux annuel effectif global*), Italia (*tasso annuo effettivo globale*) o Portugal (*taxa anual de encargos efectiva global*) y que también se utiliza en España en algunos manuales y programas informáticos, el de Tasa Anual Equivalente Global –TAEG-. Esto nos permitiría distinguir esta medida porcentual en las operaciones de

⁴¹⁹ Como señala el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, Bruselas 14 de mayo de 2014 (pág. 20), “Para evaluar el nivel de cultura financiera de quienes respondieron a la encuesta a los consumidores, se les pidió que valoraran cuál de las dos ofertas de crédito resultaba más económica sobre la base de los tipos de interés y de la información sobre la TAE al objeto de comprobar si estaban al corriente de la definición de TAE y de su relación con el tipo de interés. Menos del 40 % de los encuestados respondieron correctamente, lo que deja entender objetivamente que muchos consumidores no comprenden la información que reciben sobre la TAE (ni su relación con el tipo de interés). Este resultado pone de manifiesto que el 60 % de los consumidores no entienden esencialmente lo que es una TAE y cómo utilizarla, y que su nivel de cultura financiera es bastante bajo”.

crédito en general recogida en la normativa de transparencia bancaria (en las que utilizaríamos TAE) de las de crédito al consumo (en las que utilizaríamos TAEG) y ello porque los elementos utilizados para su cálculo no son coincidentes. Y de esta forma no obtendríamos dos TAEs distintas para dos operaciones financieras del mismo importe e iguales costes según que el destinatario fuera o no consumidor.

A) LA TASA ANUAL EQUIVALENTE EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO DE 1995

La consideración de la TAE como un elemento meramente informativo no resultaba ya aplicable a los créditos de consumo desde la LCC-1995. Con ella la TAE pasó a formar parte del contrato, pues era obligatorio que además de las condiciones esenciales del contrato, entre las que se incluía la determinación de la remuneración del acreedor -tipo de interés nominal, período de capitalización, comisiones etc.-, figurase dentro del contrato también la tasa anual equivalente. No en vano "la constancia en los contratos de crédito de la TAE constituye una pieza central del sistema de información y protección de los consumidores porque permite, por un lado, conocer con precisión el coste del crédito facilitando la comparación entre ofertas evitando sorpresas desagradables y, por otro, eliminar las prácticas engañosas"⁴²⁰.

En este caso, un error en el cálculo de la TAE o bien la ausencia de ésta, al formar parte del contrato, causaba una oscuridad contractual y sería de aplicación el art. 1.288 del Código Civil ("la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere causado la oscuridad") y el art. 6.2

⁴²⁰ ANDREU MARTÍ, M^a del M.: "Lección 20^a. Crédito al consumo" en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores* (Coord. Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M.). McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 453.

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

Pero para las operaciones amparadas por la LCC-1995, la sanción era más grave, pues en caso de ausencia de TAE, reducía la obligación del deudor a satisfacer el interés legal del dinero y en caso de inexactitud se modularía esta consecuencia en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor (art. 7 LCC-1995)⁴²¹. Como señalaba ROCA GUILLAMÓN⁴²² "se produce, por tanto, como sanción legal, la ineficacia del pacto de intereses, cuya ausencia se sustituye entonces por el tipo de interés legal, conforme al criterio que los artículos 1108 CC y 316 CCom proporcionan respecto a los intereses de demora, ante la ausencia de interés específicamente pactado para ese caso. Pero nótese que la ineficacia del pacto de intereses deriva de la omisión de su mención, que nadie imperativamente exige, no convierte por ello al préstamo en el contrato naturalmente gratuito que el legislador decimonónico concibió en los artículos 1755 CC y 314 Ccom".

De acuerdo con el artículo 18 LCC-1995 "se entenderá que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo".

"Se entenderá por tasa anual equivalente el coste total del crédito, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido. La tasa anual equivalente igualará, sobre una base

⁴²¹ Sin embargo la LCC-1995 no establecía ninguna consecuencia a la omisión del tipo de interés nominal.

⁴²² ROCA GUILLAMÓN, J: "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos -Ley 7/1995, de 23 de marzo-" en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, VV.AA -Dir. U. Nieto Carol-, Civitas, Madrid, 1998, pág. 210.

anual el valor actual de todos los compromisos (créditos, reembolsos y gastos) existentes o futuros asumidos por el empresario y por el consumidor, y se calculara de acuerdo con la fórmula matemática que se expresa en el anexo⁴²³”. La LCC-1995 seguía ya la orientación de la Directiva 90/88/CEE que modificó la Directiva 87/102/CEE, entre otras cosas, introduciendo una fórmula única, cosa que no hacía la anterior, para el cálculo del “porcentaje anual de cargas financieras” como así se denominaba en las Directivas, y para lo que la LCC-1995 utilizó el término tasa anual equivalente por ser un concepto ya existente en nuestro Derecho. Sin embargo, la fórmula

$$^{423} \sum_{n=1}^n D_n (1 + i_k)^{-t_n} = \sum_{m=1}^m R_m (1 + i_k)^{-t_m}$$

Donde:

D = Disposiciones

R = Reembolsos: amortización, intereses u otros gastos incluidos en el coste o rendimiento efectivo de la operación.

n = Número de entregas.

m = Número de reembolsos.

t_n = Tiempo transcurrido desde la fecha de la equivalencia hasta la disposición n .

t_m = Tiempo transcurrido desde la fecha de la equivalencia hasta la de reembolso m .

Luego la Tasa Anual Equivalente (TAE) se obtenía, aplicando la expresión general de los tantos equivalentes, de acuerdo con la ley de capitalización compuesta:

$$i_{(TAE)} = (1 + i_k)^k - 1$$

Por tanto, la TAE es el rédito anual de la ley de capitalización compuesta que iguala financieramente capitales entregados y recibidos, siendo k el número de veces que el año contiene el período elegido.

española, aun coincidiendo en contenido material y en sus resultados con la comunitaria⁴²⁴, "resultaba más comprensible y lógica"⁴²⁵.

Como observamos por la enumeración de los elementos a considerar para el cálculo del coste total del crédito y la TAE se incluía, además de los intereses, los demás gastos y cargas que el consumidor estuviera obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que fueran exigidos por el empresario para la concesión del mismo. Por tanto, la TAE dejaba de ser estrictamente la rentabilidad del concedente del crédito y se aproximaba más al coste del acreditado ya que incluía gastos y cargas, incluso el pago de primas de seguro, que siendo gasto para el acreditado-consumidor no eran ingreso para el concedente del crédito.

B) LA TAE EN LA VIGENTE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO 2011

Al igual que la LCC-1995, la vigente LCCC establece en su artículo 21.2. que "en el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente a la que se refiere la letra g) del apartado 2 del artículo 16, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos". Algún autor critica esta solución legal al entender que "la consecuencia jurídica propia en la contratación con condiciones generales de la

⁴²⁴

$$\sum_{K=1}^{K=m} \frac{A_k}{(1+i)^{t_k}} = \sum_{k'=1}^{K'=m} \frac{A'_{k'}}{(1+i)^{t_{k'}}$$

⁴²⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M. P. "Aspectos económicos de la Ley 7/1995, de 23 marzo, de Crédito al Consumo en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 17, Madrid, 1995, pág. 283.

contratación, de la nulidad de pacto de interés es la continuidad del contrato sin interés y en beneficio de la persona adherente y consumidora”⁴²⁶. No comparto esta opinión. Sin perjuicio de que la sanción por esta omisión podía ser una u otra, decisión que incumbe al legislador y, obviamente, siempre es susceptible de crítica, no debemos confundir la TAE con el interés o tipo deudor que es otra de las menciones obligatorias que exige la LCCC (art. 16.2.f). Lo que establece el artículo 21, como señala la propia denominación del precepto, es una “penalización” por incumplir la obligación de mencionar la TAE en el contrato y no la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de interés. Se sanciona la omisión de un elemento informador esencial para que el consumidor pueda comparar y, en definitiva, decidir entre un crédito u otro pero no la indeterminación de una de las obligaciones de pago por parte éste. Cosa distinta sería la omisión del tipo de interés (tipo deudor en la terminología de la LCCC); en este caso sí que la consecuencia lógica sería la continuidad del contrato sin derecho a percibir por el prestamista interés alguno por aplicación de los artículos 314 CCom y 1.755 CC.

En el caso de que la TAE figure en el documento contractual pero sea inexacta, se modulará, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, la consecuencia vista⁴²⁷.

⁴²⁶ BALLUGERA GÓMEZ, C.: *Las pólizas bancarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 91.

⁴²⁷ Además de la sanción contemplada en la propia normativa de crédito al consumo, la Jurisprudencia del TJUE ha afirmado que indicar una TAE inferior a la real, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales siempre que pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado; pudiendo además dar lugar a la nulidad total del contrato cuando tal medida esté prevista en una legislación nacional conforme al derecho comunitario y se considere la forma mejor de proteger los intereses de los consumidores. C-453/10, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012 (citada por PÉREZ CARRILLO, E.F.: “Las disposiciones generales de la

Por su parte, el artículo 32 LCCC establece que “la tasa anual equivalente, que iguala sobre una base anual el valor actual de todos los compromisos existentes o futuros asumidos por el prestamista y por el consumidor, se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que se expresa en la parte I del anexo I”. Estos compromisos “incluyen las disposiciones del crédito, los reembolsos y los gastos contemplados en la letra a) del artículo 6”, esto es “todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios”.

Antes de entrar en la fórmula de cálculo, el art. 32 LCCC establece qué factores de coste hay que incluir y excluir para su cálculo y una serie de hipótesis previas.

Respecto al primer aspecto se dice que para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que éste tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito y los gastos, distintos del precio de compra, que corran por cuenta del consumidor en la adquisición de bienes o servicios, tanto si la transacción se paga al contado como a crédito.

Por el contrario, se incluirán en el coste total del crédito para el consumidor los costes de mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita ambas operaciones, así como otros costes relativos a las operaciones

de pago, salvo en caso de que la apertura de la cuenta sea opcional y los costes de ésta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de crédito o cualquier otro contrato suscrito con el consumidor.

Las hipótesis previas son:

-El contrato de crédito se mantendrá vigente durante el período de tiempo acordado. En otro caso nos faltaría un elemento esencial para todo cálculo financiero cual es el tiempo/duración de la operación. Por otra parte, excluye así del cálculo los costes por el reembolso anticipado.

- Las partes cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato. Además de permitir tomar como un dato las fechas de pago, excluye del cálculo las penalizaciones establecidas por incumplimiento.

- Cuando se permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito. Hipótesis también necesaria porque quedaría una variable indeterminada.

De acuerdo con el Anexo I LCCC, la “ecuación de base”, que define la tasa anual equivalente (TAE), expresa la equivalencia anual entre, por un lado, la suma de los valores actualizados de las disposiciones del crédito y, por otro, la suma de los valores actualizados de los importes de los reembolsos y pagos de gastos, es la siguiente:

$$\sum_{k=1}^m C_k (1+X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^{m'} D_l (1+X)^{-s_l}$$

Donde:

- X es la TAE.
- m es el número de orden de la última disposición del crédito.
- k es el número de orden de una operación de disposición de crédito, por lo que $1 \leq k \leq m$.
- C_k es el importe de la disposición número k.
- t_k es el intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, entre la fecha de la primera operación de disposición y la fecha de cada una de las disposiciones siguientes, de modo que $t_1 = 0$.
- m' es el número de orden del último reembolso o pago de gastos.
- ℓ es el número de orden de un reembolso o pago de gastos.
- D_ℓ es el importe de un reembolso o pago de gastos.
- s_ℓ es el intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, entre la fecha de la primera disposición y la de cada reembolso o pago de gastos.

Vemos que la fórmula⁴²⁸, como ya se dijo en el anterior capítulo, se basa en la capitalización compuesta y es lo que en términos financieros se conoce como TIR (Tasa Interna de Retorno o de Rentabilidad) criterio clásico en la valoración y selección de proyectos de inversión que mide la rentabilidad relativa, esto es, la medida en términos porcentuales de la rentabilidad de una inversión y que es el *tanto* o tipo que iguala los valores actuales de los flujos de salida y de entrada (desembolsos y reembolsos).

⁴²⁸ Toda formulación tiene sus limitaciones y ésta también las tiene como ya hemos dejado apuntado en el capítulo anterior.

A priori podemos afirmar que la TAE aumentará con las comisiones y demás costes y con la frecuencia con que se realicen los pagos por el acreditado.

Tras esta fórmula la norma añade una serie de observaciones. Las correspondientes a las letras a), b), c) y d) no las comentaremos extensamente por ya haberse hecho en el capítulo anterior:

a) Las sumas abonadas por cada una de las partes en diferentes momentos no son necesariamente iguales ni se abonan necesariamente a intervalos iguales.

Esto es, ni las disposiciones del crédito, si son varias, ni los reembolsos del mismo tienen que ser iguales. Tampoco tienen por qué serlo los intervalos de tiempo que separan las disposiciones o los reembolsos entre sí. Lo que desde el punto de vista financiero y desde una perspectiva práctica parece obvio.

Esta observación aparece en la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, que modificó la Directiva 87/102/CEE y de ahí ha pasado a la vigente Directiva 2008/48/CE y, por ende, a nuestra LCCC.

b) La fecha inicial es la de la primera disposición de fondos.

En definitiva, que la fecha de cálculo de la TAE es la de la primera recepción de fondos por el consumidor que no tiene por qué coincidir con la de formalización del contrato, ya que podría pactarse una disposición diferida pero determinada.

Esta observación aparece en la Directiva 90/88/CEE y, como señala, SOTO MOLINA⁴²⁹, es relevante porque la fecha de valoración puede afectar al cálculo de la TAE por la aplicación específica de la medida de los intervalos de tiempo.

⁴²⁹ SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements...*, pág. 72.

c) Los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, $365/12$), con independencia de que el año sea bisiesto o no.

Esta observación sí que ha experimentado cambios significativos desde la Directiva 90/88/CEE en la que se establecía que los intervalos de fechas se expresarían “en años o fracciones de año”. Por su parte, la Directiva 98/7/CE, de 16 de febrero de 1998, añadió esta última expresión. “Se partirá de la base de que un año tiene 365 o 365,25 días o (en el caso de los años bisiestos) 366 días, 52 semanas o 12 meses de igual duración. Se partirá de la base de que cada uno de dichos meses de igual duración tiene 30,41666 días (es decir, $365/12$)”. Y así pasa a la Directiva vigente y a nuestra LCCC.

Aquí lo que está estableciendo es que se toman meses y años naturales, como por otra parte parece lógico, a diferencia del cálculo de intereses en la práctica bancaria española, para lo que se utiliza el llamado “año comercial” (360 días). O sea, la TAE se expresa como un tanto “efectivo” y por ello se hace necesario “normalizar” los meses porque pueden tener 28, 29, 30 ó 31 días. Los cálculos en días o semanas no plantean problemas.

Y este cálculo de la TAE es independiente de cómo se calculen los intereses a pagar por el consumidor, por ejemplo sobre la base del año comercial.

Como señala la *Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document)* -pág. 22-, para lograr el objetivo de homogeneizar la información de la TAE (APR en terminología inglesa) proporcionando una uniforme aplicación de la observación (c) compatible con su redacción, se considerará:

Sólo cuando un intervalo entre fechas utilizado en el cálculo no pueda ser expresado como un número entero de años, meses o semanas, el intervalo se expresarán en su conjunto como un número de uno de esos periodos en combinación con un número de días. Para la opción entre años, meses o semanas, se tendrá en cuenta la frecuencia de disposiciones y pagos. Cuando se utilizan los días:

(i) Se contarán todos los días, incluyendo los fines de semana y festivos;

(ii) iguales períodos y luego días serán contados hacia atrás a la fecha de la disposición inicial; y

(iii) la longitud de un período de días debe ser obtenida excluyendo el primer día y incluyendo el último día (una simple resta de fechas) y se expresará en años dividiendo este período por el número de días (365 o 366 días) del año completo contados hacia atrás desde el último día hasta el mismo día del año anterior.

Este enfoque es en gran medida similar a la convención existente en los mercados de bonos en el Eurozona, conocida como Actual/Actual AFB (*Association Française des Banques*) o Actual/Actual (Euro) en los mercados internacionales.

Sin embargo, se aleja significativamente de otras convenciones como 30/360 o actual/360, que son claramente incompatibles con esta observación (c).

Siguiendo SOTO MOLINA⁴³⁰, el primer párrafo de la explicación que ofrece la *Guidelines* implica que:

- Ninguna combinación de años o fracciones de años es permitida distinta de una combinación de días y años, meses o semanas.

⁴³⁰ SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements...*, pág. 73.

- Si el intervalo puede ser expresado como un número entero de semanas, meses o años el intervalo no se expresarán en días.

- La frecuencia de disposiciones y reembolsos se tomará en cuenta para la elección entre semanas, meses o años. Por ejemplo, en el caso de una sola disposición inmediata y reembolsos mensuales, se utilizarán períodos regulares de un mes; en caso de disposiciones mensuales y amortizaciones anuales, se utilizarán períodos regulares de un mes, ya que permiten la expresión de los intervalos de tiempo de ambos (disposiciones y reembolsos) como un número entero de períodos regulares.

Por otra parte, los puntos (ii) y (iii) anteriores determinan que los períodos de tiempo se contarán hacia atrás. Según el punto (ii), si un intervalo entre fechas está compuesto por períodos regulares (años, meses o semanas) y días, el período de días aparecerán al principio del intervalo, es decir, después de haber tenido en cuenta de los períodos regulares. De acuerdo con el punto (iii), para expresar un período de días en años, el período se dividirán por el número de días del año entre el último día del período y el mismo día del año anterior.

d) El resultado del cálculo se expresará con una precisión de un decimal como mínimo. Si la cifra del decimal siguiente es superior o igual a 5, el primer decimal se redondeará a la cifra superior.

Esta observación fue introducida por la Directiva 98/7/CE.

En la práctica bancaria la TAE se expresa con dos o tres decimales. En todo caso se plantea una norma de redondeo que hace que en caso de que el último decimal sea exactamente 5 éste se haga por exceso porque cuando dicho decimal sea superior es lógico que se redondee por exceso.

e) Se puede reformular la ecuación utilizando solamente un sumatorio y empleando la noción de flujos (A_1), que serán positivos o

negativos, es decir, respectivamente pagados o percibidos en los periodos 1 a k (*sic*)⁴³¹, y expresados en años, a saber:

$$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-t_k}$$

Donde S es el saldo de los flujos actualizados, cuyo valor será nulo si se quiere conservar la equivalencia de los flujos.

Esta reformulación es una novedad de la Directiva 2008/48/CE. Y es otra forma de calcular y definir la TIR como aquel tanto que hace que el Valor Actual Neto (VAN) de todos los flujos, sean éstos positivos -disposiciones- o negativos -reembolsos-, sea igual a cero.

Dos reflexiones a este respecto. Si efectivamente y por definición la TAE (TIR) es aquél tanto que hace que el valor actual de todos los flujos sea cero, lo más práctico hubiera sido sustituir “ S ” por cero.

Tampoco entiendo muy bien la inclusión de esta fórmula “alternativa”, obvia para cualquier conocedor de lo que es una TAE/TIR, también para quien tiene conocimientos matemáticos ya que se deduce de la “ecuación de base”. En nada ayuda a quien no tiene estos conocimientos específicos, más bien al contrario ya que ahora tiene dos dudas: la primera y la segunda fórmula.

No obstante, sí es útil para obtener la TAE utilizando métodos numéricos y, de hecho, es la utilizada en el simulador para su cálculo

⁴³¹ Hay un error en la Ley que se arrastra de copiar literalmente la Directiva 2008/48/CE que comete el mismo error. Debería decir “periodos 1 a n ”.

(hoja Excel) que se puede descargar de la página web de la Comisión Europea⁴³².

Pero, como también hemos señalado, el cálculo de la TAE se hace imposible en numerosos supuestos. Por poner algún ejemplo, cuando el tipo de interés es variable, ya que no sabemos qué interés se aplicará cuando se modifique; en los contratos de apertura de crédito porque no sabemos si el consumidor dispondrá de todo o de parte y, en este último caso, de qué cuantía concreta.

Por ello, para posibilitar este cálculo, y como ocurre en la aplicación de numerosos modelos, hay que partir de algunas hipótesis de trabajo. A las hipótesis de base ya vistas que se recogen en el artículo 32 (que el contrato de crédito se mantendrá vigente durante el período de tiempo acordado y que las partes cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato; cuando se permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito), la LCCC, en la parte II⁴³³ de su Anexo I, añade lo que llama “supuestos adicionales”

432

http://ec.europa.eu/consumers/financial_services/consumer_credit_directive/index_en.htm

⁴³³ Estos supuestos son transcripción literal de los de la Directiva 2011/90/UE, de la Comisión, de 14 de noviembre de 2011 por la que se modifica la parte II del anexo I de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente. La trasposición al Derecho interno de la Directiva de 2011 se ha hecho a través de la Orden ECC/159/2013, de 6 de febrero, por la que se modifica la parte II del anexo I de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo haciendo uso de la habilitación contenida en la disposición final cuarta de la LCCC.

(desde la “a” hasta la “j”⁴³⁴) que podemos clasificar de la siguiente forma:

1.- Indeterminación del importe del crédito:

- “Si el contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de los fondos, se considerará que el consumidor ha dispuesto del importe total del crédito de forma inmediata y totalmente” (a).

Este supuesto fue introducido por la Directiva 2008/48/EC.

Como se observa, ante la indeterminación del importe de la disposición se considera que se ha hecho por el total. Es la única forma posible para poder calcular la TAE. Y ante la indeterminación en el plazo de devolución se establece como hipótesis que se hace en el menor plazo posible. El resultado de ambos supuestos es que se obtendrá una TAE mayor que con la hipótesis de que se dispone una cantidad menor o un plazo mayor de devolución pero habrá que considerar que bajo este supuesto es indiferente para el cálculo la comisión que perciba el concedente del crédito por la parte no dispuesta, aunque, desde luego, no lo será para el consumidor que, en su caso, efectivamente la pagará.

Esta hipótesis de trabajo se utilizará con mucha frecuencia porque los créditos “revolving” (rotatorios) son muy frecuentes en el crédito al consumo; pensemos en las tarjetas de crédito.

- “Si todavía no se ha acordado el importe máximo aplicable al crédito, se presumirá que es de 1.500 euros” (h).

Esta hipótesis fue introducida por la Directiva 90/88/CEE que permitió a los Estados miembros que fijasen este importe máximo

⁴³⁴ Los supuestos adicionales (a) a (d) y (h) a (j) provienen de la Directiva 2008/48/EC y los supuestos (d) a (g) son completamente nuevos o han sido modificados por la Directiva 2011/90/EU.

pero con un límite de 2.000 euros. La Directiva 2008/48/CE eliminó esa libertad y estableció dicho máximo en 1.500 euros.

Entiendo que la LCCC ha optado por esta cantidad, siguiendo la Directiva 2008/48/CE, al haber entendido el legislador europeo que este es el importe medio de un crédito al consumo. Será de aplicación en los descubiertos ya que no suele establecerse un límite así como en las tarjetas de crédito.

- “En el caso de un descubierto, se considerará que se ha dispuesto del importe total del crédito en su totalidad y por toda la duración del contrato de crédito” (d). Se opta por el mayor importe, en coherencia con el supuesto (a) y (b) y por el plazo total.

2.- Indeterminación en la forma de disposición del crédito:

- “Si el contrato de crédito dispone diferentes formas de disposición de fondos con diferentes tasas o tipos deudores, se considerará que se ha dispuesto del importe total del crédito al tipo más alto de los tipos deudores y con las tasas más elevadas aplicadas a la categoría de transacción más comúnmente utilizada en ese tipo de contrato de crédito” (b).

Este supuesto fue introducido por la Directiva 2008/48/EC.

Se utiliza la hipótesis de disposición máxima -como en los supuestos (a) y (d)- y al coste mayor de los posibles de la transacción más frecuente en ese crédito, lo que dará como resultado una mayor TAE.

Esto es típico de las tarjetas de crédito donde se distinguen distintas formas de disposición con distintos tipos y gastos (p.e. disposiciones por cajero, mediante compras, pagos en moneda extranjera...).

- “Si un contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de fondos en general, pero impone, entre las diferentes

formas de disposición, una limitación respecto del importe y del período de tiempo, se considerará que se ha dispuesto del importe del crédito en la fecha más temprana prevista en el contrato de crédito y con arreglo a dichos límites de disposición de fondos” (c).

Esta hipótesis de disposición más temprana es coherente con el supuesto (a) y es de utilización en los créditos “revolving” y en las tarjetas de crédito.

3.- Indeterminación en la duración y forma de reembolso del crédito:

- En los casos de descubierto “si la duración del contrato de crédito no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de tres meses” (d).

Aquí la hipótesis temporal se reduce respecto al caso anterior ya que es más que infrecuente en la práctica que se admitan descubiertos a un plazo largo dada su naturaleza transitoria.

- “En el caso de un contrato de crédito de duración indefinida que no sea en forma de posibilidad de descubierto, se presumirá:

1º Que el crédito se concede por un período de un año a partir de la fecha de la disposición de fondos inicial y que el pago final hecho por el consumidor liquida el saldo de capital, intereses y otros gastos, en su caso,

2º Que el consumidor devuelve el crédito en doce plazos mensuales iguales, a partir de un mes después de la fecha de la disposición de fondos inicial; no obstante, en caso de que el capital tenga que ser reembolsado en su totalidad en un pago único, dentro de cada período de pago, se presumirá que se producen disposiciones y reembolsos sucesivos de todo el capital por parte del consumidor a lo largo del período de un año; los intereses y otros gastos se aplicarán de conformidad con estas disposiciones y

reembolsos de capital y conforme a lo establecido en el contrato de crédito.

A los efectos del presente punto, se considerará contrato de crédito de duración indefinida un contrato de crédito que no tiene duración fija e incluye créditos que deben reembolsarse en su totalidad dentro o después de un período, pero que, una vez devueltos, vuelven a estar disponibles para una nueva disposición de fondos” (e).

Aquí estamos ante créditos en los que no se ha fijado plazo, distintos de los descubiertos. Sería de aplicación a contratos de apertura de crédito, tarjetas de crédito, tarjetas de cargo. Y están indeterminados los elementos básicos para calcular la TAE: duración y forma de amortización.

En cuanto al plazo se utiliza la hipótesis de un año que coincide con el que se expresa siempre el tipo de interés y la propia TAE y la forma de pago más habitual que es la mensual y amortización de capital constante y que es la de más fácil comprensión y cálculo para el consumidor (a diferencia del pago constante comprensivo de capital e intereses).

También dará como resultado una mayor TAE sólo superada si se utilizase la hipótesis de pago quincenal, semanal o diario, infrecuente en la práctica comercial.

- “En el caso de contratos de crédito distintos de los créditos en forma de posibilidad de descubierta y de duración indefinida contemplados en los supuestos de las letras d) y e):

1º Si no pueden determinarse la fecha o el importe de un reembolso de capital que debe efectuar el consumidor, se presumirá que el reembolso se hace en la fecha más temprana prevista en el contrato de crédito y conforme al importe más bajo establecido en el mismo,

2º Si no se conoce la fecha de celebración del contrato de crédito, se presumirá que la fecha de la disposición inicial es la fecha que tenga como resultado el intervalo más corto entre esa fecha y la del primer pago que deba hacer el consumidor” (f).

Este supuesto (f) abarca tres situaciones diferentes⁴³⁵:

** La fecha de un reembolso de capital no se sabe (y no se puede determinar). En este caso, se presumirá que el reembolso se debe realizar en la fecha más próxima, lo que conduce a la más alta APR posible. Por ejemplo, si el acuerdo permite al consumidor elegir la fecha de la devolución siempre y cuando no sea posterior de una fecha determinada, se considerará que el reembolso se ha de realizar el día inmediatamente después al de la disposición. Si por el contrario se requiere realizar la amortización a partir de una determinada fecha, entonces se asume que debe hacerse en esa fecha.

** El importe de un reembolso de capital no se sabe (y no se puede determinar). En este caso, el reembolso se presume que es la cantidad más baja que el contrato permita. Por ejemplo, si el acuerdo requiere que el consumidor haga un pago mínimo mensual equivalente al 10% del saldo pendiente de capital e intereses, la cantidad de capital que devolver se obtendrá deduciendo el importe de los gastos mensuales de ese pago mínimo.

Esta elección de los reembolsos más bajos es preferible a la de reembolsos más altos, ya que esto podría implicar el pago total del crédito en un período muy corto lo que sería poco realista. En este caso de pagos mínimos, el reembolso final a realizar no sería el mínimo sino la cantidad residual en virtud de la asunción (g).

⁴³⁵ SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements...*, pág. 94.

Cabe destacar que cuando hay diferentes posibilidades de reembolso para el consumidor, tales como porcentaje mínimo de la cantidad del crédito, una cantidad mínima o cuotas iguales, sólo uno de estos escenarios se tendrá en cuenta para el cálculo de la TAE. La elección del sistema de amortización será el que proporciona el primer reembolso más bajo.

** La fecha de celebración del contrato no se conoce ni en el momento de la publicidad ni en la fase precontractual y esto tiene un efecto sobre la duración del intervalo de tiempo hasta la realización del primer pago por el consumidor. Esta idea también se aplica a situaciones en las que la fecha del acuerdo de voluntades se conoce pero la fecha de la disposición inicial. Un ejemplo de esta situación podría ser un contrato de crédito vinculado con una fecha de entrega desconocida del bien financiado o la prestación de un servicio, donde el cobro del crédito se lleva a cabo o se inicia en la fecha de entrega.

- “Cuando no puedan determinarse la fecha o el importe de un pago que debe efectuar el consumidor conforme al contrato de crédito o a los supuestos establecidos en las letras d), e) o f), se presumirá que el pago se hace con arreglo a las fechas y condiciones exigidas por el prestamista y, cuando éstas sean desconocidas:

1º Los gastos de intereses se pagarán junto con los reembolsos de capital,

2º Los gastos distintos de los intereses expresados como una suma única se pagarán en la fecha de celebración del contrato de crédito,

3º Los gastos distintos de los intereses expresados como varios pagos se pagarán a intervalos regulares, comenzando en la fecha del primer reembolso de capital y, si el importe de tales pagos no se conoce, se presumirá que tienen importes iguales,

4º El pago final liquidará el saldo de capital, intereses y otros gastos, en su caso” (g).

Este supuesto se aplica a todos los tipos de contratos de crédito, ya sea a los contratos de duración definida o indefinida, incluyendo los descubiertos. Su propósito es determinar la fecha y/o la cantidad de un pago de capital, intereses u otros cargos cuando éstos son desconocidos y no puede determinarse partiendo del contrato, y donde los supuestos anteriores no proporcionan una solución. La necesidad de determinar estos elementos puede surgir cuando el contrato de crédito no se pronuncia acerca de la fecha o el monto del pago o cuando las fechas de pago o las cantidades a pagar puedan ser discrecionales para el acreedor (por ejemplo, cuando el acuerdo prevé la emisión de estados de cuenta mensuales con la fecha de pago especificada, pero deja a discreción del acreedor cuándo se emitirá cada declaración. El primer párrafo de la asunción (g) especifica que las condiciones requeridas por el acreedor deben ser respetadas antes de establecer ninguna hipótesis adicional sobre las fechas.

Los puntos 1º y 3º del supuesto son de naturaleza práctica y presumen un pago regular de intereses y de otros gastos recurrentes. La frecuencia de pago de los cargos por intereses está vinculada al reembolso del capital, dada la interdependencia de los pagos de capital y de intereses. La cantidad de intereses a pagar en cada caso será el importe acumulado hasta la fecha del reembolso del capital, y esto será considerado para ser pagado junto con la devolución de capital. La frecuencia de pago de otros gastos recurrentes, no de intereses, depende del número de dichos gastos. En cuanto a las cantidades, si no se conocen en el caso de gastos distintos de los intereses, se supone pagos iguales. Estos pueden o no corresponder con el momento de los reembolsos del capital, en función del número de cargos distintos de los intereses.

El número 2º del supuesto, respecto a los gastos distintos de los intereses expresados como suma única, conduce a la más alta TAE posible. En cuanto al número 4º garantiza la devolución total del crédito y todos los cargos por intereses y distintos de intereses en la fecha final. En el caso de los contratos de duración indefinida,

distintos de los descubiertos, esto también se refleja en el supuesto (e-1º) para asegurar el reembolso total al final de la asumida duración de un año.

4-. Indeterminación en los tipos deudores y tasas:

- “Si durante un período o por un importe limitados se proponen diferentes tipos deudores⁴³⁶ y tasas, se considerará que el tipo deudor y las tasas corresponden al tipo más alto de toda la duración del contrato de crédito” (i).

Esta asunción se aplica cuando se ofrecen diferentes tasas y/o tipos deudores por un período limitado o en relación con diferentes cantidades de crédito. Estos casos incluyen contratos con reducidos o, incluso, nulos tipos de interés iniciales, diseñados para atraer a los clientes (llamados por eso “tipos de gancho”), por ejemplo, en el mercado de tarjetas de crédito, o para créditos de pequeño importe, por ejemplo en los descubiertos.

El supuesto implica el uso de los tipos deudores y cargos más altos, y se aplicarán cuando, en la fecha del cálculo de la TAE, los elementos pertinentes del crédito que determinan la aplicación y el efecto sobre la TAE de los distintos tipos de interés o tasas no se conocen. El resultado será una mayor TAE.

- “Para los contratos de crédito al consumidor respecto de los que se haya convenido un tipo deudor en relación con el período inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo deudor que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador convenido, el cálculo de la tasa anual equivalente partirá del supuesto de que, al

⁴³⁶ En la modificación del anexo II de la LCCC operada por la Orden ECC/159/2013, de 6 de febrero se sustituye la mención “tipo de interés” por “tipo deudor”, término más coherente con el utilizado en el resto de la Ley pero denota lo que le cuesta al legislador español usar el término de la Directiva siéndole más natural la expresión “tipo de interés”.

final del período de tipo deudor fijado, el tipo deudor es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador convenido en ese momento” (j).

El supuesto (j) se aplica a los contratos en los que se acuerda un tipo deudor fijo para un período inicial tras el cual el tipo deudor se determina posteriormente de acuerdo con un tipo de referencia convenido. Esta característica aparece sobre todo en los préstamos que se amortizan en plazos que son de media o larga duración, algunas veces también como una forma de beneficio para el prestatario, cuando el tipo de interés fijo inicial es bajo en comparación con el tipo deudor variable. El supuesto determina que para el cálculo de la TAE después del período del tipo fijo inicial se supone que el tipo deudor en la fase de variabilidad se determina tomando el valor del tipo de referencia en el momento de cálculo de dicha TAE.

Cabe señalar que este supuesto (j) puede necesitar ser aplicado en conjunción con el supuesto (i) en los casos en que ambos sean relevantes (piénsese que ninguno de los supuestos excluye la aplicación de los otros). Así, si un tipo deudor inicial está siendo ignorado bajo el supuesto (i), sobre la base de que el beneficio no es seguro y cuantificable, entonces este supuesto se aplica independientemente de que el tipo tras el período inicial se especifica en el acuerdo o es determinable mediante el supuesto (j). Por ejemplo, en el caso de un contrato de crédito de duración indefinida (como por ejemplo un contrato de tarjeta de crédito o una línea de crédito), si el beneficio derivado de un tipo fijo más bajo o variable no es seguro y cuantificable y, por lo tanto, debe ignorarse para el cálculo de la TAE en virtud de la hipótesis (i).

Para ilustrar la aplicación simultánea de los supuestos (i) y (j) considérese el caso en que el tipo deudor se fija en el 1% durante 2 años, y después cambia a variable al tipo Euribor más un 1%. Si en el momento de cálculo de la TAE el Euribor es del 2,1%, la aplicación del supuesto (j) significa que el tipo deudor después de los primeros 2

años se supone que es 3,1% (es decir 2,1% + 1%) y para ser fijado en ese nivel durante el resto del contrato. Este es más alto que el tipo de interés fijo inicial que, por lo tanto, se ignoró en aplicación del supuesto (i). Esto significa que se supone que el tipo deudor es del 3,1% para toda la duración del contrato. Por otro lado, si el tipo deudor se fija en 4% durante 2 años, y luego pasa a ser el Euribor más un 1%, la tasa más alta de endeudamiento es del 4% (no el 3,1%) y esto supone su aplicación para toda la duración del contrato⁴³⁷.

Cuando los elementos del cálculo de la TAE son conocidos y cuantificables no hay necesidad de aplicar el supuesto (i). En otras palabras, si sólo se utiliza la hipótesis (j) del Anexo I, no hay necesidad de aplicar (i) pero si se utiliza cualquier otro supuesto del anexo I (por ejemplo, debido a la cantidad o duración del crédito es desconocido o si varía), entonces esto provoca la aplicación adicional del supuesto (i).

Por otro lado, no hay contradicción entre lo establecido en el art. 32.4 LCCC⁴³⁸ y el supuesto (j); más bien son hipótesis complementarias.

El art. 32.4 LCCC establece el tratamiento de los tipos deudores y los gastos que pueden variar a lo largo de la vida del contrato y que no son cuantificables en el momento del cálculo de la TAE. En tales casos, se supone que los tipos y gastos permanecen fijos en su nivel inicial hasta el final. El supuesto (j) se refiere a aquellos contratos en los que se acuerda un tipo deudor fijo para un período inicial, después del cual el tipo deudor es variable de acuerdo

⁴³⁷ SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements...*, pág. 99.

⁴³⁸ “En los contratos de crédito que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito”.

con un tipo de referencia convenido. Este supuesto muestra que la solución prevista por el art. 32.4 se debe aplicar al período de tipo variable cuando no son cuantificables en el momento del cálculo de la TAE, lo que significa que el tipo fijo se aplica para el período inicial, seguido de la tasa variable durante el resto de la duración del contrato en base al valor del tipo de referencia en el momento del cálculo de la TAE.

El art. 32.4 LCCC también proporciona una solución en los casos en los que el cambio del tipo deudor es sólo una posibilidad (por ejemplo, cuando el acuerdo estipula que después del período inicial de un tipo deudor fijo, se puede acordar un nuevo tipo fijo en lugar de proceder a un tipo deudor variable).

Por el contrario, el supuesto (j) se aplica sólo cuando se sabe que la tasa va a cambiar. Puede haber casos en que se sabe de antemano que la tasa va a cambiar y en la medida que el cambio es comprobable mediante suposición (j), pero el momento del cambio no es conocido y no puede determinarse (por ejemplo, el cambio se produce de forma discrecional del acreedor o es dependiente de las circunstancias externas). En tales casos, la asunción (j) se aplica para determinar el nuevo tipo y el supuesto (i) para asegurar que se utiliza la tasa más alta para toda la duración del contrato.

La forma de cálculo de la TAE recogida en el supuesto (j) ya se utilizaba en la norma decimotercera de la derogada Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España de transparencia de las operaciones y protección de la clientela redactada en este punto por la Circular 5/1994, de 22 de julio, al decir que “en las operaciones a tipo de interés variable, el coste o rendimiento efectivo que se ha de reflejar en la documentación contractual se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida del crédito, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato”. Y es el mismo que sigue ahora el Anexo V.II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios

bancarios (“para los contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo de interés en relación con el periodo inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo de interés, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador convenido, el cálculo de la tasa anual equivalente partirá del supuesto de que, al final del periodo del tipo de interés fijado, el tipo de interés es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador convenido en ese momento”).

La Norma decimotercera de la vigente Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos tras señalar que en los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y/o de las comisiones o gastos incluidos en la tasa anual equivalente, que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato, determina que “en estos casos, la expresión TAE se sustituirá por la *TAEVariable*, y se deberá indicar expresamente que se ha utilizado la simplificación anterior” (*sic*).

En particular, en las operaciones a tipo de interés variable, la *TAEVariable* se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida de la operación, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato, y, si se pactara un tipo de interés fijo para cierto período inicial, este se tendrá en cuenta en el cálculo, pero únicamente durante dicho período inicial. En estos casos, la tasa anual equivalente solo tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión “esta *TAEVariable* se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto, esta *TAEVariable* variará con las revisiones del tipo de interés”.

Cuando se trate de una operación a tipo de interés variable en la que se establezcan límites a su variación (suelos y techos), dichos

límites deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente.

8.- TIPO DEUDOR

La letra e) del artículo 6 define “tipo deudor” como “el tipo de interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito utilizado”. El precepto es transcripción literal de la letra j) del artículo 3 Directiva 2008/48/CE.

El término “tipo deudor” tomado de la Directiva Comunitaria y utilizado también en las versiones francesa (“*taux débiteur*”), italiana (“*tasso debitore*”) y portuguesa (“*taxa devedora*”), no tiene tradición jurídica en nuestro país. La versión alemana utiliza el término “*sollzinssatz*” que podríamos traducir como tasa de interés nominal y la inglesa utiliza “*borrowing rate*” que podríamos traducir como tipo del préstamo o tipo prestatario. Sin embargo, Italia o Portugal, al trasponer la Directiva a su Derecho interno sí que han utilizado términos más propios de su nomenclatura jurídica (como de la nuestra) tales como “*tasso d’interesse*” utilizado en el artículo 123 -publicidad de los contratos de crédito al consumo- del *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, modificado a este respecto por el Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141 o “*taxa nominal*” (TAN) en el artículo 4º del *Decreto-Lei n.º 133/2009 de 2 de junho*.

En nuestro Derecho el término utilizado ha sido el de “tipo de interés”⁴³⁹ (que puede ser deudor o acreedor según se pague por el cliente –operaciones crediticias- o se cobre –operaciones de inversión-) que es el que utiliza la propia Directiva para definir tipo deudor. Este es el término utilizado por la Orden del Ministerio de Economía y Comercio, de 17 de enero de 1981, sobre liberalización

⁴³⁹ Y más concretamente “tipo de interés nominal”.

de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo que fue sustituida por la Orden de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y sobre normas de actuación en entidades de depósito modificada por la Orden de 16 de junio de 1988 sobre información que las Entidades de Depósito deben incluir en sus contratos con clientes. Ambos textos quedaron refundidos en 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 y, esta última, derogada por la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Obviamente ha sido también el término utilizado por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito, de Transparencia de las operaciones y protección de la clientela y por la hoy vigente Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Probablemente la Directiva y, con ella, el legislador español ha preferido utilizar el término tipo de interés dentro de la definición ya que puede usarse tanto para los contratos de activo en los que se da crédito como para los de pasivo en los que se recibe.

Por raro que pueda parecer, la LCC-1995 en su artículo 6 (en la misma línea que el artículo 4 de la Directiva 87/102/CEE) no exigía que en los contratos de crédito al consumo se incluyese de forma explícita el tipo de interés (sólo el artículo 19.1 establecía que cuando existiera “un contrato entre una entidad de crédito y un consumidor para la concesión de un crédito en cuenta corriente, que no sea una cuenta de tarjeta de crédito, el consumidor” fuera informado por escrito, entre otras cosas, del tipo de interés anual)⁴⁴⁰. Hay que tener

⁴⁴⁰ No ocurría lo mismo en países como Alemania donde la *VerbraucherKreditgesetz* publicada el 17 de noviembre de 1990 exigía en el § 4.1, frase 4, Nr. 1 incluir en el contrato de crédito al consumo el tipo de interés y los restantes gastos del crédito. Véase MARÍN LÓPEZ, M.J: “La protección del consumidor en Alemania” en *Crédito*

en cuenta que hasta finales de los años ochenta⁴⁴¹ no se establece en nuestro Derecho esta exigencia para los contratos bancarios de naturaleza crediticia.

Por el contrario, la vigente LCCC exige que se explicita el “tipo deudor” en la publicidad (art. 9), en la oferta vinculante (art. 8), en la información previa al contrato (art. 10), en los créditos en forma de descubierto (arts. 12, 17 y 19), en los acuerdos en los que el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial (art. 12), en los descubiertos tácitos (art. 20) y, por supuesto, en el contenido del contrato.

En efecto, de acuerdo con el artículo 16.2 LCCC “además de las condiciones esenciales del contrato⁴⁴², el documento deberá especificar, de forma clara y concisa, los siguientes datos: ...

al Consumo y Transparencia Bancaria, VV.AA. (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pág. 424.

⁴⁴¹ Es la Orden de 16 de junio de 1988 sobre información que las Entidades de Depósito debían incluir en sus contratos con clientes la que añade al número séptimo de la Orden de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito, el siguiente texto: “Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo deberán recoger, de forma explícita y clara, los siguientes extremos: 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...”

⁴⁴² J. ROCA GUILLAMÓN (“Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos -Ley 7/1995, de 23 de marzo-” ... pág. 206), al hacer referencia a esta misma mención en la LCC-1995 se preguntaba a que llamaba la ley “condiciones esenciales del contrato” ya que la utilización de una terminología prácticamente igual a la rúbrica del Capítulo II, del Título II, del Libro IV del Código Civil (de los requisitos esenciales para la validez de los contratos) podría inducir a pensar en aquellos requisitos sin los cuales el contrato no llega a nacer a la vida jurídica, es decir, el consentimiento, el objeto, la causa, tal como se enumeran en el artículo 1281 del Código Civil. Sin embargo, le parece evidente que la alusión legal a las *condiciones esenciales* del contrato era puramente literaria, y que realmente a lo que se estaba refiriendo es a los datos esenciales del contrato,

“f) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo...

g) La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito. Se mencionarán todas las hipótesis utilizadas para calcular dicho porcentaje”...

Obsérvese la gran diferencia respecto al artículo 6.2 de la derogada LCC-1995 según el cual “además de las condiciones esenciales del contrato, el documento contendrá necesariamente:

a) La indicación de la tasa anual equivalente definida en el artículo 18 y de las condiciones en las que ese porcentaje podrá, en su caso, modificarse.

Cuando no sea posible indicar dicha tasa, deberá hacerse constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse”... Ahora, con la LCCC debe informarse tanto del tipo de interés (“tipo deudor”) como de la TAE.

Las circunstancias que determinan el tipo de interés que establecen los prestamistas son diversas: las características del crédito, las circunstancias personales del prestatario e incluso el tipo de acreedor (entidad de crédito, establecimiento financiero de crédito, comercio,..). Por ejemplo, los créditos a largo plazo por lo

esto es, a los que habitualmente han de figurar en el documento, tales como los de identificación de las partes, tipo de operación, montante de la misma, plazo, tipo de interés nominal de otras cláusulas contractuales. Datos, pues, más que “esenciales”, precisos, para que efectivamente estemos en presencia de una figura contractual de las que la Ley denominaba crédito al consumo. Comparto esta opinión y creo perfectamente aplicable a la LCCC que ha copiado esa expresión de la LCC-1995 ya que no figura en la Directiva 2008/48/CE ni en la Directiva 87/102/CEE. Sin embargo, la vigente LCCC incluye como menciones necesarias todas las que ROCA GUILLAMÓN llamaba “precisas”.

general tienen un tipo de interés mayor y los contratos que incluyen garantías de crédito y seguros suelen tener tipos inferiores, dado que el riesgo de crédito que enfrentan el acreedor es menor.

Las circunstancias personales del prestatario o la existencia de otros acuerdos con los acreedores (cuentas, inversiones, etc.), son también elementos que puede afectar la tipo de interés⁴⁴³.

A) TIPO DEUDOR FIJO

De acuerdo con la letra f) del artículo 6, tipo deudor fijo es el “tipo deudor acordado por el prestamista y el consumidor en el contrato de crédito para la duración total del contrato de crédito o para períodos parciales, que se fija utilizando un porcentaje fijo específico. Si en el contrato de crédito no se establecen todos los tipos deudores fijos, el tipo deudor fijo se considerará establecido sólo para los períodos parciales para los que los tipos deudores se establezcan exclusivamente mediante un porcentaje fijo específico acordado al celebrarse el contrato de crédito”.

Aunque no sea transcripción literal de la letra k) del artículo 3 Directiva 2008/48/CE, las diferencias de redacción son intrascendentes. Ahora bien, ni una ni otra redacción son un ejemplo de claridad. Hubiera bastado con decir que es el tipo fijo que pactan prestamista y consumidor bien para toda la duración del contrato o para un período parcial del mismo. La segunda frase de la letra f) de este artículo, que sí es transcripción literal de la Directiva no es una definición propiamente dicha sino una norma, por otra parte, obvia. Tal como la entiendo yo, viene a decir, que si en el contrato de crédito no se establecen los tipos deudores fijos para todos los

⁴⁴³ SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements...*, pág. 100.

períodos, se aplicarán sólo los tipos efectivamente pactados para cada uno. Dicho de otra forma, que para aquellos períodos para los que no se haya pactado el tipo deudor fijo concreto no se aplicará por extensión el pactado para otros períodos.

A tenor del artículo 33 Orden EHA/2899/2011, la transparencia de los servicios bancarios de crédito al consumo celebrados por los clientes se rige por lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Asimismo, en lo no previsto por la citada Ley 16/2011, de 24 de junio, les resultará aplicable lo establecido en el título I y en el capítulo I del título III de esta orden (arts. 1 al 14 y art. 18).

Pues bien, de acuerdo con el artículo 4 Orden EHA/2899/2011, los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación. Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizados, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España, información que incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, la tasa anual equivalente (TAE) u otra expresión equivalente de la operación.

Este régimen de libertad de tipos aplicables tiene una limitación cuando se trate créditos que se concedan en forma de descubiertos tácitos en cuenta corriente: en ningún caso podrá aplicarse un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 20.4 LCCC).

Por otra parte, en los documentos contractuales de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara, además del tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste total efectivo en términos de intereses anuales,

“la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe”.

B) TIPO DEUDOR VARIABLE

Como ya hemos dicho los tipos de interés pueden ser fijos o variables. Las partes han podido fijar distintos tipos deudores “fijos” para distintos períodos dentro de la duración pactada en el contrato de crédito al consumo (por ejemplo, un tipo deudor distinto aplicable a cada año). De esta forma está perfectamente determinado el tipo aplicable a cada período.

Distinto es el tipo deudor variable que es el que depende de circunstancias futuras y, por tanto, puede experimentar oscilaciones. Como señala PEÑA LÓPEZ⁴⁴⁴, “los pactos de interés variable no sólo han proliferado, convirtiéndose en el más común de los pactos de intereses en muchos países (señaladamente España, el Reino Unido, Irlanda o Canadá)⁴⁴⁵; sino que han evolucionado adquiriendo una considerable complejidad”. “Como consecuencia de la reducción del riesgo que producen estos pactos para las entidades financieras, éstas han podido ofrecer sus productos crediticios a lo largo de las dos últimas décadas en unas condiciones económicas mucho más asequibles para sus clientes. La base social con posibilidades de

⁴⁴⁴ PEÑA LÓPEZ, F.: “Artículo 22” en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo..., pág. 832 y 833.

⁴⁴⁵ Es de destacar que en todos estos países, excepto en Canadá, se produjeron burbujas inmobiliarias durante los primeros años del siglo XXI (E.K. MORÁN, “Wall Street Meets Main Street: Understanding The Financial Crisis”, 13 N.C. Banking Inst. (2009), págs.. 19-20, citado por PEÑA LÓPEZ (*op. loc. cit.*)

acceder al crédito, por consiguiente, se ha ampliado, debido a su presencia".

Cuando el tipo deudor es variable, tal como establece el artículo 16.2.f LCCC, en el documento contractual, deberá hacerse referencia "si se dispone de ellos", a "los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor y, si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables".

a) Formas de determinación del tipo deudor variable

El caso que ahora nos ocupa es la determinación de un tipo deudor variable cuyo valor no es conocido a priori y que incluye para su cálculo algún elemento que varía en el tiempo. Ya hemos visto que las formas posibles de establecer un tipo deudor variable son las siguientes: Adición al tipo de referencia de un diferencial (que puede ser positivo, negativo o nulo); tipo deudor inicial más la variación que experimente un tipo de referencia (que puede ser positiva, negativa o nula); y un porcentaje del tipo de referencia que puede ser superior, inferior o igual al 100%.

Cuando el diferencial que se adiciona al tipo de referencia es nulo o negativo y cuando el porcentaje que se aplica al tipo de referencia es igual o inferior a cien, lo normal es que ese crédito quede fuera del ámbito de la LCCC ya que o es un contrato de crédito concedido por una entidad de crédito a un empleado y no se ofrece al público en general o sus tasas anuales equivalentes son inferiores a las del mercado, entendiéndose por tales las que sean inferiores al tipo de interés legal del dinero (art. 3.g).

En los supuestos de tipos de interés que varían en función de un tipo de referencia cabe que exista también un redondeo para

reducir los decimales del tipo de interés (por ejemplo a dos o tres). Este tema, ciertamente controvertido, fue objeto de debate jurídico y de distintas sentencias de Juzgados, la más importante, probablemente, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001 (y auto del mismo Juzgado, de 20 de diciembre de 2001). La Asociación Hipotecaria Española salió en su momento al paso de esta sentencia con un documento accesible a través de Internet, titulado “El redondeo en los préstamos hipotecarios (Práctica financiera y contexto legal)”, en el que se defiende la utilización del redondeo en las hipotecas a interés variable, y se llega a afirmar, nada menos, que el redondeo es una “exigencia derivada de la necesidad de transparencia en la determinación de las cuotas de amortización”, y que “una disposición que lo prohibiera, aparte de ir contra una práctica generalizada en todo el mundo, sería perjudicial para los derechos del consumidor en la medida en la medida en que le impediría calcular automáticamente el importe de las cuotas a pagar”⁴⁴⁶.

Como ya hemos señalado, la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece que “en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca⁴⁴⁷, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de

⁴⁴⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable”, RDBB núm. 88, octubre-diciembre 2002, pág. 216.

⁴⁴⁷ El artículo 3.a LCCC excluye del ámbito de su aplicación “los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria” a diferencia de la LCC-1995 que en su artículo 3.2 establecía una aplicación parcial de la Ley a este tipo de contratos (“las disposiciones de los artículos 6 a 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria”). Véase MARÍN LÓPEZ, J.J.: “El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, VV.AA. (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pág. 150 y ss.

dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto”.

Sin perjuicio de ello, en los supuestos que aun no habiendo garantía adicional alguna el deudor es un consumidor, la cláusula de redondeo “al alza” o “por exceso” debe considerarse abusiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 87.5 LGDCU (“estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”) y ello, como tiene declarado el Tribunal Supremo, porque “en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (sent. de la sección 1ª de la Sala de lo Civil de 4 de noviembre de 2010; en análogos términos la sent. de la sección 1ª de la Sala de lo Civil de 29 de diciembre de 2010).

Por su parte la Sent. de la sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 señala que el objeto de la cláusula de redondeo al alza “no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para éstas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más

próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo”.

b) Tipo deudor variable limitado (cláusulas suelo y techo)

Al estudiar la modificación del coste total del crédito para el consumidor hay que hacer mención obligatoria a la posibilidad de que habiéndose pactado un tipo deudor variable se haya incluido alguna cláusula limitativa de esa variabilidad. Esta limitación puede hacerse fijando un tipo mínimo de interés (tipo deudor), estaríamos así en las conocidas como *cláusulas suelo*, lógicamente la más perjudicial para todo deudor; o fijándose un tipo máximo (las llamadas *cláusulas techo*), o una combinación de ambas (que se conoce como *cláusula túnel* o por el término en inglés *collar*). Este tipo de cláusulas son perfectamente conocidas y utilizadas en determinadas operaciones financieras⁴⁴⁸ (p.e. en los swaps de tipos de interés).

Nos remitimos para su estudio a otra parte de esta obra, la referente al contenido económico de los préstamos y créditos con garantía hipotecaria por ser a éstos a los que se refieren la mayoría por no decir la totalidad de las resoluciones judiciales en materia de cláusula suelo y dado que aquellos están excluidos del ámbito de aplicación de la LCCC (aunque no lo estaban totalmente de la LCC-

⁴⁴⁸ De hecho la denominación de este tipo de cláusulas viene de la traducción de su denominación en lengua inglesa (*floor* que significa suelo). No ocurre lo mismo con las llamadas cláusulas techo cuyo término en inglés es *cap* que significa “gorra” y que hace una alusión a la cabeza; también significa “tope”. En España se utiliza el término “techo” probablemente por contraposición a “suelo” (aunque a la vista de los importes que alcanzan podríamos decir de forma irónica que por encontrarse más lejos del suelo que la cabeza).

1995). Allí nos referiremos a las distintas posiciones doctrinales y judiciales a este respecto y se analizará en profundidad la trascendente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013, Roj 1916/2013).

No obstante, aquí señalaremos que este tipo de cláusulas son también utilizadas en los contratos de crédito con consumidores y que los argumentos jurídicos de aquella sentencia son perfectamente aplicables a este tipo de contratos; hay que tener en cuenta que, en la práctica, el contenido de la operación crediticia es igual cualquiera que sea el destino del importe recibido y el tipo de garantía utilizado. Y, en fin, cuando se analiza si una cláusula es o no abusiva, la normativa al efecto (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y TRLCU) no discrimina si los contratos crediticios tienen o no garantía hipotecaria. Pero sorprende sobremanera que no se encuentre ninguna referencia a las mismas en la normativa de crédito al consumo y especialmente en la información normalizada europea (Directiva 2008/48/CE y LCCC).

c) La TAE en los tipos deudores variables

Como ya hemos señalado, la norma decimotercera de la vigente Circular B.E. 5/2012, tras señalar que en los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y/o de las comisiones o gastos incluidos en la tasa anual equivalente, que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato, determina que “en estos casos, la expresión TAE se sustituirá por la *TAEVariable*, y se deberá indicar expresamente que se ha utilizado la simplificación anterior” (*sic*).

En particular, en las operaciones a tipo de interés variable, la *TAEVariable* se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de

referencia inicial permanece constante, durante toda la vida de la operación, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato, y, si se pactara un tipo de interés fijo para cierto período inicial, este se tendrá en cuenta en el cálculo, pero únicamente durante dicho período inicial. En estos casos, la tasa anual equivalente solo tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión «esta TAEVariable se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto, esta TAEVariable variará con las revisiones del tipo de interés».

Cuando se trate de una operación a tipo de interés variable en la que se establezcan límites a su variación, dichos límites deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente.

9.- POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL TIPO DEUDOR

En los supuestos de interés variable y de acuerdo con el artículo 18 LCCC, “el prestamista informará al consumidor de toda modificación del tipo deudor antes de que el cambio entre en vigor. La información detallará el importe de los pagos tras la entrada en vigor del nuevo tipo deudor, y, si cambiara el número o la frecuencia de los pagos, los correspondientes detalles”. No obstante, “en el contrato de crédito las partes podrán acordar” que esta información “se proporcione al consumidor de forma periódica en los casos en que la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo de referencia, siempre y cuando el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España y la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista”.

Este precepto nos plantea la cuestión de si el prestamista puede modificar por sí dicho tipo deudor.

El tipo de interés (“tipo deudor”) es la parte fundamental del precio del crédito que concede el prestamista. Como en toda “compraventa” de un bien o prestación de un servicio el precio debe

ser *cierto*. Así lo establece el artículo 1.445 CC que señala que “por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una *cosa* determinada y el otro a pagar por ella un precio *cierto*, en dinero o signo que lo represente”. Como señala ATAZ⁴⁴⁹, el dinero es también una *cosa* pero con unas características jurídicas especiales: “genérica, esencialmente fungible, medida de valor, medio universal de cambio”.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 1.447 CC “para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada”. Y el artículo 1.448 CC establece 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”. En definitiva, que el precio es cierto cuando se remite a un “precio de mercado” o a un precio calculado a partir del “precio de mercado”.

Descartando la posibilidad de que la fijación del “precio”, esto es, del “tipo deudor” se remita a un tercero, la propia LCCC, en su artículo 22.1⁴⁵⁰, admite la posibilidad de que su modificación y, por ende, la del coste total del crédito sea prevista “en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito”⁴⁵¹, siempre que dicha modificación se ajuste a los establecido en el propio precepto, en concreto:

1.- Que la variación se ajuste, “al alza o a la baja, a la de un índice de referencia *objetivo*, sin perjuicio de lo establecido en el

⁴⁴⁹ ATAZ LÓPEZ, J.: “Artículo 1445” en Comentarios al Código Civil (Director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.188.

⁴⁵⁰ El artículo 22 LCCC no tiene parangón en la Directiva 2008/48/CE y tiene su antecedente en el art. 8 LCC 1995.

⁴⁵¹ Es redundante con lo exigido en el art. 16.1 en relación con su apartado 2.f).

artículo 85.3 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

Este precepto del TRLCU considera cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario “las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”.

No obstante, en los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor, así como el importe de 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 empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna”.

La LCCC permite, pues, que el tipo deudor pueda modificarse unilateralmente por el prestamista siempre y cuando la variación se ajuste a un índice de referencia *objetivo*, que no es lo mismo que un índice *legal*. Este último es aquel que ha sido definido por una norma mientras que un índice de referencia *objetivo* es aquél que viene determinado por un mercado y en el que el acreedor no puede influir directa ni indirectamente en él⁴⁵². Así puede deducirse del artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011 que, aunque aplicable a los créditos con garantía de hipoteca inmobiliaria, expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la LCCC por su artículo 3.a, contiene un principio

⁴⁵² Lo que en definitiva es una aplicación de lo establecido en el art. 1.256 CC según el cual los contratos no pueden quedar al arbitrio de la voluntad de una sola de las partes, lo que no deja de ser más que un principio general del Derecho contractual.

aplicable a todo tipo de interés variable, y que establece que únicamente podrá utilizarse como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: “a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdo o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades”⁴⁵³.

Por lo tanto, “los factores en función de los que el índice varíe tienen que ser ajenos a la influencia de la voluntad de las partes (señaladamente el prestamista), o a su comportamiento. En este sentido, se ha señalado que no sería respetuoso con este límite, por ejemplo, la fijación como aplicable del índice preferencial de la entidad prestamista, o de un sistema que redundase finalmente en la aplicación de este mismo índice o del preferencial de otra entidad del mismo grupo”⁴⁵⁴.

Debemos considerar que los índices legales existentes en nuestro Derecho y que veremos más adelante, son “objetivos”. Pero es perfectamente lícito que se acuerde que índice de referencia sea distinto de los índices legales, o de los tipos oficiales de referencia señalados. Así, se ha admitido que se pacte como índice la media del índice preferencial de tres (Res. DGRN de 23 de octubre de 1987 y de 16 de febrero de 1990) o de seis entidades (Res. DGRN de 13 de noviembre de 1990) distintas entre las que no se encuentre la prestamista.

Entiende de PEÑA LÓPEZ⁴⁵⁵ que la regla del art. 22.1 LCCC requiere, además, que el tipo de interés de referencia que se fije guarde relación con las variaciones del precio de mercado del crédito.

⁴⁵³ El segundo requisito es que “los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

⁴⁵⁴ PEÑA LÓPEZ, F.: “Artículo 22” en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo..., pág. 838.

⁴⁵⁵ PEÑA LÓPEZ, F.: “Artículo 22” en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo..., pág. 839.

En efecto, lo que permite la ley no es que se establezca cualquier tipo de referencia ajeno a la voluntad de las partes sino la fijación de un tipo de referencia que permita en cada momento ajustar el coste del crédito a las oscilaciones del mercado⁴⁵⁶. No sería posible, por consiguiente, emplear como índices de referencia determinados índices que fuesen objetivos pero que no tuviesen ninguna relación con el mercado del crédito o, al menos, con el nivel de precios del país.

Estas mismas condiciones de sujeción a un índice objetivo de referencia son exigibles respecto de cualesquiera otras modificaciones del coste del crédito que se pretendan introducir en el contrato. Por ello, son contrarias a lo dispuesto en artículo 22.1 LCCC y, por consiguiente, nulas de pleno derecho, todas aquellas variaciones en los recargos, comisiones, etc. que no se hayan previsto contractualmente o que, habiéndose previsto, dependan exclusivamente de la voluntad de la entidad de crédito o de circunstancias en la que influya de forma trascendente en su comportamiento o el de su grupo de empresas. Hay que destacar que el precepto que comentamos aunque esté pensando en la modificación del tipo deudor, habla, claramente, de modificación del coste total del crédito y, como ya hemos señalado, aquí además de los intereses se incluyen otros factores de coste.

2.- Que el acuerdo formalizado por las partes contenga, como mínimo, los siguientes extremos:

“a) Los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito inicialmente pactado y el procedimiento a que ésta deba ajustarse”.

“b) El diferencial que se aplicará, en su caso, al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste”.

⁴⁵⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Contratos de financiación” ..., pág. 3.924.

Este precepto parte del supuesto general en el que la determinación del tipo deudor viene establecida por la suma de un tipo de referencia y un diferencial. Pero, al decir “en su caso” está admitiendo otras posibilidades que caben no sólo teóricamente sino que también se encuentran en la práctica, como veremos más adelante. No obstante, está pensando en la variación del tipo deudor pero habla, una vez más, al igual que en el apartado 1 de este mismo artículo, de “modificación del coste total del crédito”.

“c) La identificación del índice utilizado o, en su defecto, una definición clara del mismo y del procedimiento para su cálculo. Los datos que sirvan de base al índice deberán ser agregados de acuerdo con un procedimiento objetivo”⁴⁵⁷.

En este mismo sentido se expresa el artículo 26.1.b) Orden EHA/2899/2011 al exigir las condiciones que deben reunir los tipos de referencia que pueden utilizar la entidades de crédito en los préstamos y créditos hipotecarios sometidos a la misma: además de que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades, “que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Y, en todo caso, el tipo de referencia debe identificarse, por ejemplo, por remisión a la norma que lo define y que establece su *nomen iuris*, y, en su defecto, definirse de forma clara.

⁴⁵⁷ Como también veremos más adelante, eso ocurre con los índices legales regulados en el Derecho español.

A) OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE TODA MODIFICACIÓN

Como señala el considerando 32 de la Directiva 2008/48/CE, “para garantizar una total transparencia debe facilitarse al consumidor información sobre el tipo deudor, tanto en la fase precontractual como en el momento de la celebración del contrato. A lo largo de la relación contractual, debe informarse al consumidor sobre cualquier cambio del tipo deudor variable y de las modificaciones que tal variación comporte sobre los pagos. Esto se entiende sin perjuicio de las disposiciones de la legislación nacional no relacionada con la información al consumidor que establece las condiciones o los efectos de las modificaciones, distintas de las modificaciones relativas a los pagos, los tipos deudores y otras condiciones económicas relativas al crédito, por ejemplo disposiciones que establezcan que el prestamista esté facultado para modificar el tipo deudor solo cuando exista un motivo válido, o que el consumidor pueda poner fin al contrato en caso de modificación del tipo deudor o de otra condición económica relacionada con el crédito”.

a) Momento y forma de la información

La primera frase del número 1 del artículo 18 LCCC establece que “el prestamista informará al consumidor de toda modificación del tipo deudor antes de que el cambio entre en vigor”. Por su parte, el número 1 del artículo 11 Directiva 2008/48/CE dice literalmente: “en su caso, el consumidor será informado de toda modificación del tipo deudor mediante documento en papel u otro soporte duradero antes de que el cambio entre en vigor”.

Observamos entre ambos preceptos las siguientes diferencias:

1ª.- Mientras que la Directiva pone el acento en el derecho del consumidor a ser informado, la LCCC lo pone en la obligación del prestamista en el sentido de la LCCC y, por tanto, de todo concedente

de crédito al consumo (art. 2.2 LCCC) de informar de “toda” modificación del tipo deudor.

Aunque todo derecho suele tener una correlativa obligación y en los negocios jurídicos bilaterales es obvio que el derecho de una parte implica la obligación de la otra, a este respecto nos parece más determinante la norma de la LCCC que la contenida en la Directiva: establece quien es el sujeto de la obligación de informar.

2ª.- La Directiva introduce un inciso: “en su caso”. Sin embargo, entiendo que es meramente gramatical y que debe interpretarse en el sentido de que el consumidor tiene derecho a ser informado en “todos los casos” en los que exista una modificación del tipo deudor. Creo que precisamente por eso nuestro legislador no ha incluido inciso alguno limitándose a establecer la obligación del “prestamista” de informar de “toda” modificación.

3ª.- La Directiva 2008/48/CE establece claramente la *forma* que debe adoptar esa información: “mediante documento en papel u otro soporte duradero”. Pero aunque nada dice literalmente el precepto de la LCCC analizado, sin embargo, de *facto*, no hay diferencia ya que de acuerdo con el artículo 7.1 LCCC “la información que con arreglo a esta Ley se ha de proporcionar al consumidor, ya sea con carácter previo al contrato, durante su vigencia o para su extinción, constará *en papel o en cualquier otro soporte duradero*. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor conservar la información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información, y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada”.

La normativa sectorial es aquí aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios al señalar que “la transparencia de los servicios bancarios de crédito al consumo celebrados por los clientes se rige por lo

previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Asimismo, en lo no previsto por la citada Ley 16/2011, de 24 de junio, les resultará aplicable lo establecido en el título I [disposiciones generales –arts. 1 al 14] y en el capítulo I del título III [préstamo responsable –art. 18-] de esta orden”. Dentro de esas disposiciones generales se encuentra el artículo 8 referente a las “comunicaciones al cliente” y el artículo 11 relativa a los “requisitos de forma e información resaltada”.

Este último precepto establece que “toda la información, documentación y comunicaciones dirigidas a los clientes de servicios bancarios previstas en esta orden se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible...”

Los artículos 8 y 11 Orden EHA/2899/2011 facultan al Banco de España para establecer modelos normalizados de liquidaciones y para exigir el empleo de un formato o tipo de letra o comunicación especialmente resaltada. Estos modelos se recogen, al igual que el desarrollo de otros muchos aspectos de la Orden, en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

En lo que no hay diferencia alguna entre la Directiva y la LCCC es en cuanto al *momento* en el que nace la obligación del prestamista y el correlativo derecho del consumidor a la información: “antes de que el cambio entre en vigor”. En ambas normas se utiliza la misma dicción literal. En ninguno de los preceptos se dice con cuanta antelación pero la respuesta la encontramos en el artículo 22.4 LCCC que aunque excluye su aplicación a las modificaciones del coste total del crédito contempladas en el artículo 18, exclusión que, en nuestra opinión, no debe entenderse de forma total a este artículo y que debería referirse al número 2 del art. 18 al igual que hace con el número 2 del art. 19, sí contiene un principio que, en todo caso, sería aplicable por analogía: “deberá efectuarse con la debida antelación”

para que pueda ejercer “los derechos que contractualmente” le correspondan⁴⁵⁸ y que necesariamente deberán constar en el contrato de acuerdo con el artículo 22.3.a) LCCC y en los casos en los que el concedente del crédito es una entidad de crédito será de aplicación el art. 8.2 de la Orden EHA/2899/2011 que establece que “cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario deberá comunicar al cliente, con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con las mismas”.

b) Contenido de la información

La segunda frase del número 1 del artículo 18 establece que “la información detallará el importe de los pagos tras la entrada en vigor del nuevo tipo deudor, y, si cambiara el número o la frecuencia de los pagos, los correspondientes detalles”. Por su parte, el artículo 11.1 Directiva 2008/48/CE continúa diciendo: “La información detallará el importe de los pagos tras la entrada en vigor del nuevo tipo deudor, y, si cambiara el número o la frecuencia de los pagos, los correspondientes detalles”. Vemos, pues, que la dicción es idéntica.

Aunque no lo diga literalmente parece obvio que habrá que informar del nuevo tipo deudor para luego hacerlo de la

⁴⁵⁸ Como señala ORDÁS ALONSO (*Los contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 193), “esta antelación deberá ser suficiente para que el consumidor pueda ejercer los derechos que contractualmente le correspondan en orden a la modificación del coste total del crédito, en particular si contractualmente se ha reconocido su derecho a desistir del contrato en caso de que discrepe del nuevo tipo, dicha antelación deberá ser suficiente para que pueda intentar obtener financiación alternativa durante un plazo razonable”.

consecuencia directa de esta modificación cual es el nuevo importe de los pagos a realizar.

El artículo 8.3 *in fine* Orden EHA/2899/2011 faculta al Banco de España para que puede establecer en qué supuestos de comunicación al cliente debe reflejarse el coste efectivo remanente que define en su norma decimotercera al decir que el *coste efectivo remanente* (CER) se calculará de acuerdo con la misma fórmula matemática que se utiliza para el TAE, si bien teniendo en cuenta exclusivamente el plazo pendiente hasta el vencimiento o amortización y los conceptos de coste que resten por pagar si la operación sigue su curso normal.

En las operaciones a tipo de interés variable, las modificaciones que experimenten los índices de referencia no se reflejarán en el coste efectivo remanente hasta tanto no afecten al tipo nominal de la operación. La indicación del coste efectivo, en estos casos, también se acompañará de la expresión «variará con las revisiones del tipo de interés».

En el anejo 4 referente a las “comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones y en relación con los “préstamos con cuotas periódicas” que es el caso más típico de las operaciones de crédito al consumo y en relación con la comunicación de amortización y liquidación de intereses o cargas financieras (cobro periódico de la cuota), se exigen, entre otras, algunas menciones que serían aplicables a nuestros efectos: saldo deudor sobre el que se aplique la liquidación, período a que corresponda la liquidación, con indicación de fecha inicial y final, el tipo de interés contractual aplicado (con detalle, tanto del valor del tipo de referencia como del diferencial aplicado), el importe de los intereses o cargas financieras que resulten y si durante el período de liquidación experimentara variación el tipo de interés, se consignarán por separado los períodos de liquidación de cada uno de los tipos aplicados y el importe de los intereses resultantes..., coste efectivo remanente (CER) y nuevo saldo pendiente.

B) MODIFICACIÓN PRODUCIDA POR LA VARIACIÓN DEL TIPO DE REFERENCIA

El número 2 de este artículo establece una excepción a lo hasta ahora dicho: “No obstante, en el contrato de crédito las partes podrán acordar que la información indicada en el apartado 1 se proporcione al consumidor de forma periódica en los casos en que la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo de referencia, siempre y cuando el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España y la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista”.

Este precepto es reproducción literal del número 2 del artículo 11 Directiva 2008/48/CE sustituyendo la expresión “cuando el nuevo tipo de referencia se haga público por los medios adecuados” por la siguiente: “cuando el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España”.

Con este precepto se establece la posibilidad de que prestamista y consumidor pacten que la información se le remita a éste de forma periódica en aquellos supuestos de variación del tipo deudor con arreglo a un tipo de referencia. En definitiva, se considera que haciéndose público suficientemente el tipo de referencia que es el que hace que el tipo deudor sea variable, el consumidor está suficientemente informado porque a partir del tipo de referencia se llega fácilmente al tipo deudor aplicable.

Tres son los requisitos que de forma acumulativa exige este precepto para que las partes puedan acordar en el contrato de crédito que la información indicada en el apartado 1 pueda proporcionarse al consumidor de forma periódica: que la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo de referencia; que el nuevo tipo de referencia se haga público por

“medios adecuados” (en terminología de la Directiva), esto es, que esté publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España; y que la información esté disponible en los locales del prestamista.

El primer requisito se consigue fácilmente cuando el tipo de referencia se publica por alguna autoridad, en nuestro país, por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España. Y esa publicación debe hacerse “oficialmente”, lo que sólo se nos ocurre que sea a través del Boletín Oficial del Estado. Por eso no pueden confundirse con los tipos “no oficiales” que publica el Banco de España en su Boletín Estadístico.

No hay ningún tipo de referencia específicamente aplicable a las operaciones de consumo que sea objeto de publicación oficial por eso en los contratos de crédito con consumidores se utilizan alguno de los tipos oficiales aplicables a los préstamos con garantía hipotecaria. Como ya hemos dicho en otro lugar los elementos esenciales del contrato de préstamo o de apertura de crédito son sustancialmente idénticos cualquiera que sea el destino de los fondos y que tengan o no garantía hipotecaria. De hecho, en la contratación bancaria con consumidores se utilizan estos tipos de referencia por ser de fácil comprobación.

a) Tipos de referencia oficiales

Aunque haremos un estudio más pormenorizados de ellos al estudiar los préstamos y créditos con garantía hipotecaria, a tenor del art. 27 Orden EHA/2899/2011 “se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.

c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

d) Referencia interbancaria a un año (euribor).

e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro”.

Estos tipos se publicarán mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y estarán también disponibles en la página electrónica del Banco de España. Su forma de cálculo está determinada por la Circ. BE 5/2012.

De estos tipos de referencia, en la práctica bancaria de los créditos a consumidores sólo se utilizan dos: el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España⁴⁵⁹ (conocido como IRPH) y la referencia interbancaria a un año (Euribor).

El anejo 8 de la Circ. B.E. 5/2012 define “el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”

⁴⁵⁹ Hasta la Orden EHA/2899/2011 se denominaba “tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades” para distinguirlo de otros dos tipos de referencia de igual nombre pero de bancos y de cajas de ahorro. Ahora estos dos últimos han desaparecido.

como “la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y las cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice”.

Estos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros⁴⁶⁰.

Por otro lado, la “referencia interbancaria a un año (euríbor)” se define como “la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (euríbor)”.

10.- REEMBOLSO ANTICIPADO

Como ya hemos señalado, en el cumplimiento de las obligaciones a plazo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts 1.125 y sobre todo 1.127 del CC, el plazo se presume en beneficio de ambas partes y no en beneficio sólo del deudor porque, en este caso, se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola parte, en contra de lo prescrito en el art 1.256 CC. Y a tenor del art. 1.169 CC, "a menos que el contrato expresamente lo autorice, no

⁴⁶⁰ Como ya hemos visto anteriormente, de acuerdo con la norma decimosexta de la Circ. BE 5/2012, “las entidades deberán presentar trimestralmente al Banco de España, dentro de los veinte primeros días de cada trimestre (o en el primer día hábil posterior a dicho plazo, si el último día del mismo fuese inhábil), las informaciones que se precisan en el anejo 1 sobre las operaciones más frecuentes realizadas en el trimestre anterior que, para los diferentes perfiles de productos y clientes, se reflejan en el mismo anejo”.

podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación". De aquí se deduce que, con carácter general, no hay un derecho del deudor y una correlativa obligación del acreedor al reembolso anticipado.

Ahora bien, en el ámbito del crédito al consumo, primero la LCC-1995 (art. 10) y después la vigente LCCC (art. 30), sí se reconoce con carácter genérico y en cualquier momento durante la vigencia del contrato, el derecho del consumidor a amortizar anticipadamente, de forma total o parcial, el crédito concedido. Por tanto, no sólo cancelación sino también amortización parcial. Nótese que esto significaba en la LCC-1995 un avance respecto al texto de la Directiva 87/102 CEE que en su art. 8 establecía que el consumidor podría rescindir (*sic*) el contrato antes de su término y rescatar el crédito mediante una reducción equitativa de su coste, permitiendo de esta forma al consumidor, como señalaba AMOROS DORDA⁴⁶¹ "liberarse de sus obligaciones al acceder a una mejor situación económica, evitando la injusticia de limitaciones en tal sentido". El art. 16 de la vigente Directiva 2008/48/CE ya reconoce el derecho al reembolso anticipado no sólo total sino también parcial y del mismo modo el art. 30 LCCC.

Ya decía ROMÁN GARCÍA⁴⁶² que "en este extremo la ley [LCC-1995] se aparta radicalmente del régimen general previsto para el cumplimiento de las obligaciones a plazo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts 1.125 y sobre todo 1.127 del Código Civil. El plazo, como se puede comprobar no se presume en beneficio de ambos; sino en beneficio exclusivo del consumidor, dejándose así el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola parte, en contra

⁴⁶¹ AMOROS DORDA, F.J: "Directiva 87/102 C.E.E. Protección al consumidor y crédito al consumo". Cuadernos de Derecho y Comercio número 1, 1987, pág. 80.

⁴⁶² ROMÁN GARCÍA, A: *Notas Particulares de los Contratos de Crédito al Consumo*. Jornada sobre la Ley de Crédito al Consumo. Lex Nova. Conferencia pronunciada en Madrid el 31 de marzo de 1995.

también de lo prescrito en el art 1.256". Y en esta misma línea se manifiesta la doctrina moderna⁴⁶³.

Con la concesión del derecho a reembolsar anticipadamente el crédito, no sólo se permite amortizar el crédito al consumidor si dispone de los fondos suficientes, sino que también se intensifica la competencia entre prestamistas, particularmente tratándose de entidades crediticias, permitiendo a los consumidores obtener, en cada momento, las mejores condiciones del mercado dirigiéndose un competidor y liquidando el crédito concedido en peores condiciones⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Así M.J. MARÍN LÓPEZ ("Los derechos del consumidor en la fase de ejecución según la Ley 16/2001, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (1)", pág. 9, establece que esta norma quiebra el principio del art. 1.127 CC, en virtud del cual en las obligaciones sometidas a plazo se entiende fijado en interés de ambas partes, siempre que no se haya pactado otra cosa o de las circunstancias resulte haberse puesto a favor de una u otra parte. Realmente el legislador español lo que está haciendo es regular en una norma especial un régimen del mismo carácter, que se aplicará con primacía cuando se den las circunstancias necesarias para ubicar el contrato en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo. Este mismo autor señala en otro lugar ("El consumidor que reembolsa anticipadamente su crédito ¿debe abonar al prestamista alguna comisión o contraprestación? Regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo", www.ulcm.es/centro/cesco/, febrero de 2011, pág. 1, analizando el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, que el art. 1.127 CC supone que en las obligaciones sometidas a plazo el deudor no puede realizar una prestación antes de tiempo sin el consentimiento del acreedor; pero que "en materia de crédito al consumo, sin embargo, el legislador entiende que la especial naturaleza del beneficiario —el consumidor— la importancia relevante que detenta respecto de su situación económica y personal el crédito (...)” es aconsejable "reconocerle el derecho a satisfacer anticipadamente la deuda contraída".

⁴⁶⁴ ORDÁS ALONSO, M.: *Los contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio...*, pág. 264.

De acuerdo con el art. 30.1 LCCC “el consumidor podrá liquidar⁴⁶⁵ anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento, las obligaciones derivadas del contrato de crédito”.

Como señala RAMOS HERRANZ⁴⁶⁶, “se pone fin al contrato de modo unilateral por cumplimiento anticipado de las obligaciones por parte del consumidor siempre que el reembolso sea total. Tal situación trastoca la posición de los prestamistas, entre los que están de modo destacable las entidades de crédito, que calculan sus operaciones de acuerdo con el plazo pactado de devolución del crédito; en consecuencia, en principio chocaría una disciplina de este tipo que prima de forma clara la posición del consumidor del crédito. La justificación de estas normas radica en la posición débil en la que se encuentra el consumidor y la especial protección” que requiere según ha puesto de manifiesto la doctrina⁴⁶⁷.

“El señalado trastoque de la situación de los prestamistas, imponiendo elevados niveles de protección del consumidor, puede llevar a que se repercuta en el coste total del crédito al consumo o

⁴⁶⁵ Término a mi juicio no muy afortunado aunque está copiado literalmente de la Directiva 2008/48/CE en su versión española. La versión inglesa usa la expresión *to discharge* y la francesa *s'acquitter*, que pueden traducirse por “pagar”.

⁴⁶⁶ RAMOS HERRANZ, I: “El reembolso anticipado en la Directiva 2008/48/CE y en la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo”, *Derecho de los Negocios*, núm. 261-262, Junio-Julio 2012 (formato electrónico), pág. 6.

⁴⁶⁷ En este sentido ANDREU MARTÍ, M.^a del M. (“El reembolso anticipado del crédito”, *Revista Jurídica Región de Murcia*, 1997 -23-, págs. 86 y 87) recoge también que una parte de la doctrina estima que el sentido de estas normas protectoras es otro, debido a que la intención del consumidor ante el reembolso anticipado es cambiar de prestamista, obteniendo en cada momento las mejores condiciones del mercado; la autora matiza que en su opinión, si bien es cierto que las normas pueden afectar positivamente a la competencia entre las distintas entidades financiadoras y en algún caso el consumidor se puede beneficiar en el sentido señalado, con carácter general el consumidor medio en los créditos al consumo no analiza el mercado buscando la mejor oferta y por ello las resoluciones anticipadas no se realizan por un cambio de entidad a otra sino por el ahorro o mejora del nivel económico del sujeto obligado.

incluso a que se disminuya aún más el reducido número de créditos concedidos. Por ello quizás dichos niveles de protección en global no sean medidas adecuadas”.

Al reconocerse como derecho al reembolso anticipado en cualquier momento serían nulos cualesquiera pactos que limitasen ese derecho como, por ejemplo, los pactos que impusieran fechas para reembolsar con antelación. La existencia de este tipo de pactos y su puesta en marcha podría constituir una vía para soslayar el derecho de reembolso anticipado.

También podemos calificarlo como un derecho abstracto⁴⁶⁸, como lo era en la LCC-1995 (art. 10), ya que el consumidor no ha de alegar causa alguna, plasmando así el art. 16 de la Directiva. Además no va acompañado de penalización porque si así fuera carecería de efectividad. Aunque, como veremos, el prestamista puede solicitar compensaciones generales y excepcionales, la penalización impediría en muchas ocasiones que los consumidores ejercitasen el derecho de reembolso, ya que no les interesaría el pago anticipado.

Como señala VITERI⁴⁶⁹, en ese caso “no habría pago anticipado *stricto sensu*, sino pago tempestivo, pues ha tenido lugar después de manifestar el deudor su deseo de hacer uso de la facultad de anticipar el momento del vencimiento”.

Como se observa el derecho del consumidor no sólo es a la cancelación total del crédito sino también a su amortización parcial. Nada dice este precepto sobre si los reembolsos parciales deben tener una cuantía mínima. Por eso ORDÁS ALONSO⁴⁷⁰ entiende que

⁴⁶⁸ RAMOS HERRANZ, I: “El reembolso anticipado en la Directiva 2008/48/CE y en la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo”..., pág. 6.

⁴⁶⁹ VITERI ZUBÍA, I.: *El pago anticipado de las obligaciones a plazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 336.

⁴⁷⁰ ORDÁS ALONSO, M.: *Los contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio...*, pág. 265.

"no podrá exigirse que el reembolso parcial anticipado alcance un importe mínimo pues, de lo contrario, si admitiéramos la validez de estipulaciones en las cuales la cantidad entregada deba ser superior a una cifra importante, en la práctica, la previsión contenida en la ley de contratos de crédito al consumo sería inoperante para las amortizaciones parciales". Este tipo de pactos podrían ser también considerados como una renuncia del consumidor al ejercicio de su derecho al reembolso anticipado y, por tanto, considerarse nulos.

Por el contrario, entiendo yo, que llevado este argumento hasta el extremo se permitiría realizar amortizaciones de cantidades insignificantes (p.e. un euro), infligiendo a la entidad con unos costes que no están en correlación con el beneficio vía ahorro de intereses que experimentaría el consumidor. Y de hecho, en la práctica, las entidades de crédito, al menos en determinadas operaciones crediticias, establecen unos mínimos razonables (p.e. 300 euros) cuyo objeto es evitar costes administrativos por amortizaciones parciales insignificantes. La propia autora antes señalada reconoce que "la anterior afirmación debe entenderse hecha sin perjuicio de un posible ejercicio abusivo del derecho, o de una situación contraria a la buena fe por parte del consumidor en aquellos supuestos en que pretenda efectuar amortizaciones parciales por cuantías que podríamos considerar que ínfima importancia, que supondrían una disminución de la deuda pero traería consigo la realización de las correspondientes operaciones contables por el prestamista".

Continúan el art. 30.1 LCCC diciendo que "en tal caso, tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados⁴⁷¹, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir".

⁴⁷¹ El precepto coincide literalmente con la redacción del art. 16.1 Directiva 2008/48/CE salvo el inciso "incluso si éstos hubieran sido ya pagados" que ha sido incluido por el legislador español.

Esto último es coherente con lo establecido en el artículo 6.e) LCCC que dice que el tipo deudor es "el tipo de interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito *utilizado*".

Hay que destacar que el art. 10 LCC-1995 ya establecía que "en ningún caso podrá exigírsele [al consumidor a crédito] intereses no devengados por el préstamo. Esto cerraba el paso a las cláusulas que, en caso de cancelación, exigían todas las cuotas comprensivas de capital e intereses no vencidas. Este tipo de cláusulas, que eran bastante habituales en algún préstamo de financiación, se habían considerado como cláusula penal⁴⁷² y de dudosa licitud. A este respecto la Sent. A.P. de Granada de 20 de diciembre de 1991 (A.C. Audiencias nº 5, mayo 1992, @167) la consideró abusiva en tanto que establecía "que, en el caso de vencimiento anticipado, la entidad financiadora haría suyos la totalidad de los intereses, aun los correspondientes al tiempo posterior al pago del capital; cláusula que es igualmente contraria a la moral, toda vez que otorga a la entidad financiera un beneficio injustificado y la convierte en verdadera interesada en que su contraparte deje de cumplir el contrato, cuanto antes mejor, ya que de esta suerte recobra el capital y se lucra y enriquece con unos réditos que no han sido devengados".

Ya señalaba VILLALBA⁴⁷³ que "cuando se ha pactado el pago de intereses a cambio del disfrute del capital, tiempo e intereses se entienden compensatorios, de modo que se rompería el equilibrio de las contraprestaciones cuando no se retribuya con intereses el disfrute del dinero durante un tiempo o cuando a pesar de no disfrutarse del dinero en un tiempo se exigen unos intereses".

⁴⁷² De acuerdo con los arts. 1.152 y ss. Cc la misma sería susceptible de moderación por el Juez.

⁴⁷³ VILLALBA LAVA, M: "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil". Rev. Actualidad Civil nº 46/1992.

Concluía este autor diciendo "que cobrar intereses por un tiempo del que el deudor no ha disfrutado del dinero es abusivo por contravenir el art. 10 la Ley de Consumidores⁴⁷⁴ ya que rompe el equilibrio de las contraprestaciones".

Hoy el artículo 16.2.r) LCCC establece la obligatoriedad de dejar constancia clara y explícita del "derecho de reembolso anticipado, el procedimiento aplicable, así como en su caso información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación. Para el caso de reembolso anticipado y en caso de que el contrato de crédito tenga vinculado uno de seguro, el derecho del prestatario a la devolución de la prima no consumida en los términos que establezca la póliza".

Y de acuerdo con el artículo 30.2 LCCC, "en caso de reembolso anticipado del crédito, el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo".

Como se observa la compensación se establece sólo para los contratos en los que se haya establecido un tipo deudor fijo, aunque hay que entender que también es aplicable a aquellos supuestos en los que aun habiéndose pactado un tipo de interés variable, el reembolso tiene lugar en un período en que el tipo de interés permanece fijo. Por tanto, se exonera al consumidor del pago de la compensación por reembolso anticipado en los contratos de crédito concertados a un tipo deudor variable si el reembolso coincide con el momento en que el tipo deudor está sujeto a revisión. "La razón de esta restricción se debe a que el riesgo de padecer perjuicios en los créditos a interés variable se ha considerado de forma habitual como irrelevante. Se dice, en este sentido, en los préstamos a interés variable se financian con recursos a corto plazo, de tal forma que el

⁴⁷⁴ Se refería a la LCC-1995.

perjuicio derivado de una eventual refinanciación es prácticamente inexistente⁴⁷⁵.

Dicha compensación, continúa el art. 30.2, no podrá ser superior al 1 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente si el período restante entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año. Si el período no supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente⁴⁷⁶.

El prestamista tiene derecho a dicha compensación con independencia del importe reembolsado dado que el legislador español no ha hecho uso de la libertad concedida por el art. 16.4 Directiva 2008/48/CE que permitía que esta compensación pudiera ser reclamada por el prestamista sólo en el caso de que el importe reembolsado en un período de doce meses superase el umbral definido por el Derecho nacional, que no podría ser superior a 10.000 euros.

Ahora bien, esta compensación tiene un mínimo y un máximo que se fijan en los apartados 4 y 5 del art. 30 LCCC. Un límite mínimo ya que si el prestamista demuestra la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada. Correlativamente, si la compensación

⁴⁷⁵ PEÑA LÓPEZ, F.: "Artículo 30" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 1.097.

⁴⁷⁶ Establecía la LCC-1995 que no habría lugar a compensación alguna por parte del prestatario salvo que se hubiera pactado expresamente, lo cual era obvio. En este último caso, la compensación no podría exceder del 3% del capital reembolsado anticipadamente en los casos en los que no se contemple en el contrato la modificación del coste del crédito (operaciones a interés fijo), límite que se reduciría al 1,5% en los contratos en los que sí se contemple este supuesto (operaciones pactadas a tipo de interés variable).

reclamada por el prestamista supera las pérdidas sufridas realmente, el consumidor podrá exigir la reducción correspondiente.

Para el cálculo de las pérdidas se aplica a la cantidad anticipada la diferencia entre el tipo de interés acordado inicialmente y el tipo de interés al que el prestamista pueda prestar el importe del reembolso anticipado en el mercado en el momento de dicho reembolso, teniendo asimismo en cuenta el impacto del reembolso anticipado en los gastos administrativos. A estos efectos, se considerará como tipo de mercado el Euribor al plazo más cercano a la fecha de vencimiento del préstamo.

Pero también hay un máximo: ninguna compensación excederá del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.

Con esta norma se pretende evitar que el consumidor, como consecuencia del reembolso anticipado, termine pagando más que lo hubiese abonado esperando a que el crédito se amortizase de conformidad con lo pactado⁴⁷⁷. Permitir una compensación mayor que la marcada por el precepto eliminaría en la práctica cualquier interés por ejercitar el derecho de reembolso anticipado por parte de un consumidor que en nada mejoraría su posición como consecuencia del mismo⁴⁷⁸.

Y, además hay unos supuestos en los que no podrá reclamarse compensación alguna por reembolso anticipado:

a) Si el reembolso se ha efectuado en cumplimiento de un contrato de seguro destinado a garantizar el reembolso del crédito.

⁴⁷⁷ PEÑA LÓPEZ, F.: "Artículo 30" en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo..., pág. 1.103.

⁴⁷⁸ VITERI ZUBÍA, I.: El pago anticipado de las obligaciones a plazo..., pág. 343.

b) En caso de posibilidad de descubierto.

c) Si el reembolso anticipado se produce dentro de un período para el que no se haya fijado el tipo de interés deudor.

Y ello porque en estos supuestos el prestamista más que un perjuicio obtiene un beneficio como consecuencia de la amortización anticipada. Así, el primer caso, a través del seguro se evita soportar el eventual impago del consumidor. Lo mismo sucede en el segundo supuesto en el cual el prestamista se evita la posibilidad de descubierto pactado en el contrato. Y, en el tercer supuesto, el reembolso anticipado se refiere a un crédito que no está produciendo intereses y, por lo tanto, supondrá la recuperación de un capital que se podrá volver a invertir productivamente en el mercado.

Por último cabe que no se pacte compensación alguna ya que el carácter imperativo de las normas de la LCCC y la prohibición de la renuncia de los derechos contenidos en la misma (art. 5) juegan exclusivamente en favor del consumidor, nunca respecto al empresario. Pero esto no implica que, en todo caso, deba establecerse en el contrato, la existencia o no de esta compensación y, en su caso, “la manera en que se determinará” (art. 16.2 LCCC).

11.- CRÉDITOS EN FORMA DE DESCUBIERTO Y EXCESOS DE CRÉDITO

Unas de las formas especiales de crédito a consumidores y que reciben un tratamiento normativo especial en la LCCC son los créditos en forma de descubierto y los excedidos de crédito.

La LCCC, a diferencia de la LCC-1995 que los excluía de su regulación salvo la aplicación del art. 19⁴⁷⁹ para los descubiertos en cuenta corriente (fijaba un límite a su tipo de interés), distingue, siguiendo la Directiva 2008/48/CE, entre descubiertos excluidos de su ámbito de aplicación, descubiertos susceptibles de aplicación parcial de la norma y descubiertos a los que le es aplicable la Ley en su totalidad.

Están excluidos de la aplicación de la Ley los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo máximo de un mes (art. 3.e LCCC). La Ley se aplica parcialmente a los descubiertos explícitos reembolsables mediante petición o en el plazo máximo de tres meses, a los descubiertos tácitos y a los excedidos tácitos (art. 4.2 y 4.3 LCCC⁴⁸⁰). Por último, le es de aplicación la Ley en su totalidad a los

⁴⁷⁹ Este precepto distinguía, en función del origen del crédito, dos supuestos a los que les resultaba de aplicación su contenido. El primero, el crédito que era fruto de un contrato previo entre una entidad de crédito y un consumidor excluyendo expresamente en las cuentas de tarjetas de crédito. Tal exclusión se debía a que pretendía “regularse un contrato ordinario de cuenta corriente al que, para ofrecer un servicio mayor al cliente, se le añade la posible concesión de créditos, normalmente, de pequeña cuantía”. En ese tipo de créditos la entidad debía “prestar determinada información al consumidor tanto al formalizar el contrato, como durante su ejecución”. En concreto, al suscribirlo debía “hacerse constar por escrito el límite máximo del crédito si lo hubiera, el tipo de interés anual, los gastos aplicables, las condiciones de modificación y el procedimiento para la resolución del contrato”. Además, el consumidor debía “ser informado por escrito durante toda la vida del contrato de cualquier cambio en el tipo de interés o en los gastos en el momento en que se produzcan”. El segundo supuesto se refería a “descubiertos afectados por la entidad de crédito tácitamente, es decir, sin acuerdo previo. En este caso, el consumidor no posee información alguna e incluso puede que no sea consciente siquiera del descubierto sufrido en su cuenta. Por ello, se exige que sea informado individualmente del tipo de interés efectivo anual aplicado, de los posibles gastos, así como, de las eventuales modificaciones” (ANDREU MARTÍ, M^a del Mar: “Lección 20^a. Crédito al consumo” en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores* (Coord. Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M.). McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 455.

⁴⁸⁰ Les son de aplicación los arts. 1 a 7, 20 y 34 a 36.

descubiertos explícitos cuyo plazo de reembolso exceda de tres meses.

A) CRÉDITOS EN FORMA DE POSIBILIDAD DE DESCUBIERTO

De acuerdo con el art. 4.1 LCCC “se entiende que hay posibilidad de descubierto en aquel contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor”. Estamos, por tanto, ante un *descubierto expreso*, esto es, un descubierto que está amparado por un pacto contractual que se incluye en el contrato de cuenta corriente bancaria⁴⁸¹ por el que la entidad de crédito se compromete a asumir descubiertos hasta determinada cuantía o bien por un acuerdo independiente con anterioridad a que el cliente procede a realizar la disposición que genera el descubierto.

Ni una ni otra cosa son habituales en la práctica bancaria. En el primer caso porque suele ser cláusula general en tales contratos la que establece que la entidad no está obligada a atender los descubiertos por lo que estaríamos, en su caso, ante un descubierto tácito. Y en el segundo, porque ante tales circunstancias, la reacción

⁴⁸¹ Ya hemos señalado como GARRIGUES (*Contratos bancarios...*, pág. 122 y 124) definía el contrato de cuenta corriente bancaria como contrato de gestión de intereses ajenos, en virtud del cual el banco se convierte en agente de pagos y de cobros de su cliente y en administrador de su dinero, realizando por su cuenta todas las operaciones inherentes al servicio de caja, en el sentido más amplio de esta expresión. El dato relevante de esta figura contractual autónoma "es la gestión que hace el banco en interés del cliente ofreciendo el servicio de caja, con la puesta en funcionamiento de un especial soporte contable que va a registrar las operaciones que normalmente se suceden de forma constante" (SÁNCHEZ CALERO, F.: "Cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas" en *RDBB*, 1992, pág. 548.

habitual de cualquier entidad es la de proponer la formalización de un contrato de apertura de crédito.

Como señala ÁLVAREZ OLALLA⁴⁸², la regulación de los descubiertos expresos en nuestra Ley es criticable por su excesivo casuismo. Por un lado, se contemplan los casos de descubiertos expresos que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes, que se excluyen de la aplicación de la ley pero a los que, aun así, les resulta de aplicación una serie de preceptos (apartado 7 del artículo 12 y en el artículo 19). Por otro lado, se contemplan los descubiertos expresos que deban reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses como supuestos de aplicación parcial de la Ley (arts. 1 a 7, el apartado 1 y las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 9, los artículos 12 a 15, los apartados 1 y 4 del artículo 16 y los artículos 17, 19, 29 y 31 a 36). Por último, y respecto a los descubiertos expresos que deban reembolsarse en un plazo superior a tres meses, que no son expresamente mencionados en la ley, le será de aplicación la norma en su totalidad siguiendo una interpretación *a contrario*.

a) Descubiertos expresos que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes

Como ya hemos señalado, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCCC pero, sin embargo, les resulta de aplicación el apartado 7 del artículo 12 y el artículo 19.

A tenor del primer precepto, dentro de la información precontractual que debe facilitarse de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes de que éste asuma cualquier obligación en virtud de este contrato de crédito en forma de descubierto se incluirá, al menos, la siguiente:

⁴⁸² ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 4" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014

- El importe total del crédito.

- El tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables desde la suscripción del contrato de crédito y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse.

- Cuando así se contemple, una indicación de que podrá exigirse al consumidor el reembolso de la totalidad del importe del crédito en cualquier momento.

Por otra parte, en la fase de ejecución del contrato, a tenor del art. 19 LCCC, el prestamista deberá informar al consumidor, con una periodicidad al menos trimestral, mediante un extracto de cuenta en papel o cualquier otro soporte duradero, de lo siguiente:

a) El período preciso al que se refiere el extracto de cuenta.

b) Los importes de los que se ha dispuesto y la fecha de disposición.

c) La fecha y el saldo del extracto anterior.

d) El nuevo saldo.

e) La fecha y el importe de los pagos efectuados por el consumidor.

f) El tipo deudor aplicado.

g) Los recargos que se hayan aplicado.

h) En su caso, el importe mínimo que deba pagarse.

Además, el consumidor será informado de los incrementos del tipo deudor o de los recargos que deba pagar antes de que las modificaciones en cuestión entren en vigor, si bien, las partes pueden acordar en el contrato de crédito que la información sobre las modificaciones del tipo deudor se proporcione en soporte duradero y con una periodicidad al menos trimestral en los casos en que la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo

de referencia, siempre y cuando el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España, y la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista.

b) Descubiertos expresos que deban reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses

A este tipo de descubiertos expresos la LCCC se les aplica parcialmente la LCCC (concretamente los arts. 1 a 7, el apartado 1 y las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 9, los artículos 12 a 15, los apartados 1 y 4 del artículo 16 y los artículos 17, 19, 29 y 31 a 36).

Salvo los arts. 17 y 19 que son específicos para los descubiertos, el resto de los preceptos son de aplicación general a todos los créditos al consumo. Al segundo de los preceptos acabamos de hacer referencia más arriba por lo que nos centraremos en el primero.

De acuerdo con el art. 17 LCCC, que regula la información contractual, estos contratos de crédito se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado.

Siguiendo a ÁLVAREZ OLALLA⁴⁸³, estamos ante “uno de esos casos en los que la confirmación documental a que se refiere el art. 63 TRLCU se ha de llevar a cabo, necesariamente, mediante forma escrita, en papel u otro soporte duradero”. Esto incluiría, por ejemplo, un documento electrónico⁴⁸⁴ pero no una grabación de voz.

⁴⁸³ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Artículo 17” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 691.

⁴⁸⁴ Esta autora se remite al art. 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico asimila el documento en

Por otro lado, deben especificarse, de forma clara y concisa, los siguientes datos:

a) El tipo de crédito. Esto es, la denominación contractual que en nuestro caso es la de crédito concedido en forma de descubierto.

b) La identidad y el domicilio social de las partes contratantes, así como, si procede, la identidad y el domicilio social del intermediario de crédito. Este dato, igualmente obligatorio en el resto de los contratos de crédito, en el caso que nos ocupa adquiere gran relevancia en los casos en los que los contratos de cuenta corriente con dos o más titulares indistintos. A diferencia de lo que ocurre con los descubiertos tácitos que han podido ser realizados por uno de los titulares sin el consentimiento, incluso sin el conocimiento, de los otros, en los descubiertos expresos la entidad de crédito quiere tener la garantía del patrimonio de todos los titulares.

c) La duración del contrato de crédito. Este es un elemento esencial cualquiera que sea la forma del crédito.

d) El importe total del crédito y las condiciones de disposición del mismo. Por tanto, el límite máximo de ese descubierto. En cuanto a las condiciones de disposición figurarán en el propio contrato de cuenta corriente si bien sí que podrán establecerse limitaciones en estos medios para los casos de descubierto.

e) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor y, si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables.

papel con el documento electrónico a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita, cuando éste sea exigido por una determinada Ley.

f) El coste total del crédito para el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito y de conformidad con la letra a) del artículo 6. Por tanto, el coste total entendido como cifra global que incluya los intereses, comisiones, impuestos y demás gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato y de los que sea conocedora la entidad de crédito. Hay que entender que, además, debe proporcionarse el consiguiente desglose de todos y cada uno de los componentes del coste.

g) La indicación de que al consumidor podrá exigírsele que reembolse la totalidad del importe del crédito en cualquier momento. Esto, obviamente, debe incluirse en los supuestos que así se pacte.

h) El procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de desistimiento del contrato de crédito. La verdad es que extraña sobremanera este requisito ya que entiendo que no es aplicable este derecho regulado en el art. 28 LCCC precepto que no es de aplicación a estos descubiertos. Por el contrario, entiendo que sí sería aplicable para los descubiertos expresos que deban reembolsarse en un plazo superior a tres meses, a los que le es de aplicación la LCCC en su totalidad.

i) Información sobre los gastos aplicables desde el momento de la celebración de dichos contratos de crédito y, en su caso, las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse.

B) DESCUBIERTO TÁCITO

Se entiende por “*descubierto tácito* aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida” (art. 4.2 LCCC). En este caso, no existe acuerdo expreso pero aun así la entidad de crédito permite al consumidor disponer de cantidades que disponga de cantidades que exceden a sus fondos disponibles.

Siguiendo a GARCÍA-PITA Y LASTRES⁴⁸⁵, el descubierto sería el "estado de desequilibrio negativo en que se encuentra una cuenta corriente bancaria como consecuencia del juego de las diversas anotaciones de abono y cargo y -en concreto- como resultado de la anuencia del banco a ejecutar órdenes de pago o similares, transmitidas por un titular que nos contaba con provisión de fondos suficiente".

Lo normal es que en un contrato de cuenta corriente se haya previsto el régimen que se aplicará si se produce una situación de descubierto. Como ya hemos señalado, las entidades de crédito no se comprometen a aceptar estas situaciones de descubierto pero, si se producen, habrá que aplicar el régimen establecido en dicho contrato en lo relativo a la exigibilidad, comisiones e intereses.

Como señala ÁLVAREZ OLALLA⁴⁸⁶, aunque la naturaleza jurídica del descubierto tácito es discutida, la posición mayoritaria es que estas operaciones entrañan una operación de préstamo o crédito, posición ésta que es la que viene a admitir la LCCC al incluirlo, al menos parcialmente, dentro de su ámbito de aplicación. La otra posición que considera que esta figura encaja en la idea de "anticipo" propio de la relación de mandato o comisión subyacente al "servicio de caja" que presta banco, como consecuencia del contrato de cuenta corriente que sirve de soporte a la relación jurídica de depósito o crédito, es más difícil de mantener en los casos en los que el destinatario de los fondos sobredispuestos que generan el descubierto es el propio cliente, como ocurre cuando el mismo es

⁴⁸⁵ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual (comentario a la STS de 14 diciembre de 1983)", *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario*, (Dir. SÁNCHEZ CALERO), Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Tomo I, 1993, pág. 493.

⁴⁸⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 20" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 777.

consecuencia de pagos realizados con tarjeta de crédito o reintegros en cajeros automáticos.

En efecto, hay que tener en cuenta que para que este descubierto tácito se produzca (igual que para el excedido tácito) se requiere que se haya realizado por voluntad del consumidor. De forma que si la entidad realiza abonos a terceros causando descubiertos que no debían haber sido generados, esto es, si se trata de órdenes emitidas por terceros que no debían haber sido atendidas por la entidad al no contar con el consentimiento del titular de la cuenta, no serán de aplicación las previsiones establecidas en la LCCC⁴⁸⁷.

Por ello hay una tercera corriente de opinión que hace depender la naturaleza del descubierto de la voluntad de las partes. Así autores como EMBID IRUJO⁴⁸⁸ o GARCÍA-PITA Y LASTRES⁴⁸⁹. Pero, en todo caso, entendemos que el descubierto es una operación crediticia aunque puedan existir elementos que lo asemejan al anticipo propio del contrato de mandato o comisión ya que, en nuestro caso, se están dando al consumidor unos fondos de los que en ese momento carece. En definitiva, como señala MARÍN LÓPEZ⁴⁹⁰, que no hay incompatibilidad entre mantener la naturaleza crediticia del descubierto si en lugar de caracterizarse como un préstamo se opta por conceptuarlo como un anticipo del Banco.

⁴⁸⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 4" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 244.

⁴⁸⁸ EMBID IRUJO, J.M.: "La cuenta corriente bancaria", *RDBB*, 1997, pág. 142.

⁴⁸⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual (comentario a la STS de 14 diciembre de 1983)", *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario*, (Dir. SÁNCHEZ CALERO), Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Tomo I, 1993, pág. 493 y ss.

⁴⁹⁰ MARÍN LÓPEZ, J.J.: "El ámbito de aplicación de la Ley de crédito al consumo" en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (Dir. U. Nieto Carol). Civitas, Madrid, 1998, pág. 125.

De acuerdo con el art. 20 LCCC que regula la información contractual, “en el caso de un contrato para abrir una cuenta a la vista, donde existe la posibilidad de que se permita al consumidor un descubierto tácito, el contrato contendrá la información a la que se refiere la letra e) del apartado 2 del artículo 12”, esto es, el tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables desde la suscripción del contrato de crédito y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse.

En relación con el tipo de interés el precepto exige que se refleje en el contrato de cuenta corriente si bien es admisible, al menos el pacto, que puedan modificarse a lo largo de la vida del contrato. Al igual que en el caso de los descubiertos expresos no se exige informar al consumidor de la TAE resultante de aplicar el tipo de interés pactado en el contrato o de la resultante de una posterior variación. Esto es así porque tampoco lo exige la Directiva 2008/48/CE (art. 18) y es que, como sabemos, es una Directiva de máximos que no permite una mayor protección en los aspectos regulados por la propia Directiva. Sin perjuicio de la conveniencia de que conste la TAE, habida cuenta de su extraordinaria importancia dado que el límite al tipo de interés aplicable a los descubiertos se fija en la Directiva y en la LCCC en términos de TAE. Por el contrario, si se exige en la normativa bancaria que se hará constar en la información periódica de cada liquidación⁴⁹¹.

Por otro lado, el precepto no hace referencia expresa a las comisiones que habitualmente establece las entidades de crédito en los supuestos de descubierto tácito aunque podríamos considerarlas incluidas en una acepción amplia del término “recargo”. En todo caso, del espíritu de la Directiva y de la LCCC se desprende la exigencia de la constancia en el contrato y de la información al

⁴⁹¹ El Anejo 4 Circ. B.E. 5/2012, contiene el modelo de la información periódica a suministrar en cada liquidación y exige la constancia de la TAE.

consumidor no sólo del tipo de interés sino de cualquier gasto en el que incurra éste para la obtención del crédito.

A este respecto dos son las comisiones que suelen cobrarse en caso de descubierto tácito: Comisión de descubierto y comisión de reclamación de posiciones deudoras. La primera es una comisión que se percibe en cada periodo de liquidación de la cuenta y suele consistir en un porcentaje a aplicar sobre el mayor saldo de descubierto habido en este periodo. El servicio remunerado sería el análisis del riesgo que entraña para la entidad la aceptación del descubierto⁴⁹². El cobro de esta comisión está admitido en la normativa sectorial bancaria interpretando *a sensu contrario* la norma decimotercera 7.e) Circ. B.E. 5/2012 que dice que “de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 3 de la Orden, en los descubiertos no podrá reiterarse la aplicación de comisiones a causa de la concesión del descubierto en otros descubiertos tácitos que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta, ni podrán tampoco exigirse dichas comisiones en los descubiertos por valoración”. En todo caso, esta comisión debe ser tenida en cuenta en el cálculo de la TAE a los efectos del límite aplicable a los tipos de interés en los descubiertos establecido en el artículo 20.4 LCCC. No obstante, no podemos olvidar que existe jurisprudencia menor que considera que no puede cobrarse la comisión de descubierto porque no remunera un servicio efectivamente prestado al consumidor.

La otra comisión es la de reclamación de posiciones deudoras. Se cobra con el fin de compensar a la entidad de crédito por los gastos en los que ha incurrido por la reclamación de la deuda. Esta comisión se aplica también en el resto de los contratos bancarios de naturaleza crediticia. Como ya hemos señalado, el Servicio de

⁴⁹² ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Artículo 20” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*, pág. 786.

Reclamaciones del Banco de España⁴⁹³ considera que el adeudo de comisiones por reclamación tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las reclamaciones necesarias para la recuperación de dichos saldos siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Pero “desde la óptica de las buenas prácticas bancarias y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar, a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que:

- Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).

- Es única en la reclamación de un mismo saldo. En consecuencia, de declararse vencida anticipadamente la totalidad de la deuda, solo podría adeudarse una nueva comisión por este concepto, con independencia de que, por criterios internos de recuperación de impagados, dicha deuda sea pasada al cobro total o parcialmente. Caso distinto sería que en esas circunstancias se llegara a un acuerdo de refinanciación de la misma, de la que resultara un calendario de nuevas cuotas a pagar. En este caso sí que sería admisible, de llegar a producirse nuevos impagos de las mismas, la aplicación de la comisión de referencia.

No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación (por ejemplo, notaría).

⁴⁹³ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2011, pág. 150. En análogos términos está dicho en la Memoria de 2009, pág. 81.

– Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales.

Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación”.

Por otra parte, en la fase de ejecución del contrato, el prestamista proporcionará esa misma información de forma periódica. De aquí se deduce que con cierta periodicidad, sin que se especifique cuál, la entidad de crédito debe recordar al consumidor estas condiciones aunque no hayan variado y sin necesidad de que se haya producido de forma efectiva un descubierto, el motivo deberá remitirse a esta información al consumidor en caso de que se haya producido una variación el tipo aplicable o el importe de las comisiones, sí dicha variación está expresamente pactadas en el contrato.

Por otro lado, en caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor sin demora de los siguientes extremos:

- a) Del descubierto tácito.
- b) Del importe del descubierto tácito.
- c) Del tipo deudor.
- d) De las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables.

Se impone así la obligación de informar de forma inmediata de la existencia del descubierto y de su importe (el consumidor puede no ser consciente del mismo por tratarse del pago de un recibo domiciliado cuyo importe sea superior al esperado o por una

utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito). De esta forma está justificado el cobro de intereses y, en su caso, comisiones, puesto que de otro modo sería contrario al principio de buena fe dejar transcurrir un amplio espacio de tiempo sin advertir del descubierto al consumidor impidiéndole a este regularizar el mismo.

Se informará, igualmente, del tipo deudor aplicado que se haya pactado en el contrato de cuenta corriente salvo que haya experimentado alguna modificación en virtud de lo pactado en el propio contrato y la misma haya sido notificada al consumidor con la suficiente antelación. Como ya hemos señalado anteriormente la LCCC, siguiendo la Directiva, no exige la constancia de la TAE que sí impone la normativa sectorial bancaria.

Por último, establece el precepto que se informará al consumidor de las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables. Se está refiriendo a las comisiones, tanto a la de descubierto como a la de reclamación de posiciones deudoras en las que el consumidor podría llegar a incurrir en caso de no regularizar de forma tempestiva el descubierto. Destaca ALVAREZ OLALLA⁴⁹⁴ que esta diferencia entre el tipo de interés deudor (letra c) y el interés de demora (letra d) da a entender que en el descubierto tácito se devengan dos tipos de interés, el remuneratorio, que se aplicará hasta el momento de liquidación del periodo, y el de demora, que se aplicará desde ese momento en adelante (así la sent A.P. de Granada de 14 de septiembre de 2007 -Roj: SAP GR 2283/2007-). Sin embargo, en opinión de esta autora, los intereses que genera el descubierto, desde el mismo momento en que se produce, son moratorios de tal modo que en caso de que no haya existido pacto al respecto, se devengará el interés legal desde el mismo momento que se produce el descubierto, si el reembolso es inmediatamente exigible.

⁴⁹⁴ ALVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 20" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*, pág. 793.

C) EXCEDIDO TÁCITO

“Se considera *excedido tácito* sobre los límites pactados en cuenta de crédito aquél excedido aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el límite pactado en la cuenta de crédito del consumidor (art. 4.3 LCCC). Aquí estamos dentro de otro contrato, el de apertura de crédito. Si en el caso del descubierto se disponen cantidades superiores al saldo que tiene a su favor el consumidor, en el excedido, la entidad ya ha concedido crédito pero el acreditado dispone de cantidades superiores al límite concedido.

“Los excedidos tácitos son sobregiros aceptados tácitamente por la entidad, en virtud de los cuales ésta pone a disposición del consumidor fondos que superen el límite pactado en una cuenta de crédito”⁴⁹⁵, entendida ésta como el contrato en virtud del cual “la entidad pone a disposición del cliente la cantidad límite pactada y el cliente, procede al reembolso de las cantidades pactadas en el periodo estipulado pudiendo volver a disponer del capital reembolsado”⁴⁹⁶.

La LCCC en su art. 4.3 establece la aplicación parcial de la Ley a los excedidos en cuenta de crédito, concretamente los artículos 1 a 7, 20 y 34 a 36, al igual que ocurre con los descubiertos expresos por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

No estaban regulados ni en la LCC-1995 ni en la Directiva 2008/48/CE que habla de “rebasamiento” y que define en su art. 3.e) como “descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un

⁴⁹⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Artículo 4” en Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo..., pág. 243.

⁴⁹⁶ En palabras de GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L. (*Las entidades de crédito y sus operaciones. Operaciones Bancarias neutras*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 300) “las líneas de crédito se diferencian de los créditos en que permiten a las empresas obtener, reembolsar y obtener nuevamente los fondos que necesitan dentro de un límite preacordado con el banco”.

prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta corriente del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida”. Por tanto, en ningún caso se está pensando en el excedido en cuenta de crédito aunque haya algún autor⁴⁹⁷ que entiende que el concepto “rebasamiento” que da la Directiva tiene cabida tanto el descubierto como el excedido tácito, opinión que no comparto⁴⁹⁸.

Como es sabido se ha de respetar la vocación de la Directiva que impone una armonización total, de forma que los Estados miembros no pueden mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las disposiciones armonizadas establecidas en esta norma europea, si bien tal restricción no impide mantener o adoptar normas nacionales en caso de que no existan disposiciones armonizadas y nada hay establecido respecto a los excedidos en cuenta de crédito.

D) LÍMITE DEL TIPO DE INTERÉS DEL DESCUBIERTO Y DEL EXCEDIDO TÁCITO

De acuerdo con el art. 20.4 LCCC “en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”.

⁴⁹⁷ PÉREZ CARRILLO, E.F.: “Las disposiciones generales de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo”..., pág. 18.

⁴⁹⁸ De las versiones inglesa (*«overrunning» means a tacitly accepted overdraft whereby a creditor makes available to a consumer funds which exceed the current balance in the consumer's current account or the agreed overdraft facility*) y francesa (*«dépassement»: un découvert tacitement accepté en vertu duquel un prêteur autorise le consommateur à disposer de fonds qui dépassent le solde du compte courant du consommateur ou la facilité de découvert convenue*) se deduce lo mismo que de la española. Se está hablando de “cuenta corriente” y no de “cuenta de crédito”.

Este precepto, que no tiene parangón en la Directiva 2008/48/CE, tiene su antecedente en el art. 19.4 LCC-1995 (“en ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”).

Ya con la redacción de 1995 se planteó si ese límite era aplicable a los excedidos en cuenta de crédito. La verdad es que la redacción no era muy afortunada porque el art. 19.1 LCC hablaba de "concesión de un crédito en cuenta corriente". Por eso lo primero era determinar lo que el legislador quería decir con esa expresión. La propia LCC utilizaba distintos conceptos. Así, los arts. 2.1.c y 19.1 hablaban de "créditos en cuenta corriente". Por el contrario, al denominar el contenido de ese mismo art. 19 se utilizaba la expresión "anticipos en descubiertos", el número 3 de este artículo hablaba de "descubiertos" y el número 4 establecía un límite máximo al tipo de interés aplicable a "los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo".

En su momento ya señalé⁴⁹⁹ entendía que la normativa que recoge el art. 19 LCC debía considerarse aplicable *exclusivamente a los descubiertos en cuenta corriente*. En efecto, el origen de este precepto se encontraba en el art. 6 de la Directiva 87/102 CEE que utilizaba la expresión de "anticipos en cuenta corriente" y más adelante de "descubiertos". Aunque nosotros utilizamos esta última expresión con carácter general, cabría distinguir los supuestos en los que se pacta con la Entidad de crédito que atienda el pago de cheques o recibos contra una cuenta corriente obligándose el deudor a satisfacer el interés pactado, de aquéllos otros en los que se produce un descubierto que es aceptado tácitamente por las partes.

⁴⁹⁹ NIETO CAROL, U.: “El crédito al consumo: régimen jurídico”. Conferencia pronunciada en la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito el 16 de abril de 1997.

En este sentido ya señalaba GARRIGUES⁵⁰⁰ que "en muchas ocasiones el préstamo se produce como situación final de un movimiento de caja que convierte al Banco de deudor en acreedor de su cliente. Cuando se trata de un cliente antiguo y de solvencia reconocida, los Bancos no tienen inconveniente en atender el pago de sus cheques o las órdenes de transferencia, aunque la cuenta no presente un saldo activo suficiente para secundar esas órdenes. Se habla entonces de «facilidades de caja». Mas dentro de esta hipótesis general es preciso distinguir dos supuestos: puede ocurrir que el Banco haya autorizado al cliente para emitir cheques u órdenes de pago o de transferencia en descubierto. En tal caso habrá una apertura de crédito que no se someterá a las formalidades propias de este contrato. [...] En un sentido amplio económico, puede decirse que ésta es una forma de facilidad de caja. [...] El segundo supuesto aludido que ofrece mayores dificultades de calificación jurídica es aquel en que el cliente, sin previa consulta ni autorización del Banco, expide cheques u otras órdenes de pago en descubierto. Esta es la hipótesis típica de los llamados descubiertos en cuenta corriente".

Por su parte, el Anteproyecto de Ley salido de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en su art. 11, seguía literalmente el texto de la Directiva y hablaba de "anticipos en cuenta corriente" y de "descubiertos". El Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, en el art. 2.1.c utilizaba la expresión de "descubiertos en cuenta corriente" y en el art. 19 hablaba de "anticipos en descubiertos" y de "concesión de un crédito en forma de descubiertos en cuenta corriente". Estos términos que eran meridianamente claros fueron sustituidos por los de "crédito en cuenta corriente" a través de las enmiendas números 17 y 18 del Grupo Parlamentario Catalán del Congreso de los Diputados, argumentando que el Proyecto de Ley traducía incorrectamente la Directiva y, concretamente, el término *overdraft*, que rectamente entendido era, según el portavoz de ese Grupo Parlamentario, "crédito en cuenta corriente" y no "descubierto en cuenta corriente".

⁵⁰⁰ GARRIGUES, J.: *Los Contratos Bancarios*. Madrid, 1975, págs. 227 y 228.

Al margen de que las Directivas tienen traducciones oficiales a todos los idiomas comunitarios, entiendo que la traducción correcta de ese término inglés es "saldo deudor" que aplicado a una cuenta corriente nos conduce a la idea de "descubierto", término éste que incluso utiliza algún diccionario.

En efecto, «librar un cheque» se dice «*to draw a check*». «*The drawer of the check*» significa «el librador del cheque». Por tanto, *overdraft* puede traducirse por números rojos, sobregiro, saldo deudor o descubierto en cuenta corriente. Así, FITCH⁵⁰¹ define el término *overdraft* como: «cantidad en la que un cheque excede del saldo disponible en una cuenta corriente. También, el saldo contable negativo que resulta cuando un depositante libra cheques que exceden de su saldo...». BROWN, SUKYS y LAWLOR⁵⁰² señalan: «Cuando ocurre un *overdraft*, esto es, cuando el banco paga más de lo que el cliente ha depositado, la relación deudor–acreedor cambia, y el banco deviene acreedor». KOCH⁵⁰³ define la voz *overdraft* como: «depositante que libra un cheque por una cantidad mayor que el saldo de su cuenta».

Por otra parte y a mayor abundamiento, el propio art. 19 de la LCC-1995, en su número 4, limitaba el TAE aplicable a los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuenta corriente "a los que se refiere este artículo". Debíamos concluir, por tanto, que este art. 19 LCC, al igual que lo hacía el art. 6 de la Directiva 87/102 CEE, se refería a los descubiertos dentro del contrato de cuenta corriente bancaria en su doble posibilidad, como "anticipo" previamente pactado con la Entidad de Crédito o como "descubierto" provocado por haber dispuesto más del saldo de la cuenta.

⁵⁰¹ FITCH, T: *Dictionary of Banking Terms*. Barron's. Nueva York, 1993, p. 443.

⁵⁰² BROWN, G. SUKYS, P. LAWLOR, M.A: *Business Law, with UCC Applications*. Glencoe. Nueva York, 1993, p. 421.

⁵⁰³ KOCH, T.: *Bank Management*. The Dryden Press. Nueva York, 1988, p. 697.

Además, del tenor literal del artículo 19.4 se deducía que la limitación cuantitativa se aplicaba "a los créditos que se concedan en forma de *descubiertos en cuentas corrientes*", con lo que salvo que se realice una dudosa extensión analógica de este precepto, no debería aplicarse esta limitación a los excedidos en contratos de apertura de crédito. En este mismo sentido se manifestaron otros autores⁵⁰⁴ que entendían que este límite debía ceñirse a los descubiertos tácitos.

Y qué decir con la redacción del actual art. 20.4 LCCC. También habla como lo hacía su precedente el art. 19.4 LCC-1995 de "descubiertos a los que se refiere este artículo" pero ya omite la referencia a "descubiertos en cuentas corrientes".

Pero la referencia que hace el art. 4.3 LCCC a la aplicación parcial de la Ley a los excedidos en cuenta de crédito y, concretamente, además de los artículos 1 a 7 y 34 a 36, al artículo 20 determina su aplicación íntegra. Ciertamente que este precepto se denomina "descubiertos tácitos" pero el citado art. 4.3 establece la aplicación a los excedidos en cuenta de crédito los mismos preceptos que el art. 4.2 establece para el descubierto tácito. En este mismo sentido ORDÁS ALONSO⁵⁰⁵ y ÁLVAREZ OLALLA⁵⁰⁶.

La aplicación del límite establecido en el art. 20.4 visto plantea un primer problema de tipo práctico y otro interpretativo. Respecto al primero, en muchos casos el importe del descubierto (o del excedido) es de pequeña cuantía de forma que si es inferior a 200 euros se excluye por el art. 3.c) la aplicación de la LCCC.

⁵⁰⁴ MUÑOZ CERVERA, M.: "La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo" en Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 17, 1995, pág. 213.

⁵⁰⁵ ORDÁS ALONSO, M.: El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos..., pág. 591.

⁵⁰⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 20" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*, pág. 804.

El problema interpretativo se deriva de la literalidad del precepto que limita el tipo de interés aplicable a los descubiertos en términos de TAE. Sin embargo, como sabemos, la TAE integra para su cálculo otros costes y, por tanto, no sólo el interés sino también las comisiones tan frecuentes en los descubiertos y excedidos de crédito. Es más, en los casos en los que unos u otros tienen una corta duración los intereses devengados tienen poca importancia y, por el contrario, las comisiones pueden ser muy importantes⁵⁰⁷.

Entiendo que este precepto no debe interpretarse en sentido literal sino que al limitar la TAE se está limitando la expresión porcentual del coste total del crédito tal como se definen una y otra en el artículo 6 LCCC. En este mismo sentido se pronuncian otros autores como ORDÁS ALONSO⁵⁰⁸ y ÁLVAREZ OLALLA⁵⁰⁹.

En esta misma línea se enmarca la norma decimotercera de la Circ. B.E. 5/2012 establece en su apartado 7.e)⁵¹⁰ la forma de cálculo

⁵⁰⁷ Por ejemplo en un descubierto de 1.000 euros durante cuatro días a un tipo de interés del 29% significa 3,18 euros (calculados sobre la base del año natural) pero si la comisión es del 4% significa 40 euros (lo que equivale a un 365% anual).

⁵⁰⁸ ORDÁS ALONSO, M.: El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos..., pág. 593.

⁵⁰⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 20" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo...*, pág. 798.

⁵¹⁰ "En los descubiertos tácitos en cuentas a la vista, la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los intereses devengados y las comisiones adeudadas a causa de la concesión del descubierto, y el saldo medio deudor del período de liquidación.

Como excepción a lo anterior, cuando las comisiones giren sobre el mayor descubierto, la tasa anual equivalente se obtendrá como sumatorio de:

i) la tasa anual equivalente de los intereses devengados por el descubierto durante el período de liquidación de este, y

ii) la tasa anual equivalente de las comisiones que, a causa de la concesión del descubierto, se adeuden durante el período de liquidación de este.

Para la obtención de los dos sumandos anteriores, se observará lo siguiente:

– la tasa anual equivalente de los intereses se calculará teniendo en cuenta el saldo medio deudor del período de liquidación;

de la TAE para los casos de los descubiertos tácitos e incluye tanto los intereses como las comisiones.

Por su parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (pág. 153) señala lo siguiente: "a este respecto, debemos referirnos al criterio mantenido por esta institución ya desde el año 1997 para el cálculo de la TAE del descubierto, y que fue publicado en la Memoria del Servicio correspondiente a dicho año. Según este criterio, la TAE del descubierto se compone de dos sumados: la TAE de los intereses y la TAE de las comisiones. En cuanto a la primera, sí se deberían calcular siempre los intereses liquidados sobre el saldo medio deudor durante el período de liquidación, pero, para la segunda (TAE de las comisiones) se vienen admitiendo que las entidades la calculen sobre el mayor saldo deudor durante el período de liquidación, en lugar de hacerlo sobre el saldo medio deudor. Ahora bien, dado que el cálculo del coste efectivo de los descubiertos en cuenta corriente como consumidores producidos en los períodos de liquidación, se hará aplicando las normas sobre créditos en cuenta corriente, y resultando en estos casos las comisiones de apertura y otros gastos iniciales se integran como componente del coste efectivo anual, esta institución, tal como se recoge la citada Memoria del año 1997 -páginas 181 siguientes- que al aplicar la última disposición citada [...], el saldo que sirva de base para la determinación de dicha comisión se mantiene durante todo el periodo de liquidación".

Queda, por último, analizar las consecuencias del incumplimiento de este límite. La LCCC no establece sanción alguna. Es el art. 89.7 TRLCU quien establece el carácter abusivo de la cláusula que imponga condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen el límite establecido. Y a

– la tasa anual equivalente de las comisiones se calculará teniendo en cuenta el mayor saldo deudor que se hubiese producido durante el período de liquidación y considerando que dicho saldo se ha mantenido en ese nivel durante todo ese período".

tenor de su art. 83 (redacción dada por el art. único.27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo), las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

En estas circunstancias y ante la falta de previsión contractual sobre el interés moratorio sería de aplicación la norma dispositiva, esto es, el art. 1.108 CC y, por tanto, se aplicaría el interés legal. Debe descartarse aplicar como interés moratorio el máximo legal establecido, porque de esta forma se estaría incentivando el incumplimiento de la norma ya que la entidad de crédito tendría garantizado un mínimo (ese límite legal) en todo caso por lo que podría arriesgarse a fijar uno superior.

12.- INTERESES DE DEMORA EN LOS CRÉDITOS CON CONSUMIDORES

De acuerdo con el art. 1.101 CC "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravienen al tenor de aquella". Y a tenor del art. 1.100 "incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación." "No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1º.- Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente [...]". En este mismo sentido el art. 63 Ccom establece que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán "en los contratos que tuviesen día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su nacimiento". Se produce así una mora automática o mora *ex re*.

Aunque estos preceptos no lo establezcan como requisito y el art. 1.101 CC se refiere a la morosidad como algo distinto al dolo y la culpa, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que para que el deudor incurra en mora se requiere que el retraso en el incumplimiento le sea imputable⁵¹¹.

Por otra parte, el art. 1.108 CC establece que “si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, el interés legal”.

Podemos decir que la mora es aquella situación jurídica en que se encuentra la relación obligatoria cuando, vencido el término en el cual la obligación debía ser cumplida, el deudor no ha cumplido y ha sido constituido en mora, a salvo los supuestos en que la intimación no es necesaria; por su parte, el cumplimiento moroso viene constituido por un acto de cumplimiento efectuado una vez que el deudor ha sido constituido en mora⁵¹².

Y son intereses moratorios aquellos que tienen por finalidad la indemnización por el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria y cumplen, además, la función de imponer al deudor una pena disuasoria del incumplimiento.

Ahora nos corresponde analizar si en aquellos contratos bancarios de financiación en los que la parte deudora reúna la condición de consumidor y, por tanto, les es de aplicación el TRLCU, cabe considerar como abusiva la cláusula de intereses moratorios a la luz de los arts. 82 y ss de este cuerpo legal.

⁵¹¹ CÁMARA ÁGUILA, M^a del P.: “Artículo 1.100” en *Comentarios al Código Civil* (Director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 8.055.

⁵¹² ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 499.

En líneas generales, siguiendo a ROY PÉREZ⁵¹³, podemos decir que la jurisprudencia ha elaborado una serie de reglas que sirven para su evaluación, aunque no todas están generalizadas:

“a) Es legítimo que el interés moratorio sea superior a los intereses remuneratorios. El interés legal del dinero si bien puede servir de referencia legal y útil para determinar si un interés moratorio es abusivo, no implica que todo interés moratorio, por su naturaleza superior al legal, ya sea abusivo.

b) El interés fijado por el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de Crédito al consumo se puede utilizar como referencia, aunque se limite a los descubiertos en cuenta corriente. Sin embargo, este criterio no está generalizado, ni en su admisión como referencia, ni en la manera en que afecta al caso concreto, de modo que en casos similares algunos tribunales lo aplican, mientras que otros lo toman como mera indicación. Hay que tener en cuenta que el artículo 4.3 de la Orden EHA 2899/2011 establece claramente una distinción entre los tipos de interés por descubiertos tácitos en cuentas de depósito y los aplicables a los contratos de consumo, de tal manera que dicha disposición puede interpretarse como un deseo del legislador de limitar la regulación específica en materia de contratos de consumo a esta tipología.

c) Para juzgar si el tipo de interés moratorio es desorbitado puede compararse con el tipo retributivo, valorar la posibilidad de que otros gastos y riesgos de incumplimiento ya estuvieran previstos en el interés retributivo pactado y atender a las condiciones del mercado del momento en que se negoció el préstamo en el que se aplica (si el interés era usual en el comercio). También deben analizarse las condiciones personales de concertación de la operación, si existen más garantías, y qué nivel de riesgo asume la

⁵¹³ ROY PÉREZ, C.: “El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros”, Revista de Derecho Mercantil 287, enero-marzo 2013, PÁG. 182-183.

entidad. Téngase en cuenta que lo que se valora a la hora de apreciar la nulidad de una cláusula por abusiva es el desequilibrio que resulta en su aplicación, no si es beneficiosa para ambas partes.

d) La consecuencia de aceptar su carácter abusivo no es la nulidad, sino su moderación e integración. Esta medida ya no podrá ser de aplicación en tanto la STJCE de 14 de junio de 2012 considera que esta facultad contemplada en el artículo 83 del Texto Refundido⁵¹⁴ es contraria a la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, con lo que el juez debe limitarse a su supresión.

e) La Ley de 21 de julio de 1908 conocida como Ley de Represión de la Usura no es aplicable a los intereses moratorios, porque su ámbito de aplicación se limita al coste del crédito en condiciones de cumplimiento normal del mismo, mereciendo dicha calificación cuando el interés retributivo resulte notablemente superior al normal del dinero, sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y haya 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”.

El pacto de intereses moratorios o aquel que establece su cuantía no convierte sin más esta estipulación en abusiva sino que requiere que cumpla los requisitos recogidos en el artículo 82.1 TRLCU y, por tanto, que la cláusula no esté negociada individualmente y que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato. Además, a tenor del artículo 82.3, el carácter abusivo de la cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato, lo que obliga a evaluar la

⁵¹⁴ En su redacción anterior a la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

abusividad o no de la cuantía del tipo de interés pactado por referencia al momento en que el mismo ha sido estipulada. Es importante señalar que entre esas circunstancias no debería ser tomada en cuenta cuál sea el interés moratorio fijado habitualmente en operaciones análogas en la misma época por las restantes entidades de crédito, como si la mera reiteración de una cláusula excesiva pudiera hacerla devenir sin más en lícita⁵¹⁵.

De acuerdo con el art. 85.6 TRLCU, “las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones” se consideran cláusulas abusivas. Y como este precepto habla genéricamente de «indemnización» hay que incluir no sólo los intereses sino también cualquier comisión de demora.

A la hora de considerar cuando existe “desproporcionalidad” en los intereses de demora, Jueces y Tribunales han ido sentando una serie de criterios:

- Existen resoluciones judiciales que comparan los intereses de demora con los remuneratorios de forma que aquellos son abusivos cuando superan a éstos en determinada cuantía. Así la sent. A.P. de Madrid (Sección 21ª) de 6 de marzo de 2012, tras considerar este criterio para valorar la “desproporcionalidad” de la indemnización, concluye que una diferencia entre interés moratorio y remuneratorio de 14,84 (puntos porcentuales) es desproporcionado y, por tanto, abusivo. Por el contrario, una diferencia inferior a 10 no lo es. Por su parte, la sent. de la A.P. de Barcelona (Sección 17ª) de 18 de octubre de 2002 no considera desproporcionados unos intereses moratorios fijados en seis puntos porcentuales por encima de los remuneratorios.

⁵¹⁵ Véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: Comentario al art. 85 TRLCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 817. En este mismo sentido ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 534.

En una línea parecida se encuentra la sent. A.P. de Córdoba (Sección 1ª) de 7 de marzo de 2013 que consideró abusivos unos intereses moratorios que excedían en mucho el doble de la cuantía fijada para los remuneratorios.

- En otros casos se hace una valoración de la desproporción por comparación con el interés legal del dinero⁵¹⁶. Así la Sent. A.P. Las Palmas de Gran Canaria de 31 de octubre de 2013 (Roj: SAP GC 2150/2013): “se debe declarar abusiva la cláusula por la que se fija un interés de demora del 27% anual, atendiendo al importe del interés del dinero vigente al tiempo de suscribir el contrato, que se hallaba en el 4% anual (Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, y en un cinco por ciento el tipo de interés de demora fijado por la Ley 58/2003 General Tributaria), dejándola sin efecto”.

- En relación indirecta con el interés legal del dinero está el criterio de comparar el interés de demora con consumidores con el

⁵¹⁶ Algunas sentencia han puesto en comparación el interés moratorio pactado con el establecido por el art. 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (“el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.

Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.

El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación”.

El diferencial se sustituye a ocho puntos porcentuales por el art. 33.3 del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero -luego art. 33.3 Ley 11/2013, de 26 de julio-). Es el caso de las sents A.P de Asturias de 18 de septiembre de 2009 y 20 de abril de 2011.

límite legal establecido por el art. 19.4 LCC, hoy sustituido por el art. 20.4 LCCC para los descubiertos en cuenta corriente de dos veces y media el interés legal del dinero (realmente una TAE que dé lugar a este producto)⁵¹⁷. Es el caso de la sent. A.P. Álava (Sección 1ª) nº 214/2011, de 13 de abril de 2011, que lo considera no aplicable pero “dispone una referencia relevante sobre qué se considera razonable como coste financiero”. También las sents. A.P. Barcelona 10 de marzo y 9 de junio de 2004, sent. A.P. Girona (Secc. 2ª), de 23 de enero de 2001, sents. A.P. Asturias (sección 6ª) de 20 de diciembre de 2002 y 30 de diciembre de 2004 y Sección 7ª de 17 de julio de 2003.

Una vez considerados, en su caso, como abusivos los intereses de demora, la sanción sería la nulidad de la cláusula por aplicación del art. 83 TRLCU teniéndose por no puesta sin que quepa facultad integradora por parte del Juez después de la modificación operada en la redacción de este precepto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Conviene para finalizar este epígrafe hacer una reflexión sobre si es contraria a derecho la reclamación de los intereses moratorios atendido el tiempo transcurrido sin actividad alguna por parte de la acreedora. Siguiendo la sent. nº 468 de la A.P. de Barcelona de 30 de octubre de 2013 (Roj: SAP B 11494/2013), tal como recuerdan las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona (Secc. 14ª), de 27 de mayo de 2009 y de Alicante (Secc. 6ª) de 4 de febrero de 2009, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la denominada doctrina del "retraso desleal" como una

⁵¹⁷ Algún autor considera que en un contexto de interés legal muy bajo este criterio no permitiría al interés de demora cumplir su “doble función liquidatoria de daños y de garantía” (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: Comentario al art. 85 TRLCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 816).

manifestación de la prohibición de actuar con abuso de derecho y de manera contraria a la buena fe, principios ambos recogidos en el art. 7 del Título preliminar del Código Civil (Sents TS de 21 de enero de 1965, 21 de mayo de 1982, 28 de abril de 1986, 21 de septiembre de 1987, 6 de junio de 1992, 13 de julio de 1995, 2 de febrero de 1996, 4 de julio de 1997 y 31 de enero de 2007). Esta doctrina se enuncia por la citada Sentencia de esta Audiencia Provincial del siguiente modo: "el transcurso pacífico de un largo período de tiempo sin formular reclamación alguna puede producir el efecto de tener por renunciado el derecho, pues así lo exige la seguridad de las relaciones contractuales y del tráfico jurídico y la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe, en cuando ante un ejercicio del derecho tan tardío la otra parte tenga razones para pensar que no iba a actuarse".

Inmediatamente debemos advertir que este instituto, por ser un remedio extraordinario (STS de 13 de junio de 2003) y por el drástico efecto que produce -pérdida del derecho por quien ha ejercitado la acción para lograr su efectividad antes del transcurso del plazo legal de prescripción- ha de ser apreciado por los tribunales de justicia con cuidado sumo (STS de 6 de febrero de 1999) ciñéndolo a los supuestos de neta extralimitación en el ejercicio del derecho (STS de 21 de septiembre de 2007) lo que sucederá cuando concurren de manera cumulativa tres requisitos (SAP de Murcia de 25 de octubre de 2001 citada por la SAP de Alicante, Sec. 6ª de 4 de febrero de 2009): la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un largo período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

CAPÍTULO V.- REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO CON GARANTÍA DE HIPOTECA INMOBILIARIA PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

1.- NORMATIVA APLICABLE. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En este último capítulo vamos a estudiar la regulación del contenido económico de los contratos bancarios de préstamo y crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria para adquisición de vivienda; pero no de todos. Y ello porque la normativa de transparencia bancaria, tanto la anterior (Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁵¹⁸) como la actualmente vigente (Capítulo II -arts. 19 a 32- de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), limita su ámbito de aplicación.

Como señala ALCALÁ DÍAZ⁵¹⁹, en la regulación reguladora del mercado hipotecario en relación con los titulares de créditos hipotecarios, pueden distinguirse dos etapas claramente diferenciadas: las normas dictadas hasta el año 2011, en las que el legislador tenía como objetivo dinamizar y flexibilizar el mercado hipotecario. En esta primera etapa se pretende agilizar la contratación de “productos financieros” por lo que se suprimen controles administrativos.

⁵¹⁸ A este respecto señaló ANDREU MARTÍN, M^a del M. ("La reciente normativa sobre protección del préstamo hipotecario", RDBB enero-marzo 1995, pág. 117): "Con la reciente normativa se avanza un paso más en el largo camino de la protección de la clientela bancaria en general y se dota en particular al sector contractual de los préstamos hipotecarios de un instrumento primitivo eficaz".

⁵¹⁹ ALCALÁ DÍAZ, M^a.A.: *La Protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Aranzadi, 2013, pág. 19 y ss.

Aquí se puede incluir la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y de otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, así como la Orden EHA/1718/2010, de 10 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. También la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito en la que, por el contrario, se refuerzan los niveles de información y algunos de los controles en su formalización.

Una segunda etapa está marcada por la crisis económica y financiera con su proyección en el ámbito hipotecario. Esta fase se inicia en 2011, y se percibe cómo el legislador procura incrementar la transparencia en este tipo de contratos y se intentan paliar los efectos de la crisis estableciéndose vías para evitar las ejecuciones hipotecarias, proteger al deudor en caso de iniciado el proceso de ejecución y su suspensión en caso de deudores sin recursos en caso de ejecución de vivienda habitual.

Aquí se incluyen las siguientes normas: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, en la que se regula por primera vez el llamado *crédito responsable*; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo desarrollo se dictó la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en el que además de desarrollar lo anterior se incrementan notablemente las normas de transparencia. Por otra parte, el RD Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de

simplificación administrativas; el RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y, por último, el RD Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. También hay que incluir la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

Como se desprende de la exposición de motivos de la Orden EHA/2899/2011, la norma aborda, entre otras cosas, el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994. “El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. Se añaden adicionalmente, otras herramientas más específicas, como la difusión de una Guía informativa adaptada a este producto que permitirá profundizar en la necesaria educación financiera de los clientes. También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones transparencia y difusión de información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación”. A esto hay que añadirle, el desarrollo de la normativa de transparencia referente a la hipoteca inversa⁵²⁰.

⁵²⁰ La Orden viene a ejecutar el desarrollo de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, como se observa, con cierto retraso.

Y, finalmente, la norma también regula los que serán tipos de interés oficiales conforme a la habilitación incluida en el ya mencionado artículo 48.2 LDIEC, hoy sustituido y derogado por el art. 5 LOSSEC. La modificación responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.

Como se observa ya se hace mención a que la regulación del régimen de transparencia se hace “en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo”. Hoy, esto último ha dejado de ser un proyecto para ser una norma: la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010^{521 522}.

⁵²¹ Puede verse a este respecto, AGÜERO ORTIZ, A.: “Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 9/2014.

⁵²² Su transposición debe realizarse antes del 21 de marzo de 2016.

Como señala A.J. TAPIA HERMIDA (“La armonización comunitaria de los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: la Directiva 2014/17/UE”, RDBB núm. 136, octubre-diciembre 2014, pág. 338-339), “esta directiva persigue una doble finalidad:

- a) Una finalidad inmediata, que consiste en establecer un marco común de algunos aspectos de las disposiciones nacionales aplicables a aquellos contratos de crédito al consumo que estén garantizados mediante hipoteca de otro tipo de garantía, en relación con bienes de uso residencial.
- b) Y una finalidad mediata, que consiste en servir de base para elaborar un sistema completo de regulación de estos contratos tanto en sus aspectos objetivos o funcionales, como es el de la suscripción de aquellos contratos (con especial atención a la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia del deudor/consumidor antes de concederle el crédito); como en sus aspectos subjetivos, como es el de las empresas que intervienen en dichos contratos frente

Su Considerando (3) justifica así la necesidad de esta norma: “la crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzadas. Como consecuencia de ello, el G-20 encargó al Consejo de Estabilidad Financiera que estableciera principios sobre criterios de suscripción correctos con respecto a bienes inmuebles de uso residencial”.

Se pretende, igualmente, “para facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable”, establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos. En fin, como señala el Considerando (6), “la presente Directiva debe desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores”.

al consumidor (comprendidos los intermediarios de crédito, los representantes designados y las entidades no crediticias), estableciendo a tal efecto determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión”.

El art. 19.1 Orden EHA/2899/2011, establece el ámbito de aplicación de esta normativa de transparencia de la siguiente forma: “este capítulo será de aplicación a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”.

Se presumirán sujetos a esta orden los préstamos concedidos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas físicas residentes en España.

Como se observa, respecto al elemento subjetivo se limita a aquellos en los que el prestatario es una persona física, sin aludir a su condición de consumidor⁵²³. Por otra parte, el préstamo debe estar garantizado con hipoteca que recaiga sobre una vivienda.

Y luego delimita su ámbito de aplicación a aquellos préstamos o créditos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”. Hay que entender así que también se aplica a aquellos que no teniendo garantía hipotecaria tienen como destino adquirir o conservar (p.e. contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas) derechos sobre terrenos (para construir) o edificios ya construidos o por construir. Lo que es coherente con el art. 3 de la

⁵²³ A este respecto el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE señala que “la definición de «consumidor» debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor.

Directiva 2014/17/UE⁵²⁴ y con lo que se señala en el Considerando (15) de la misma⁵²⁵.

Como se observa, nuestro régimen vigente, siguiendo la normativa europea desborda el anterior régimen de la derogada OM 5 de mayo de 1994. En efecto, de acuerdo con el art. 1.1 de la misma, ésta era de aplicación a los préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurrieran simultáneamente las siguientes circunstancias:

“1. Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda”.

Por tanto, sólo aquellos contratos que tuvieran naturaleza jurídica de préstamos y necesariamente garantizados por hipoteca. Quedaban excluidos aquéllos que sin tener este tipo de garantía se destinan a la adquisición de una vivienda.

⁵²⁴ “La presente Directiva se aplicará a:

- a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y
- b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir”.

⁵²⁵ “El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial.

“2. Que el prestatario sea persona física”. Aquí no hay variaciones.

“3. Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas (ciento cincuenta mil euros) o su equivalente en divisas”.

Hoy ha desaparecido ese límite cuantitativo.

2.- INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

La Orden EHA/2899/2011 sigue respecto a los préstamos y créditos con garantía hipotecaria el mismo esquema que para el resto de los contratos de financiación y que, por otra parte, sigue también la normativa de crédito al consumo, tanto europea como española: se exige una información precontractual, una información contractual y luego una información en la fase de ejecución del contrato.

En la fase precontractual y sin perjuicio de la aplicación general de lo ya dicho respecto a la publicidad⁵²⁶, nos encontramos

⁵²⁶ Véase art. 5 Orden EHA/2899/2011 (“Toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios). A este respecto, como señalaba ALMOGUERA GÓMEZ, A. (“Reflexiones sobre la protección del prestatario hipotecario”. En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* -Dir. U. Nieto Carol-, Civitas, Madrid, 1998, pág. 720) en relación con la normativa entonces vigente, “en la actividad financiera, la técnica legislativa más extendida opta por uniformar los contenidos informativos lanzados al público, imponiendo la presencia mínima de un conjunto de elementos configuradores del mensaje para así asegurar una toma de decisiones, tan relevantes en la economía de los particulares, básicamente fundamentada, contribuyendo sin duda a convertir la información en educación o formación financiera”.

aquí con determinadas peculiaridades: La primera es que se le encarga al Banco de España la elaboración de una Guía de acceso al préstamo y crédito hipotecario.

La segunda, que a diferencia del crédito al consumo donde hay una información “resumida y concentrada” en la Ficha Europea Normalizada (FEN), aquí hay dos fichas informativas: una previa más genérica (la Ficha de Información Previa -FIPRE-) y otra específica con las condiciones concretas para ese cliente determinado y con mayor grado de información (Ficha de Información Personalizada -FIPER-). Y al igual que hemos visto en el crédito bancario al consumo (art. 8 LCCC), el cliente podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.

A) GUÍA DE ACCESO AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

De acuerdo con el art. 20.1 Orden EHA/2899/2011 “el Banco de España elaborará una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación”.

La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España y deberá hallarse a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.

A pesar de este precepto y de su entrada en vigor seis meses después de la publicación en el BOE de la Orden EHA/2899/2011 (por tanto el 29 de abril de 2012), dicha guía no se publicó y la disposición adicional tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, tuvo que establecer: “En el plazo de dos meses desde la aprobación de esta Ley, el Banco de España publicará

la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario» a la que se refiere el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”.

Este plazo sí se cumplió y desde julio de 2013 está disponible en la página web del Banco de España (http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf).

El contenido de la Guía que, obviamente aquí no vamos a reproducir, se estructura en 12 capítulos y 9 anexos.

En los capítulos se describe lo que son los préstamos y los créditos hipotecarios, sus características, finalidad y tipologías, las garantías que debe dar el prestatario –la hipotecaria-, sin perjuicio de la responsabilidad universal del deudor. Se explica también la ejecución de esta garantía así como las daciones en pago.

En cuanto al préstamo se habla de su importe y la moneda en la que se entrega y del porcentaje que éste representa respecto al valor de tasación del inmueble, así como de la consideración para su determinación del nivel de ingresos del prestatario.

Luego se analizan aspectos como el plazo de duración y los tipos de interés: tipos fijos y tipos variables, los tipos de interés de referencia oficiales, el redondeo, el uso de los «suelos» y de los «techos», los riesgos de los tipos de interés variables, su cobertura y la tasa anual equivalente (TAE).

Seguidamente se abordan los sistemas de amortización, las comisiones (de apertura, por cambio de moneda, por emisión de cheque bancario, por subrogación por cambio de deudor, compensación por desistimiento y compensación por riesgo de tipo de interés) y los gastos anejos: tasación, seguros, gestiones administrativas, notarios, registros e impuestos.

En cuanto a la tramitación de los préstamos se explica la información previa al contrato (FIPRE, FIPER y oferta vinculante), incluida una referencia al préstamo responsable, así como la información en el caso de subrogación de un préstamo al promotor de la vivienda.

En cuanto a la formalización contractual se hace mención a los productos vinculados, al contenido del contrato, la intervención del Notario, la inscripción en el Registro de la Propiedad y su trascendencia, así como las implicaciones fiscales de la formalización del préstamo.

Por último, se analizan las relaciones posteriores a la formalización del préstamo, las liquidaciones periódicas y modificaciones del tipo de interés, las liquidaciones ordinarias y por morosidad y otras notificaciones como las de modificación del tipo de interés. En cuanto a las modificaciones del préstamo se analiza la novación, la subrogación por cambio de acreedor, la amortización parcial anticipada, la cancelación anticipada y la cancelación registral de la hipoteca.

Y entre estas relaciones posteriores está la situación de impago, la responsabilidad del deudor en este caso, la dación en pago, la ejecución hipotecaria, y la protección de los deudores hipotecarios sin recursos. También se analizan los sistemas extrajudiciales de resolución de discrepancias entre las entidades y sus clientes.

Los Anejos son los siguientes: I.- Productos de cobertura del tipo de interés en préstamos a interés variable; II.- Préstamo responsable; III.- Información de promotores; IV.- Cuadro resumen de comisiones y compensaciones aplicables en caso de amortización anticipada o cancelación; V.- Ficha de Información Precontractual (FIPRE); VI.- Ficha de Información Personalizada (FIPER); VII.- Información sobre comisiones y tipos de interés más habituales en préstamos hipotecarios; VIII.- Obligaciones del Notario y IX.-

Expresión manuscrita de advertencia de los riesgos del contrato (artículo 6 de la Ley 1/2013).

B) FICHA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Como ya hemos señalado anteriormente hay dos documentos de información precontractual: la FIPRE y la FIPER.

De acuerdo con el art. 21 Orden EHA/2899/2011 “las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el anexo I” y estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

De acuerdo con el citado Anexo I la información contenida en la FIPER comienza con un texto introductorio del siguiente tenor: “El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo. La información incorporada tiene carácter meramente orientativo. Se ha elaborado basándose en las condiciones actuales del mercado. La oferta personalizada posterior puede diferir en función de la variación de dichas condiciones o como resultado de la obtención de la información sobre sus preferencias y condiciones financieras”.

Como se observa se deja claro que la información que se entrega ha sido preparada a solicitud del cliente, tiene mero carácter orientativo y está basada en las condiciones del mercado de ese momento por lo que la oferta personalizada podría diferir. Y, en todo caso, no conlleva para la entidad la obligación de concederle un préstamo hipotecario.

Precisamente, de acuerdo con el Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012, la información que se debe resaltar ante los clientes en ese texto introductorio de la FIPRE son las palabras «El presente documento no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo» y «La oferta personalizada posterior puede diferir».

Después, la información contenida en la FIPRE se estructura de la siguiente forma según ese Anexo I, debiendo destacarse a tenor del citado Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012:

Sección «1. ENTIDAD DE CRÉDITO».

Aquí se incluye la identidad, el número de teléfono, el domicilio social y la dirección de página electrónica de la entidad de crédito, que serán los que correspondan a la sede social de esta. También se indicará la autoridad competente para la supervisión de los servicios bancarios de préstamo hipotecario y los datos de contacto del servicio de atención al cliente de la entidad.

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, si la operación se ofrece a distancia, la entidad indicará, en su caso, el nombre y la dirección geográfica de su representante en el Estado miembro de residencia del cliente, así el nombre del Registro Mercantil en el que está inscrita, así como su número de inscripción u otro medio equivalente de identificación en ese registro.

Sección «2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PRÉSTAMO».

Aquí se incluye el «importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble» que el ratio préstamo-valor de tasación (LTV), acompañado de un ejemplo significativo

Se consignará la «finalidad» para la que se concede el préstamo, por ejemplo, adquisición de vivienda habitual, rehabilitación u obtención de financiación para otros fines.

Se indicará el tipo de préstamo y de forma clara la forma en que se reembolsarán el capital y los intereses durante su vigencia del préstamo, esto es, plazo de amortización y periodicidad de los pagos (reembolsos constantes, crecientes o decrecientes).

Si el préstamo es en una moneda distinta del euro se consignará expresamente, y se advertirá con claridad que, como consecuencia de esta circunstancia, la cuota mensual puede variar. Adicionalmente, se incluirá información sobre la fórmula utilizada para calcular los diferenciales de tipo de cambio y la periodicidad de su ajuste.

Si existiera algún límite al alza o a la baja del tipo de cambio o cualquier otro tipo de instrumento de que limite la variabilidad del mismo y cuya contratación sea un requisito para obtener el préstamo en las condiciones indicadas, deberá especificarse de forma destacada en esta sección.

Debe *destacarse* el importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble, el tipo de préstamo y, en su caso, la circunstancia de tratarse de un préstamo en divisa.

Sección «3. TIPO DE INTERÉS».

Aquí se expresará la clase del tipo de interés, esto es, si es fijo, variable o variable limitado y, en su caso, los periodos en los que el tipo aplicado consistirá en cada una de estas clases. Se señalará también la periodicidad de las revisiones del tipo variable y variable limitado.

El nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso.

También se especificará de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable

limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

Debe *destacarse* la clase y nivel del tipo de interés aplicable. Cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltarán estas circunstancias, así como:

- la duración de esa cobertura frente a la variabilidad del tipo de interés, la prima que se ha de pagar y, en su caso, la forma de cálculo del coste de su cancelación anticipada;

- siempre que la cobertura, cualquiera que sea su modalidad, no se limite exclusivamente a proteger al prestatario frente al alza de los tipos de interés, se resaltarán tal circunstancia.

Sección «4. VINCULACIONES Y GASTOS PREPARATORIOS».

Se incluirán todos aquellos productos o servicios que han de ser contratados conjuntamente con el préstamo para poder obtenerlo en las condiciones ofrecidas. También se incluirá cualquier requisito que habrá de cumplirse para obtener el préstamo en las condiciones indicadas, tales como ser menor de una determinada edad o pertenecer a un determinado grupo de la población.

También deben indicarse los gastos preparatorios de la operación, tales como comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse. En particular, deberá indicarse si resulta exigible la tasación del inmueble y a cargo de quién serán los gastos de la misma. También se indicará que la entidad está obligada a aceptar cualquier tasación aportada por el cliente, siempre que esté certificada por un tasador homologado y no haya caducado, no pudiendo cargar ningún gasto adicional por las comprobaciones que, en su caso, realice sobre dicha tasación.

En los préstamos cuya finalidad sea la adquisición de vivienda deberá hacerse constar el derecho que asiste al cliente para designar, de mutuo acuerdo con la entidad de crédito, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación (gestoría), así como de la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la formalización del préstamo.

Aquí se *destacará* tanto el listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas como los gastos preparatorios.

Sección «5. TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DEL PRÉSTAMO».

En este epígrafe se hará constar que “la TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual”, que sirve para ayudar “a comparar las diferentes ofertas” y que “la TAE aplicable a su préstamo es [TAE]” y “Comprende: - Tipo de interés. - Otros componentes de la TAE. - Coste total del préstamo en términos absolutos”.

Se añadirá que “el cálculo de la TAE y del coste total del préstamo se basan en los siguientes supuestos: Importe. Tipo de interés. Otros supuestos”.

El cálculo de la TAE y el coste total del préstamo se basará en un ejemplo representativo elaborado por la entidad en función de lo que se considera un préstamo habitual en el mercado.

Dentro del concepto de «coste total del préstamo» se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de todos los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto

si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios.

Aquí debe *destacarse* la frase «La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]».

Sección «6. AMORTIZACIÓN ANTICIPADA».

Si la amortización anticipada del préstamo, total o parcial, conlleva la exigencia de compensación a la entidad deberá reflejarse en términos de porcentaje sobre el capital amortizado.

En este apartado debe *destacarse* la compensación por riesgo de tipo de interés, si ha lugar.

C) FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA

Por su parte, el art. 22 Orden EHA/2899/2011, obliga a que las entidades de crédito, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionen “a éste la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que figura en el anexo II”.

Esta Ficha se entregará a todos los clientes de préstamos, de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta.

Esta FIPER está inspirada, primeramente, en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que consta en la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los

consumidores por los prestamistas de créditos vivienda (D.O. L 69 de 10 de marzo de 2001) y, después, en la FEIN que constaba en la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, hoy ya definitivamente aprobada (Directiva 2014/17/UE⁵²⁷).

De acuerdo con el citado Anexo II Orden EHA/2899/2011 la información contenida en la FIPER comienza con un texto introductorio del siguiente tenor: “El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo hipotecario. Se ha elaborado basándose en la información que usted, [nombre del cliente], ha facilitado hasta la fecha, así como en las actuales condiciones del mercado financiero. La información que sigue será válida hasta el [fecha de validez]. Después de esa fecha, puede variar con arreglo a las condiciones del mercado”.

Como se observa se deja claro que la información que se entrega ha sido preparada a solicitud del cliente, basándose en la información proporcionada por él, que tiene una fecha a partir de la cual puede variar y no conlleva para la entidad la obligación de concederle un préstamo hipotecario.

La fecha de validez debe figurar debidamente destacada.

La información contenida en la FIPRE se estructura de la siguiente forma según ese Anexo II, debiendo destacarse a tenor del citado Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012:

⁵²⁷ Su art. 14.5 establece que “los Estados miembros que, antes del 20 de marzo de 2014, hayan aplicado una ficha de información que satisfaga requisitos de información equivalentes a los expuestos en el anexo II podrán seguir utilizándola a los efectos del presente artículo hasta el 21 de marzo de 2019”; este es, a mi juicio, el caso de España.

Sección «1. ENTIDAD DE CRÉDITO⁵²⁸».

La identidad, el número de teléfono, el domicilio social y la dirección de la página electrónica de la entidad de crédito serán los que correspondan a la sede social de ésta. Se indicará la autoridad competente para la supervisión de los servicios bancarios de préstamo hipotecario.

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, si la operación se ofrece a distancia, la entidad indicará, en su caso, el nombre y la dirección geográfica de su representante en el Estado miembro de residencia del cliente, así como el nombre del Registro Mercantil en el que está inscrito, así como su número de inscripción u otro medio equivalente de identificación en ese registro.

Sección «2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PRÉSTAMO».

Se señala el importe y la moneda del préstamo, así como su duración en años o meses, según proceda. Si la duración del préstamo puede variar durante la vigencia del contrato, la entidad explicará cuándo y en qué circunstancias puede ocurrir.

En la descripción de la clase de préstamo⁵²⁹ se indicará claramente de qué forma se reembolsarán el capital y los intereses

⁵²⁸ La FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE incluye aquí la referencia a si se están prestando o no servicios de asesoramiento y, en este caso: “Tras analizar sus necesidades y circunstancias, recomendamos que suscriba este crédito/No le recomendamos ningún crédito en concreto. Sin embargo, basándonos en sus respuestas a algunas de la preguntas, le damos información sobre este crédito para que pueda tomar su propia decisión”.

⁵²⁹ En la parte B del anexo II de la Directiva 2014/17/UE, donde se establecen las instrucciones para cumplimentar la FEIN se señalan como posibles “tipos de crédito” “el crédito hipotecario, préstamo vivienda, tarjeta de crédito con garantía”. En la práctica española es infrecuente el crédito hipotecario e inexistente la tarjeta de crédito con garantía.

durante la vigencia del mismo (esto es, reembolsos constantes, crecientes o decrecientes).

En esta sección también se indicará si el tipo de interés es fijo, variable o variable limitado y, en su caso, los periodos en los que el tipo aplicado consistirá en cada una de estas clases. Se señalará también la periodicidad de las revisiones del tipo variable y variable limitado. Asimismo, se explicará la fórmula utilizada para revisar el tipo de interés. La entidad indicará además dónde hallar información adicional sobre los índices o los tipos utilizados en la fórmula.

El nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso. Se especificará de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

Si la moneda del préstamo es diferente de la moneda nacional, la entidad incluirá información sobre la fórmula utilizada para calcular los diferenciales de tipo de cambio y la periodicidad de su ajuste⁵³⁰.

⁵³⁰ La FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, hace aquí especial énfasis en los préstamos concertados en moneda extranjera. Así se hace constar expresamente: “Por ejemplo, si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuyera en un 20 % con respecto al/a la [moneda del crédito], el valor de su préstamo aumentaría a [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. El incremento podría ser incluso superior si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuye en más del 20 %”.

“El valor máximo de su préstamo será [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]”. “Recibirá una advertencia si el importe del crédito alcanza [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]”. “(Si ha lugar) Tendrá usted ocasión de ejercer su [insértese derecho a renegociar el préstamo en moneda extranjera o derecho a convertir el préstamo en [moneda correspondiente], indicando las condiciones aplicables]”.

También debe indicarse el «importe total a reembolsar» que será igual a la suma del importe del préstamo y el coste total del mismo. Dentro de este concepto se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración de estos contratos de servicios.

Si se tratase de un préstamo en divisa o a tipo de interés variable, se calculará el importe total a reembolsar con el supuesto de que el tipo de interés o de cambio se mantiene constante durante todo el período al nivel de la fecha más próxima a la de la emisión de la FIPER.

Otra de las menciones es el «importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble» que representa el ratio préstamo-valor de tasación (conocido como LTV). Este ratio irá acompañado de un ejemplo significativo en valor absoluto del importe máximo que puede tomarse en préstamo para un determinado valor de un bien inmueble.

Por último, se hará constar qué garantías⁵³¹ se exigen para la obtención del préstamo.

⁵³¹ En la parte B del anexo II de la Directiva 2014/17/UE, donde se establecen las instrucciones para cumplimentar la FEIN se señala a este respecto: “Si el crédito va a estar garantizado mediante una hipoteca sobre el bien inmueble u otra garantía comparable, o mediante un derecho relativo a un bien inmueble, el prestamista así lo señalará a la atención del consumidor. Si ha lugar, el prestamista también indicará el valor del inmueble u otra garantía que se ha tomado como hipótesis para preparar la ficha de información.

Deberá *destacarse* la frase «el presente préstamo no se expresa en [moneda nacional]», así como el tipo de préstamo, la clase de tipo de interés aplicable y, en su caso, la garantía.

Sección «3. TIPO DE INTERÉS⁵³²».

⁵³² La FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, denomina este epígrafe “Tipo de interés y otros gastos”. Se hace especial referencia al pago de una tasa por registrar la hipoteca.

Por otro lado, en la parte B del anexo II de la Directiva 2014/17/UE, donde se establecen las instrucciones para cumplimentar la FEIN se señala que “el tipo de interés se mencionará en forma porcentual. Si el tipo de interés es variable y se basa en un tipo de referencia, el prestamista podrá, si lo desea, indicar el tipo de interés mediante un tipo de referencia y un valor porcentual que represente el diferencial del prestamista. Estará obligado a indicar, en cambio, el valor del tipo de referencia vigente el día en que extienda la FEIN. Si el tipo de interés es variable, la información incluirá: a) las hipótesis empleadas para el cálculo de la TAE; b) si procede, los límites aplicables al alza o a la baja; y c) una advertencia que indique que la variación del tipo puede afectar al nivel efectivo de la TAE. Para llamar la atención del consumidor, la advertencia se resaltará utilizando caracteres tipográficos de mayor tamaño y figurará de manera destacada en el cuerpo principal de la FEIN. La advertencia irá acompañada de un ejemplo ilustrativo sobre la TAE. Si la variación del tipo deudor tiene un límite al alza, se supondrá en el ejemplo que el tipo deudor aumenta en la primera ocasión en que tal aumento sea posible al nivel máximo previsto en el contrato de crédito. Si no hay límites al alza, el ejemplo ilustrará la TAE al tipo deudor más elevado de los últimos 20 años como mínimo, o, si solo se dispone de los datos subyacentes utilizados para el cálculo del tipo deudor para un período inferior a 20 años, del período más largo para el cual tales datos estén disponibles, sobre la base del máximo valor de cualquier tipo de referencia externo empleado para el cálculo del tipo deudor si ha lugar o el máximo valor de un tipo de referencia especificado por una autoridad competente o por la ABE –Asociación de Banca Europea– en caso de que el prestamista no utilice un tipo de referencia externo. Este requisito no se aplicará a los contratos de crédito en los que el tipo deudor sea fijo durante un período inicial pertinente, de varios años, y pueda fijarse luego para otro período mediante negociación entre el prestamista y el consumidor. Para los contratos de crédito en los que el tipo deudor sea fijo durante un período inicial pertinente, de varios años, y pueda fijarse luego para otro período mediante negociación entre el prestamista y el consumidor, la información incluirá una advertencia que indique que la TAE se calcula sobre la base del tipo deudor aplicable durante el período inicial.

Aquí se hará constar que la TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual y que para ayudar a comparar las diferentes ofertas. Se explicita la TAE del préstamo y que comprende el tipo de interés [valor en porcentaje o en tipo de referencia más diferencial si se tratase de un tipo variable o variable limitado] y el resto de los componentes de la TAE.

Se especificará, asimismo, de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

Debe *destacarse* la frase «la TAE aplicable a su préstamo es [TAE]». Cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltará esta circunstancia.

Sección «4. PERIODICIDAD Y NÚMERO DE PAGOS».

Si los pagos van a realizarse de forma periódica, se indicará la periodicidad (p.ej., mensualmente). Si la periodicidad de los pagos no fuera a ser constante, se explicará claramente al cliente las diferentes periodicidades. El número de pagos indicado abarcará todo el periodo de vigencia del préstamo.

Sección «5. IMPORTE DE CADA CUOTA HIPOTECARIA⁵³³».

⁵³³ La FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, hace aquí especial énfasis en advertencias y riegos que en la FIPER constan al final y agrupadas. Así: “Dado que [este préstamo/una parte de este préstamo] es un préstamo de solo intereses, tendrá que tomar disposiciones específicas para reembolsar la cantidad de [insértese el importe del préstamo que es solo de intereses] que adeudará al finalizar la vigencia del crédito. No olvide añadir a la cuota indicada cualesquiera pagos extraordinarios que deba realizar”. “El tipo de interés de [una parte de] este préstamo es variable. Esto significa que el importe de sus cuotas puede aumentar o disminuir. Por ejemplo, si el tipo de interés aumentase a [situación descrita en la parte B], sus cuotas podrían aumentar a [insértese el importe de la cuota

Se indicará claramente la moneda en que vaya expresado el préstamo.

Si el importe de la cuota hipotecaria puede variar debido a que el tipo de interés de referencia fuera variable o a que el préstamo estuviera denominado en divisa, se utilizará como referencia para el cálculo de esta cuota el tipo de interés o tipo de cambio del día más próximo a la fecha de emisión de la FIPER. Adicionalmente se consignará cuándo y con cuánta periodicidad variará posteriormente.

Si el importe de las cuotas puede variar durante la vigencia del préstamo, pero se mantiene fijo durante un determinado periodo inicial, la entidad especificará el periodo durante el cual el importe inicial de la cuota seguirá siendo válido, y cuándo y con qué periodicidad variará posteriormente.

Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables.

correspondiente a esa situación]”. “El valor del importe que tiene que reembolsar en [moneda nacional del prestatario] cada [periodicidad de las cuotas] puede variar”. “Sus pagos podrían incrementarse hasta [insértese el importe máximo en la moneda nacional del prestatario] cada [insértese el período]”. “Por ejemplo, si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuyera en un 20 % con respecto al/a la [moneda del crédito], tendría usted que pagar [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario] adicionales cada [insértese período]. Sus pagos podrían incrementarse en una cantidad muy superior a esta”. “El tipo de cambio utilizado para la conversión del reembolso en [moneda del crédito] a [moneda nacional del prestatario] será el publicado por [nombre del organismo encargado de la publicación del tipo de cambio] el [fecha], o se calculará el [fecha] utilizando [insértese el nombre del valor de referencia o el método de cálculo]”.

En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo⁵³⁴.

Si la moneda del préstamo no es el euro, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de cambio afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de cambio serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) variación experimentada por el tipo de cambio de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

⁵³⁴ A este respecto hay que recordar que el art. 26.2 Orden EHA/2899/2011 establece que en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor.

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

Quando la moneda utilizada para el pago de las cuotas difiera de la moneda del préstamo, se indicará con claridad el tipo de cambio que vaya a aplicarse. Dicha indicación incluirá el nombre del organismo encargado de publicar el tipo de cambio aplicable y el momento de cálculo de éste.

Aquí debe *destacarse* la moneda, así como, en su caso, las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado, y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión del reembolso en la moneda del préstamo a moneda nacional.

Sección «6. TABLA DE AMORTIZACIONES⁵³⁵».

Si el interés puede variar durante la vigencia del préstamo, la entidad indicará, tras la referencia al tipo de interés, el periodo durante el cual será válido el tipo de interés inicial.

La tabla que ha de insertarse en esta sección contendrá las siguientes columnas: «fecha de amortización», «importe de la cuota hipotecaria», «intereses a abonar en cada cuota hipotecaria», «otros costes incluidos en la cuota hipotecaria» (si procede), «capital amortizado en cada cuota» y «capital pendiente después de cada cuota hipotecaria ».

⁵³⁵ En la FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, este epígrafe se denomina “Tabla ilustrativa de reembolso”.

La información sobre el primer año de reembolso se facilitará por cuota hipotecaria, con inclusión de un subtotal para cada una de las columnas al final del primer año. En los restantes años, la información podrá facilitarse para el conjunto del año. Al final de la tabla figurará una fila para el total general, que reflejará los importes totales de cada columna. Se destacará claramente el importe total abonado por el cliente (esto es, el importe total de la columna «importe de la cuota hipotecaria»), identificándolo como tal.

Si el tipo de interés está sujeto a revisión y se desconoce el importe de la cuota tras cada revisión, la entidad podrá indicar en la tabla el mismo importe de cuota para toda la duración del préstamo. En este caso, la entidad llamará la atención del cliente, diferenciando para ello visualmente los importes conocidos de los hipotéticos (p.ej., utilizando caracteres tipográficos, bordes o sombreado diferentes). Se incluirá también un texto claramente legible que explique en relación con qué periodos pueden variar los importes recogidos en la tabla, y por qué razón.

Debe *destacarse* la advertencia sobre la variabilidad de las cuotas, en su caso.

Sección «7. VINCULACIONES Y OTROS COSTES⁵³⁶»

En esta sección, la entidad indicará las vinculaciones pertinentes, tales como la obligatoriedad de contratar cualquier servicio con la misma entidad o con otra. Por cada obligación, la entidad especificará frente a quién se asume y en qué plazo debe satisfacerse.

La entidad enumerará también cada coste por categoría, indicando su importe, a quién ha de abonarse y en qué momento. Si

⁵³⁶ En la FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, este epígrafe se denomina “Otras obligaciones”.

se desconoce el importe, la entidad facilitará una posible horquilla o indicará cómo va a calcularse.

Por último se incluye una advertencia: “asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (p.ej., gastos notariales) conexos al préstamo”.

En esta sección deben *destacarse* las obligaciones que, en su caso, deberá cumplir el cliente para beneficiarse de las condiciones del préstamo descritas en la ficha, así como las palabras «las condiciones de préstamo descritas, incluido el tipo de interés aplicable, pueden variar en caso de incumplimiento de las citadas obligaciones». También se resaltarán, si los hubiese, todos los costes no incluidos en las cuotas periódicas, tanto los que deban abonarse una sola vez como los que deban abonarse periódicamente, y la advertencia «Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (p. ej., gastos notariales) conexos al préstamo».

Sección «8. AMORTIZACIÓN ANTICIPADA⁵³⁷».

La entidad indicará en qué condiciones puede amortizarse total o parcialmente el préstamo y los trámites que debe realizar el cliente para solicitar la amortización anticipada.

Si la amortización anticipada conlleva compensación para la entidad, esta indicará el importe como porcentaje del capital amortizado o en caso de que dependa de otros factores se indicará la forma de cálculo de la compensación. La entidad facilitará al menos dos ejemplos ilustrativos con el fin de mostrar al cliente el importe de los gastos de amortización anticipada según distintas hipótesis posibles.

⁵³⁷ En la FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, este epígrafe se denomina “Reembolso anticipado”.

Debe *destacarse* la frase «Este préstamo puede amortizarse anticipadamente, total o parcialmente», así como las condiciones exigidas para tal amortización anticipada.

Sección «9. DERECHO DE SUBROGACIÓN⁵³⁸».

Aquí la entidad informa al cliente de su capacidad unilateral para subrogar su préstamo hipotecario conforme a lo previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

Sección «10. DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL CLIENTE⁵³⁹».

En esta sección se proporcionan los datos del Departamento de Atención al Cliente: nombre, dirección geográfica, número de teléfono, correo electrónico, persona de contacto y sus datos (potestativo). Y los del Defensor del cliente: nombre, dirección geográfica, número de teléfono, correo electrónico, persona de contacto y sus datos (también facultativo).

⁵³⁸ En la FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, este epígrafe se denomina “Elementos de flexibilidad”. Y además de la subrogación incluye otra figura no contemplada en nuestro Derecho: la “transferencia del préstamo a otro inmueble”.

⁵³⁹ En la FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, se unen esta sección y la siguiente bajo un único epígrafe denominado “Reclamaciones”. Es interesante destacar que En el caso de los contratos de crédito con consumidores residentes en otro Estado miembro, el prestamista informará de la existencia de la red FIN-NET (http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/) que es una Red para la Resolución de Litigios Financieros. FIN-NET ayuda a los consumidores a resolver reclamaciones transfronterizas en el ámbito de los servicios financieros a través de un mecanismo que les permite contactar con órganos de resolución extrajudicial de reclamaciones.

Por el contrario se introduce otra sección bajo la denominación “otros derechos del prestatario” donde se incluye el llamado “período de reflexión” regulado en el art. 14.6 Directiva 2014/17/UE y otro bajo la denominación “Supervisor” donde se determina éste.

Sección «11. SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA».

Se incluye el teléfono, dirección postal y página web del Banco de España.

Sección «12. INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS VINCULADOS AL PRÉSTAMO: CONSECUENCIAS PARA EL CLIENTE ».

Si el incumplimiento de alguna de las obligaciones que incumben al cliente en relación con el préstamo puede acarrearle consecuencias financieras o jurídicas, la entidad describe en esta sección los diferentes supuestos (p.ej., tipos de interés de demora, incumplimiento de las vinculaciones especificadas en la Sección 7).

La entidad también especificará de forma clara y fácilmente comprensible las sanciones o las consecuencias a que puede dar lugar cada uno de estos supuestos. Se expresarán de forma destacada las consecuencias graves, especialmente, los efectos de la ejecución hipotecaria y de la responsabilidad ilimitada del cliente.

Por último, se añade: “Si tiene dificultades para efectuar sus pagos [periodicidad], póngase en contacto con nosotros a la mayor brevedad posible para estudiar posibles soluciones”.

Aquí deberán *destacarse* las consecuencias financieras y/o jurídicas derivadas del incumplimiento.

Sección «13. INFORMACIÓN ADICIONAL, EN EL CASO DE VENTAS A DISTANCIA».

Cuando proceda, en la presente sección se incluirá una cláusula que estipule la legislación aplicable al contrato de préstamo y la jurisdicción competente, así como la lengua en la que está la información y la documentación contractual y con la que se comunicarán en el futuro con el cliente.

Sección «14. RIESGOS Y ADVERTENCIAS⁵⁴⁰».

Aquí se incluyen los siguientes riesgos y advertencias:

- “Sus ingresos pueden variar. Asegúrese de que si sus ingresos disminuyen aún seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas hipotecarias [periodicidad].

- Tiene usted derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante, con la antelación de 3 días hábiles previos a su formalización ante el mismo”.

Y, si ha lugar:

- “Puede usted perder su vivienda si no efectúa sus pagos puntualmente.

- Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago del préstamo no solo con su vivienda sino con todos sus bienes presentes y futuros.

- Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo no permanece fijo durante todo su período de vigencia.

- Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo a pesar de ser variable nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado].

- El presente préstamo no se expresa en euros. Tenga en cuenta que el importe en euros que necesitará para pagar cada cuota

⁵⁴⁰ En la FEIN que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, no se incluye un epígrafe con los riesgos y advertencias sino que se van repartiendo entre las secciones correspondientes.

variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro].

- Este es un préstamo de solo intereses. Ello quiere decir que, durante su vigencia, necesitará reunir capital suficiente para reembolsar el importe del préstamo en la fecha de vencimiento”⁵⁴¹.

Por último, se señala que, al margen de lo recogido en la presente ficha, tendrá que pagar otros tributos y gastos, p.ej., gastos notariales”.

Se resaltarán todos los riesgos y advertencias que la entidad haga constar como tales.

Como señala el art. 22.3 Orden EHA/2899/2011, toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada. Y más en concreto, como veremos más adelante, la FIPER puede llevar un anejo en los supuestos de existencia de instrumentos de cobertura de tipo de interés (art. 24) o de cláusulas suelo o techo (art. 25 Orden EHA/2899/2011).

Por otra parte, tal como veremos en el apartado 2 del art. 24 y en al art. 25 Orden EHA/2899/2011 cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, esta información debe recogerse en un anejo a la Ficha de Información Personalizada (FIPER) se indicará de forma destacada, a tenor del Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012:

En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información

⁵⁴¹ Este método de amortización no es utilizado en la práctica bancaria española.

Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

D) OFERTA VINCULANTE

Una vez que el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente, éste, a tenor de lo dispuesto en el art. 23 Orden EHA/2899/2011, podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.

Esta oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada como la que figura en el Anexo II de la Orden en la que, adicionalmente, se especificará que se trata de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de dicha oferta que, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, no será inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega

Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento.

Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

Esta oferta vinculante tiene su inspiración en la obligación que, a tenor del art. 8 LCCC, tiene todo prestamista que ofrezca un crédito a un consumidor, si éste así lo solicita, de entregarle un documento con todas las condiciones del crédito como oferta vinculante en los términos idénticos a lo establecido en el artículo 10

LCCC para la información previa al contrato, y que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales⁵⁴² desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él. Y como ya hemos señalado, el precedente más inmediato, en la legislación interna, de este art. 8 LCCC, debe buscarse en el art. 16 de la anterior, y ya derogada, Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Y responde a la voluntad del Legislador nacional porque ni lo contemplaba la entonces vigente Directiva 87/102/CEE ni lo contemplan las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE. Y en el ámbito de los préstamos hipotecarios se encontraba ya regulada en la hoy ya derogada OM de 5 de mayo de 1994.

Esta previsión normativa no hace sino atribuir al consumidor una mera facultad, facilitándole, si así lo desea, la obtención de un documento “en firme” donde se detallen, íntegramente, todos los elementos que conforman la proposición contractual a fin de poder compararla sosegadamente con las de otras entidades y contando con un plazo mínimo suficiente para realizar la referida comparación sin temor a que las condiciones varíen.

E) INFORMACIÓN ADICIONAL SOBRE INSTRUMENTOS DE COBERTURA DEL RIESGO DE TIPO DE INTERÉS

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, uno de los ámbitos que requerían de urgente actuación era el mercado hipotecario, que gracias a su intenso desarrollo, se decía entonces, ha facilitado el acceso de muchas familias a una vivienda en propiedad. “No obstante, resulta conveniente adoptar medidas para promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés, propios del mercado financiero. Para ello,

⁵⁴² La LCC-1995 fijaba un plazo de diez días hábiles.

se avanza en la facilitación y abaratamiento de las operaciones de novación y subrogación hipotecaria y se promueve el desarrollo y difusión de nuevos productos de aseguramiento de los riesgos de tipos de interés”.

Para esto último, el art. 19 de esta Ley, bajo la denominación “Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios” estableció lo siguiente: “Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original”.

El número 2 de este artículo obliga a tales entidades en los siguientes términos: “ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”. Este último precepto recoge las obligaciones de información que deberá ser imparcial, clara y no engañosa, comprensible...

Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el entonces vigente artículo 48.2 LDIEC, hoy derogado y sustituido por el art. 5 LOSSEC.

Cuando entra en vigor este precepto el Euribor anual hipotecario, que es el tipo de referencia más utilizado en la contratación en España, estaba en torno a 2,388% (diciembre de 2003) permaneciendo más o menos estable durante los años 2004 y

2005. Durante el 2006 subió desde un 2,833% en enero hasta el 3,921% en diciembre. Desde enero de 2007 (4,064%) a septiembre de 2008 (5,384%) siguió subiendo pero en diciembre de ese mismo año había bajado casi dos puntos porcentuales respecto al antedicho mes (3,452%) y poco más de un año después, en marzo de 2010, el Euríbor estaba en el 1,215%. Desde entonces empieza a subir ligeramente hasta superar el 2,000% en abril de 2011. En enero de 2012 vuelve a situarse por debajo del 2% (1,837%) y en diciembre de ese año se sitúa en el 0,549% y desde entonces ha ido disminuyendo hasta que en noviembre de 2014 se ha situado en el 0,337%.

En definitiva, que esta norma entra en vigor en una fase de tipos de intereses decrecientes y luego más o menos constantes. En esos momentos la contratación de esos instrumentos de cobertura de tipos de interés pudieron proteger a los prestatarios de posibles subidas. Pero a partir de diciembre de 2008 lo que han hecho es hacer sufrir pérdidas en mayor o menor cuantía en función del instrumento utilizado.

Los instrumentos de cobertura de tipos de interés utilizados en la práctica española son dos: los *caps* y los *swaps*.

El *cap* es una opción de tipos de interés por la que el prestatario puede garantizarse de las posibles subidas del tipo de interés por encima de un determinado nivel, por un período determinado y a cambio de un precio que se denominó “prima”. Así el prestatario adquiere el derecho ante la entidad de crédito (dentro de la duración) a que en cada una de las fechas de liquidación fijadas se le pague la diferencia, si es positiva, entre el tipo de interés que se ha obligado a pagar el préstamo hipotecario y el tipo máximo fijado en la opción y ello calculado para un importe nominal teórico que suele coincidir en cada fecha con el principal del préstamo pendiente.

Por ejemplo supongamos que el Euríbor está fijado en el 0,60% y contratamos un *cap* con un techo del 2%. Como referencia de cálculo el importe nominal del préstamo supongamos que sea de

150.000 euros y que la entidad de crédito calcula una prima anual de 2.000 euros. Si los tipos de interés se mantienen por debajo del techo fijado el prestatario sólo deberá pagar la prima anual del contrato y no percibirá cantidad alguna. Sin embargo, si el Euribor sube hasta el 2,30%, el prestatario, adquirente de la opción, percibiría el 0,30% de 150.000 euros y, por tanto, 450 euros.

Es infrecuente, aunque cabría contratarse de forma simultánea un tipo máximo *cap* y un tipo mínimo *floor*. Este tipo de coberturas, conocidas como *collar* establecen una banda de fluctuación y se instrumentan como compra de una opción y venta de otra por lo que la prima final será menor que cuando sólo se contrata un *cap*.

Por su parte, el *swap* es una permuta de tipos de interés (de ahí su nombre (*interest rate swap*)). Consiste, en el caso que nos ocupa, de intercambiar un tipo de interés variable por un tipo fijo, de forma que el prestatario pagará a la entidad de crédito (en virtud del contrato de *swap*) un tipo de interés fijo (sobre el capital contratado que se hace coincidir con el importe pendiente del préstamo) y percibirá de la entidad un tipo variable sobre esa misma cantidad⁵⁴³. Eso significa que si los tipos de interés suben por encima del interés fijo pactado en el *swap* el prestatario pagará cantidades inferiores que si estuviera aplicándose el tipo variable pactado en el préstamo. Pero si los intereses bajan, seguirá pagando las mismas cantidades y no se verá beneficiado por las bajadas del tipo de interés. Esto se complica sobremanera para el contratante dado que la cancelación anticipada del *swap* puede significar grandes desembolsos mayores a medida que bajen más los tipos de interés de mercado.

⁵⁴³ Viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras redactado por la Asociación Española de Banca Privada como "aquella operación por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada".

Por ejemplo, si se permuta un tipo de interés de Euribor anual más 2% (con un Euribor vigente del 1%) por un tipo fijo del 4%. El cliente pagará intereses a este tipo fijo aunque el tipo de referencia suba al 3% o baje al 0,40%.

De acuerdo con el art. 24 Orden EHA/2899/2011, en relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad⁵⁴⁴, “se informará al cliente de:

a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos”.

Por tanto, debe concretarse qué tipo de cobertura se concierta, si es un *cap* (límite al alza), un *collar* (límite al alza y a la baja) o un *swap* (se paga siempre un tipo fijo), así como cualquier otra característica.

“b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación”.

“c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso:

⁵⁴⁴ A estos efectos, no será necesario que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel.

Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún caso, cuando el importe nominal de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que éste sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente.

1.º la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe”.

Se debe expresar la necesidad de pagar una prima como ocurre con el *cap* y con el *collar* y su importe

“2.º las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas”.

Esto ocurre con los *swaps*. Se exige especialmente, como en otros casos, de pagos futuros, establecer varios escenarios posibles a la vista de la evolución pasada de los tipos de referencia, advirtiendo expresamente que las liquidaciones pueden ser negativas.

“3.º la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia”.

Esto es muy importante porque la cancelación de estos instrumentos de cobertura puede ser muy costosa y así se advierte al cliente de cuáles podrían ser esos costes en función de la evolución de los tipos de referencia.

Por último, también se informará al cliente: “d) Otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España⁵⁴⁵”.

⁵⁴⁵ Nada más añade específicamente la Circ. B.E. 5/2012 si bien en el número 7 de su ANEJO 6 (Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables), establece que “las políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos a la clientela, a que se refiere la norma duodécima de esta Circular, deberán respetar estos principios e incluir al menos” [...]: “Una política sobre la inclusión de cláusulas contractuales y sobre el ofrecimiento de productos financieros de cobertura de los riesgos de elevación de los tipos de interés y de cambio, que incluya procedimientos para resaltar, del

La información antes señalada se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada.

3.- TIPOS DE INTERÉS

Como ya hemos, señalado la retribución fundamental del capital en el tiempo es el interés que se calcula aplicando el tipo pactado sobre el capital y por el tiempo que se ha dispuesto del mismo.

Por otra parte, los tipos de interés pueden ser fijos o variables. Son fijos cuando permanecen constantes a través del tiempo y variables en caso contrario.

Obviamente, una de las cláusulas más importantes de todo contrato de préstamo es la referente a los intereses y al tipo de

modo que mejor reclame la atención del cliente, cualquier estipulación cuyos objetivos o funciones sean diferentes al mero establecimiento de límites superiores o techos a la variación de los citados tipos.

Cuando concurren esos objetivos o funciones diferentes o cuando el producto adopte un grado de complejidad que dificulte su comprensión, será esencial que la entidad extreme la diligencia en las explicaciones que se han de facilitar al cliente al que se ofrezcan, con el fin de que este pueda comprender las características del producto y de que sea capaz de adoptar una decisión informada y evaluar, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, la adecuación del producto ofrecido a sus intereses. A tal fin, recabarán del cliente la información adecuada a sus necesidades y su situación financiera y ajustarán la información que le suministren a los datos así recabados. En el caso de que los productos de cobertura concertados con el cliente supongan el potencial pago por aquel de cantidades diferentes a una mera prima por la existencia del límite superior ya citado (como, por ejemplo, en el caso de *swaps* de intereses u otros derivados que contemplen tales pagos), la entidad deberá alertar al cliente de tales abonos tan pronto como tenga conocimiento de que pueden producirse con arreglo a lo pactado (y periódicamente mientras concorra tal circunstancia), así como de las posibilidades de que, conforme a lo establecido en el contrato, disponga el cliente para resolver anticipadamente el contrato de cobertura y de los pagos o pérdidas que dicha cancelación pueden ocasionarle”.

interés. Ya la OM de 5 de mayo de 1994 establecía de forma detallada cómo debía ser esta cláusula estableciendo lo que debería hacerse constar:

“a) El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda la vida del préstamo o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del préstamo.

Si el tipo de interés fuera fijo durante toda la vida del préstamo, se señalará en esta cláusula su valor, expresado en tanto por ciento nominal anual.

Si el tipo de interés pudiera variar en algún período, se especificará con claridad el comienzo de dicho período, cumplimentándose obligatoriamente la cláusula 3ª bis⁵⁴⁶.

b) La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

c) El número de días que se considerará que tiene el año cuando, para el cálculo de los intereses devengados durante períodos inferiores a un año, sea preciso convertir el tipo de interés anual en un tipo de interés diario.

d) Cuando resulte de aplicación, la forma especial de liquidación de intereses del período transitorio durante el cual el prestatario no tenga la plena disponibilidad del importe íntegro del préstamo, por no haberse cumplido las condiciones establecidas al efecto.

⁵⁴⁶ A la que haremos mención más adelante.

En este supuesto los intereses se aplicarán exclusivamente a la parte del préstamo sobre la que el prestatario hubiera dispuesto o tuviera la libre disposición, y se entenderán devengados por días.

e) En el caso de préstamos en divisas, las reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses”.

Sin perjuicio de la derogación de esta norma en todo préstamo debe determinarse tipo de interés nominal, si es fijo o variable, período de liquidación de los intereses, fórmula para su cálculo.

A) TIPOS DE INTERÉS VARIABLES

Uno de los aspectos que siempre ha sido objeto de regulación en la normativa de transparencia de los préstamos hipotecarios es la referente a los tipos de interés variables. Y ello porque dado el largo plazo de duración de este tipo de contratos es donde los tipos de interés variables encuentran su ubicación más habitual.

Así en la cláusula 3ª bis de la OM de 5 de mayo de 1995, hoy ya derogada, recogía el contenido que debía tener la cláusula de interés variable (aunque en su estructura y elementos sigue constando de esta forma en la mayoría de las minutas de préstamo hipotecario de las entidades de crédito):

1. Definición del tipo de interés aplicable: se establecía las tres posibles formas de determinar un tipo de interés variable (como suma de un margen constante -positivo, nulo o negativo-, expresado en puntos o fracciones de punto y el tipo de interés de referencia; como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia; como suma de un tipo de interés constante más un margen variable, que será igual a la variación absoluta -positiva, nula o negativa-experimentada, desde cierta fecha establecida en el contrato, por un índice o tipo de interés de referencia; o de cualquier otro modo,

siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho).

2. Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia: En lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula debería expresar la definición del mencionado índice o tipo de interés; el organismo público, asociación o entidad privada que lo elaborase, y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario. Y cuando el tipo de interés de referencia correspondiera a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicaría si debía efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable.

También debía indicarse el índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que debía utilizarse excepcionalmente cuando resultase imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable.- Como veremos más adelante, cuando así se establecieran, los límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, expresando dichos límites.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable: Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permaneciera inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcanzase, en más o en menos, cierto umbral), se expresaría dicho umbral en fracciones de punto. Y si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuaría

5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable: debía establecerse la forma en que el prestatario conocería el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período y si existía algún procedimiento especial para que el prestatario pudiera utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepase del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

Otra de las cuestiones más importantes en relación a los tipos de interés variables es la determinación del tipo de referencia. Así la la disposición 6.2 OM de 5 de mayo de 1994, establecía respecto a los préstamos a tipo de interés variable sujetos a esa Orden, que las entidades de crédito únicamente podrían utilizar como índices o tipos de referencia aquéllos que cumplieran las siguientes condiciones:

“a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Como se observa este precepto es casi idéntico al vigente art. 26.1 Orden EHA/2899/2011 que establece que en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, “las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

La única diferencia es la sustitución de la expresión “que no dependan exclusivamente por la propia entidad de crédito” por la de

“que se hayan calculado a coste de mercado”. Hay que entender que cuando aparecen los tipos de interés variables en la práctica bancaria española (finales de los años ochenta), empiezan por tomarse como tipos de referencia los “preferenciales de la propia entidad”⁵⁴⁷ o de otra del mismo grupo financiero⁵⁴⁸ y luego la media de los preferenciales de un número determinado de bancos, de forma que uno de los utilizados podía ser el de la propia entidad prestamista. Hoy ya esas prácticas están absolutamente abandonadas y esos tipos de referencia fueron sustituidos por tipos de mercado como era en su momento (aunque hoy siga existiendo) el *MIBOR (Madrid Interbank Best Offered Rate)*, hoy sustituido en la práctica por el *EURIBOR (European Interbank Offered Rate)*.

⁵⁴⁷ Lo que fue reiteradamente rechazado por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (Memoria del 2006, págs. 123-124; Memoria del 2007, págs. 107-108; Memoria del 2008, págs. 106-107; Memoria del 2009, pág. 105; Memoria del 2010, págs. 95-96; Memoria del 2011, pág. 75; Memoria del 2012, págs. 102; Memoria del 2013, págs. 123-124).

⁵⁴⁸ Como señalaba la Sent. A.P. de Madrid de 28 de febrero de 1995, “es cierto que la entidad demandada goza de personalidad jurídica propia y por tanto distinta de la del Banco I. E. S.A., pero no es menos verdad que ambas sociedades pertenecen al mismo grupo y por tanto comparten los mismos intereses. [...] Tampoco se puede cuestionar el carácter abusivo de la cláusula segunda del contrato por cuanto la remisión efectuada por la primera sociedad a la segunda para la determinación de interés aplicable, no conlleva la objetividad propia de la intervención de un tercero que persiguen las Circulares del Banco de España 15/1988, de 5 septiembre, y la número 8/1990, de 7 septiembre, ni la Orden Ministerial de 12 diciembre 1989, y aun cuando tales Circulares no resultan aplicables por ser posteriores a la fecha en que se otorgó el contrato suscrito por las partes litigantes -el 11 octubre 1988- no hacen sino reflejar un principio que también inspiraba el artículo 1.256 del Código Civil así como la Ley 26/1984, de 19 julio (General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). [...] No por ello dejan de merecer la condición de abusivas aquellas cláusulas como la segunda del contrato antedicho en virtud de la cual ni se recogían con claridad un tipo de interés preferencial aplicable a partir de la primera anualidad, ni se fijaban unas bases para la determinación del mismo ajenas a los intereses del mismo grupo al que pertenece la sociedad demandada” (COLINA GAREA, R.: “El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores (a propósito de la STAP de Madrid de 28 febrero 1995)”, RDBB julio-septiembre 1996, pág. 722).

Ya había señalado la doctrina⁵⁴⁹ que el tipo de referencia debía ser objetivo lo que implicaba que debía formarse con absoluta independencia de la voluntad de los contratantes (art. 1.273 CC) de modo que ninguna de ellas pueda influir en su determinación ya que ello supondría dejar la cuantía del interés nominal al arbitrio del prestamista⁵⁵⁰.

En cuanto a la utilización de un “procedimiento matemático objetivo”, se hace uso de “medidas estadísticas de posición o tendencia central” como son la media aritmética simple y/o la media aritmética ponderada⁵⁵¹. Hay que entender que tales métodos no serían objetivos si se acudiese a “ponderaciones subjetivas” (p.e. ponderar los tipos de una entidad en mayor proporción que los de otra que se alejen de criterios objetivos como ponderar por cantidades).

Por último, en los tipos de interés variable se puede producir el *redondeo*. Como ya hemos señalado anteriormente, la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece que en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. Pero el redondeo del tipo de interés “habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto”.

⁵⁴⁹ Así SEGURA ZURBANO, J.M. (“Los préstamos a interés variable”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXIX, 1990, pág. 318).

⁵⁵⁰ “Cuánto más si tenemos presente que en la práctica totalidad de los contratos se pacta su extinción para el caso de que el prestatario no admita el nuevo tipo” (ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 412).

⁵⁵¹ Otras son la media geométrica, la media armónica, moda y la mediana.

B) TIPOS DE INTERÉS OFICIALES

Precisamente para dar cumplimiento a esos dos principios que debían y deben inspirar la formulación de los tipos de interés variables, surgen los “tipos de interés oficiales”.

Al amparo del entonces vigente art. 48.2.e⁵⁵² LDIEC, (hoy sustituido por el art. 5.2 *in fine*⁵⁵³ LOSSEC), la disposición adicional segunda de la OM de 5 de mayo de 1994, estableció: “El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente”. Lo que hizo a través de la Circ. B.E. 4/1994, de 22 de julio que modificó la Circ. B.E. 8/1990, de 7 de septiembre⁵⁵⁴.

⁵⁵² “2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y 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, pueda: [...]

e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios”.

⁵⁵³ “2. En particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan: [...]

Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios”.

⁵⁵⁴ Los tipos de referencia oficiales que se establecieron fueron los siguientes:

1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre:

a) De bancos

Hoy la determinación de cuáles son esos “tipos de interés oficiales” viene establecida por una norma de mayor rango, la Orden EHA/2899/2011, y, más concretamente, su art. 27 que luego remite para la determinación de su forma de cálculo a una posterior Circular del Banco de España (que es la Circ. B.E. 5/2012 y concretamente su Anejo 8).

De acuerdo con este precepto, a efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente en el «Boletín Oficial del Estado» y estarán también disponibles en la página electrónica del Banco de España, los siguientes tipos de interés oficiales:

“a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España⁵⁵⁵.

b) De cajas de ahorro

c) Del conjunto de entidades de crédito

2. Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro

3. Rendimiento interno en el mercado secundario de la Deuda Pública entre dos y seis años

4. Tipo interbancario a 1 año (Mibor)

Mediante por Circ. B.E. 7/1999, de 29 de junio se introduce:

5. Referencia interbancaria a un año (Euribor).

⁵⁵⁵ Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y las cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros, de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta.

La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro⁵⁵⁶.

$$I_c = \frac{\sum i_b + \sum i_{ca}}{n_b + n_{ca}}$$

Siendo:

I_c = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de entidades

i_b, i_{ca} = Los tipos de interés medios ponderados de los préstamos de cada banco y cajas de ahorros, respectivamente.

n_b, n_{ca} = El número de bancos y cajas de ahorros declarantes.

Para el cálculo de este índice no se tendrán en cuenta los tipos de interés comunicados por las cajas de ahorros que no ejerzan directamente la actividad financiera.

⁵⁵⁶ Se define como la media aritmética ponderada por el volumen de operaciones de los tipos de interés aplicados a las nuevas operaciones de préstamo o crédito a la vivienda en las que se prevea un período de fijación del tipo de interés inicial de entre uno y cinco años, realizadas en euros con los hogares residentes en la zona del euro durante el mes de referencia, que será el segundo mes anterior a aquel en el que tenga lugar la publicación de dicho valor.

Esta media será la calculada por el Banco Central Europeo conforme a lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 63/2002 del Banco Central Europeo, de 20 de diciembre de 2001, sobre las estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y préstamos frente a los hogares y las sociedades no financieras, publicada en el «Boletín Mensual» de dicha institución, bajo la rúbrica «*Lending for house purchase; By initial rate fixation; Over 1 and up to 5 years*», del cuadro 2 «*Interest rates on loans to households (new business)*», del apartado 4.5 «*MFI Interest rates on euro-denominated deposits from and loans to euro area residents*», que figura en el punto 4 «*Financial Markets*» del capítulo «*Euro Area Statistics*» de dicho Boletín.

En caso de que el día 16 de cada mes no hubiera tenido aún lugar la publicación del citado «Boletín Mensual», se tomará como valor de la media aritmética antes definida el que el Banco Central difunda en la nota de prensa «Estadísticas de los tipos de interés aplicados por las IFM de la zona del euro» publicada dicho mes. Este valor será el recogido en la tabla 4 «Tipos de interés aplicados por las IFM a los nuevos préstamos y créditos denominados en euros

c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años⁵⁵⁷.

concedidos a los hogares de la zona euro», para los «Préstamos y créditos a los hogares. Crédito para adquisición de vivienda. Más de un año y hasta cinco años de fijación del tipo inicial».

El índice publicado en la Resolución del Banco de España no se corregirá incluso en el caso de que el Banco Central Europeo modificara posteriormente el tipo que hubiese publicado inicialmente.

⁵⁵⁷ Se define como la media móvil semestral centrada en el último mes de los rendimientos internos medios ponderados diarios de los valores emitidos por el Estado materializados en anotaciones en cuenta y negociados en operaciones simples al contado del mercado secundario entre titulares de cuentas, con vencimiento residual entre dos y seis años.

El índice se calculará aplicando las fórmulas siguientes:

a) Para calcular el rendimiento interno efectivo de cada operación realizada:

$$P_i = (1+R_i)^{-T} \left[C \cdot \frac{1-(1+R_i)^{-N/M}}{1-(1+R_i)^{-1/M}} + A(1+R_i)^{-(N-1)/M} \right]$$

b) El rendimiento interno medio ponderado diario se obtiene ponderando los rendimientos internos de cada operación por sus respectivos volúmenes nominales de negociación:

$$R = \frac{\sum_{i=1}^{i=M} R_i \cdot P_i}{\sum_{i=1}^{i=M} P_i}$$

c) El índice efectivo se define como la media simple de los rendimientos internos medios ponderados diarios registrados en los seis meses precedentes al de la publicación:

Siendo:

d) Referencia interbancaria a un año (Euribor)⁵⁵⁸.

e) Permuta de intereses/*Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de cinco años⁵⁵⁹.

$$I_e = \frac{\sum R}{t}$$

I_e = índice efectivo

R = La media ponderada diaria, en tanto por ciento, de las tasas de rendimiento interno de las operaciones realizadas con todos aquellos valores que reúnan los siguientes requisitos:

- i) Que sean valores emitidos por el Estado y materializados en anotaciones en cuenta, negociados en operaciones simples al contado en el mercado entre titulares de cuentas en la Central de Anotaciones.
- ii) Que sean valores con tipo de interés fijo.
- iii) Que sean valores contratados a tipos de mercado, eliminando aquellos que, por cualquier motivo, se cruzan a tipos muy diferentes.
- iv) Que el plazo residual del valor negociado esté comprendido entre dos y seis años. Si existe cláusula de amortización anticipada, se tomará la primera fecha de vencimiento.

P_i = Precio total de la operación

R_i = Tipo de rendimiento interno de cada operación

C = Importe bruto de un cupón

T = Tiempo en años (365 días) entre la fecha de liquidación y el primer cupón

N = Número de cupones que se han de pagar hasta la amortización

M = Número de pagos de cupón por año

A = Valor de amortización

t = Número de días con negociación en el período considerado

⁵⁵⁸ Se define como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (euríbor).

⁵⁵⁹ Se define como la media simple mensual de los tipos de interés diarios *Mid Spot* del tipo anual para *swap* de intereses (expresado porcentualmente) para operaciones denominadas en euros, con vencimiento a cinco años, calculados por la ISDA (*International Swaps and Derivatives Association, Inc.*) y publicados por la

f) El Mibor⁵⁶⁰, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo

agencia Bloomberg en la página ISDAFIX bajo el identificador <EIISDB05 Index> sobre la mención «11.00 AM London» a las 12.00 a.m. (CET).

⁵⁶⁰ Se define como la media simple de los tipos de interés diarios a los que se han cruzado operaciones a plazo de un año en el mercado de depósitos interbancario, durante los días hábiles del mes natural correspondiente. No obstante, en los días hábiles en los que no se hayan cruzado operaciones a un año en el mercado de depósitos interbancario español, se tomará como dato para calcular la media mensual el tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en euros a plazo de un año, calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (euribor).

Para el cálculo del tipo de interés diario en el mercado interbancario español, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

a) De las operaciones cruzadas se excluyen las realizadas a tipos claramente alejados de la tónica general del mercado.

b) Los tipos diarios son, a su vez, los tipos medios ponderados por el importe de las operaciones realizadas a ese plazo durante el día.

c) El plazo de un año se define como el intervalo de 354 a 376 días.

d) La fórmula de cálculo es la siguiente:

Para el cálculo del tipo de interés diario ponderado en el mercado interbancario español:

$$R_d = \frac{\sum_{i=1}^{i=n} R_i \cdot E_i}{\sum_{i=1}^{i=n} E_i}$$

Para el cálculo del tipo de depósitos interbancarios:

$$I_{DI} = \frac{\sum R_d}{t}$$

Siendo:

R_d = La media ponderada de los tipos de interés diarios, o la «Referencia interbancaria a un año», tal y como se define en el número 7 de este anejo, los días en que no se hayan cruzado operaciones en el mercado español

previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro”.

Por su parte, la disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011 estableció que los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se produciría transcurrido un año de la entrada en vigor de la esta orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

Hasta ese momento, el Banco de España se encargaría de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

Para la publicación de estos índices continuaron vigentes las definiciones de los mismos conforme a lo previsto en la Circular 8/1990, con las siguientes particularidades:

R_i = Los tipos de interés de cada una de las operaciones cruzadas

E = El importe efectivo de cada operación

n = El número de operaciones cruzadas en el día

I_{DI} = El tipo mibor a un año

t = El número de días hábiles en el mercado interbancario

a) Las cajas de ahorro que ejercieran indirectamente su negocio financiero conforme a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros declararán al Banco de España, de acuerdo con lo establecido en las especificaciones técnicas correspondientes, como tipos de interés a efectos de la elaboración de los citados índices, los que practique la entidad bancaria a la que hayan aportado su negocio financiero.

b) Las declaraciones que a tal fin hagan las entidades bancarias a través de los que se ejerza indirectamente no se tomarán en consideración para la elaboración de los índices

Por último, la disposición adicional decimoquinta (Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia) de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, estableció que, con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, el Banco de España dejaría de publicar en su sede electrónica y se produciría la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato y en defecto de éste o en caso de que éste fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos

hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo aquí previsto implicaría la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita y que las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo aquí dispuesto.

C) TIPO DE INTERÉS VARIABLE LIMITADO. LA CLÁUSULA SUELO

a) Consideraciones previas

Cuando se establece en un contrato de préstamo o de crédito un tipo deudor variable puede incluirse alguna cláusula limitativa de esa variabilidad. Esta limitación puede hacerse fijando un tipo de interés mínimo, estaríamos así en las conocidas como *cláusulas suelo*, lógicamente la más perjudicial para todo deudor; o fijándose un tipo máximo (las llamadas *cláusulas techo*), o una combinación de ambas (que se conoce como *cláusula túnel* o por el término en inglés *collar*). Este tipo de cláusulas son perfectamente conocidas y utilizadas en determinadas operaciones financieras (p.e. en los swaps de tipos de interés).

Por razones de espacio no puede hacerse un análisis en profundidad de este tema aunque sí, obviamente, plantear tanto las distintas posiciones de las resoluciones judiciales que se han pronunciado al respecto, como analizar la trascendente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013, Roj 1916/2013), si bien hoy hay una segunda sentencia al respecto,

que sigue la anterior, de 8 de septiembre de 2014 (STS 464/2014, Roj: STS 3903/2014) a la que también se hará mención.

Hay que señalar que es precisamente en este ámbito de las operaciones con garantía hipotecaria, por ser habitualmente a largo plazo, donde la normativa de transparencia ha hecho más énfasis en este tipo de cláusulas; y esto ya desde la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y, aún más, en la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

b) Obligaciones de transparencia respecto a la cláusula suelo

La limitación a la variabilidad del tipo de interés ha sido algo admitido por nuestra normativa de transparencia de los préstamos hipotecarios aunque exigiéndose siempre un *plus* de información.

b.1) Régimen de la OM de 5 de mayo de 1994

En el Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, hoy derogada, referido a las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios que debían figurar en los contratos y, más concretamente, en el apartado número 3 de la cláusula 3ª bis (tipo de interés variable), se establecía lo siguiente:

“Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan *límites máximos y mínimos* a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, *se expresarán* dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo. Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse

dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.”

Por tanto, la limitación a la variabilidad del tipo de interés, caso de existir, era de inclusión necesaria en el contrato. Y sin perjuicio de su lectura por el Notario como el resto de las cláusulas, el artículo 7.3 referente al acto del otorgamiento establecía:

“En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: ...

2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, *advertir* expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: ...

c) Que se hubieran *establecido límites a la variación del tipo de interés*. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes”.

Por tanto, se advertía expresamente de la existencia de la limitación a la variabilidad del tipo de interés y, en particular, si existía suelo y techo, cuando las limitaciones no fueran semejantes.

Con carácter previo al contrato se entregaba un “folleto informativo” gratuito, de acuerdo con el art. 3 de la OM de 1994, cuyo contenido venía en su Anexo I y en el que se incluía la información sobre la modalidad del tipo de interés (fijo/variable), el tipo de interés aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual, en caso de préstamos a tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable); índice o tipo de referencia en préstamos a

interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible). Como se ve, aquí no se contenía ninguna referencia expresa al tipo mínimo o suelo.

Sin embargo, a tenor del art. 5 de la OM, efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito venía “obligada a efectuar una *oferta vinculante* del préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo”. Esta oferta se formulaba por escrito, y especificaba, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II, por tanto, como hemos visto, con referencia expresa a los límites del tipo de interés. Y en esta oferta vinculante se haría constar el derecho del prestatario, en caso de que aceptase la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación ya vista, en el despacho del Notario autorizante.

b.2) Régimen de la Ley 2/2009, de 31 de marzo

El art. 18 (*Deberes notariales y registrales*) de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito⁵⁶¹, “en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o

⁵⁶¹ Esta norma viene motivada por la expansión del mercado de financiación de bienes inmuebles lo que produjo la intervención en el mismo de empresas que contrataban con sus clientes préstamos y créditos hipotecarios sin tener la condición de entidades de crédito. A fin de proteger a estos clientes se establecen mecanismos semejantes a los previstos para los clientes de las entidades de crédito. (ALCALÁ DÍAZ, M^a.A.: *La Protección del Deudor Hipotecario...*, pág. 34).

crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

“En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán [...]:

b) En el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido *límites a la variación del tipo de interés*. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias⁵⁶², en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto [...].”

⁵⁶² “Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Como se observa, se están transcribiendo las normas de transparencia a estos efectos vigentes en el momento de su promulgación y, por tanto, las de la OM de 5 de mayo de 1994 (hoy sustituidas por las más exigentes de Orden EHA/2899/2011) y elevándose a rango de Ley. Sin perjuicio de la necesidad de coordinación normativa, la Ley 2/2009 será objeto de modificación por su necesaria adaptación a lo preceptuado por la Directiva 2014/17/UE.

b.3) Régimen de la Orden EHA/2899/2011

Tal como exige el Anexo I Orden EHA/2899/2011, en la *Ficha de Información Previa* (FIPRE) “se especificará *de forma destacada* la existencia de *límites a la baja*_(suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés”.

Y a tenor del Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012, “cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltará esta circunstancia”,

Además, en la *Ficha de Información Personalizada*_(FIPER), tal y como se exige en el Anexo II Orden EHA/2899/2011.

- En la Sección «2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PRÉSTAMO».

En esta sección también se indicará si el tipo de interés es fijo, variable o variable limitado y, en su caso, los periodos en los que el tipo aplicado consistirá en cada una de estas clases. Se señalará también la periodicidad de las revisiones del tipo variable y variable limitado. Asimismo, se explicará la fórmula utilizada para revisar el tipo de interés. La entidad indicará además dónde hallar información adicional sobre los índices o los tipos utilizados en la fórmula.

El nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso. Se especificará de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

- En la Sección «3. TIPO DE INTERÉS».

Se especificará, asimismo, de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

A tenor del Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012, dentro de esta sección, cuando existan límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable, o cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés, se resaltará esta circunstancia.

- Sección «5. IMPORTE DE CADA CUOTA HIPOTECARIA».

Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria: [...]

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

En esta sección debe *destacarse*, a tenor del Anejo 3 Circ. B.E. 5/2012, las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios

de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado.

- Sección «14. RIESGOS Y ADVERTENCIAS».

Una de estas advertencias es la siguiente: “Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo a pesar de ser variable nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]”.

Por su parte, de acuerdo con el art. 25 Orden EHA/2899/2011 denominado *Información adicional sobre cláusulas suelo y techo*, “en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima”.

Por tanto, podemos observar que en la información precontractual se incluye la posible existencia de cláusulas suelo en la FIPRE y en cuatro de las catorce secciones de la FIPER y, adicionalmente, en un anexo a ésta.

Hay que añadir que en el supuesto que el cliente solicitase una oferta vinculante dado que el art. 23 Orden EHA/2899/2011 establece que su contenido es coincidente con el de la FIPER, la información señalada se reproducirá en ella.

Dado que el contenido de la FIPER se reproduce en la escritura de préstamo hipotecario e, incluso, se incorpora a la misma, todas estas referencias forman parte de la información contractual.

A ello hay que añadir que, a tenor del art. 30,3 Orden EHA/2899/2011 y en relación con el acto de otorgamiento, se dice:

“Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá: [...]

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y *advertirle expresamente* cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: ...

3º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.

ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés”.

Por tanto, en el propio acto del otorgamiento y, sin perjuicio de la lectura del contenido del contrato y, muy especialmente, de sus cláusulas financieras, deben hacerse expresamente advertencias en los supuestos de limitaciones a la variabilidad del tipo de interés.

Como puede observarse el régimen de transparencia impuesto por la Orden EHA/2899/2011 es muy superior al de la OM de la OM de 5 de mayo de 1994⁵⁶³.

⁵⁶³ Como señala I. ZURITA MARTÍN (*Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pág. 57) en relación con la Orden EHA/2899/2011, “la nueva norma también aborda cuestiones sustanciales tales como el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, a efectos de sustituir la anterior regulación de 1994; asimismo, refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios, como las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura de tipos de interés”.

b.4) Régimen de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios

Como lo ya señalado no parece suficiente, el art. 6 de la **Ley 1/2013**, de 14 de mayo bajo la denominación *Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios*, exige en las escrituras en las que se estipulen cláusulas suelo y techo, cuando el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, junto a la firma del cliente debe haber una expresión manuscrita en los términos que estableciera el Banco de España.

Mediante Comunicación del Consejo General del Notariado de 20 de julio de 2013, cuando esta “expresión” ya había sido publicada en la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, se informa a los Notarios que el Banco de España en la reunión de su Comité Ejecutivo de 5 de julio de 2013 había dado cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 1 del citado artículo 6. La “expresión” alumbrada por este órgano fue la siguiente:

“Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones (suelo) a la variabilidad del tipo de interés.

Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el Notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que el tipo de interés de mi préstamo a pesar de ser variable nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [...%]”.

No nos extenderemos en este epígrafe. Baste señalar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no parece que el Banco de España pueda dictar resoluciones que vinculen a los Notarios y así se tiene que resolver el problema con un acuerdo de su máximo órgano ejecutivo que se comunica al Consejo General del Notariado para que éste se lo haga llegar a los Notarios.

En cuanto a la “expresión” es un poco extensa pudiendo haberse abreviado bastante más. Sus autores son plenamente desconocedores de las dificultades que tiene mucha gente para escribir eso sin olvidar los problemas de las personas de cierta edad y los de los extranjeros; tampoco podemos olvidar que alguna persona podría considerar, y con razón, esta exigencia un desprecio a su capacidad intelectual⁵⁶⁴. Y, habida cuenta de ello, como dictar esta “parrafada” implica un número elevado de faltas de ortografía de las que se deja constancia en las copias al incorporar a la matriz el documento escrito y firmado de puño y letra por todos y cada uno de los prestatarios y que luego se reproducirá en las copias, se opta por que el otorgante tenga a la vista el texto que debe reproducir. Así que, a partir de este momento, se sustituirá “el Notario no me lo leyó” por “el Notario me hizo copiar un texto que no entendí”.

Todo ello sin olvidar que a la vista de las obligaciones genéricas de todo Notario y las específicas que impone la Orden EHA/2899/2011, parece claramente innecesario todo esto. Es más, ya se hace constar la advertencia en la FIPER. Hubiera bastado con haber obligado a incorporar un ejemplar de la FIPER firmado a la escritura pública. Y si el legislador no se fía de esto y quiere que vea el Notario cómo los prestatarios escriben todo ello de su puño y letra, ¿por qué no se fía de que se lo haya leído y explicado cómo es su obligación y que el prestatario ha consentido con dicha cláusula con pleno conocimiento?

Como recuerda GÓMEZ LOZANO⁵⁶⁵, esta exigencia de expresión manuscrita “ha sido incorporada a otros instrumentos

⁵⁶⁴ Son muy interesantes las reflexiones derivadas de una situación real que realiza M^ª ADORACIÓN FERNANDEZ MALDONADO: “A vueltas con la expresión manuscrita”, 28 de diciembre de 2014
<http://www.notariosyregistradores.com/OPINION/2014-expresion-manuscrita.htm>

⁵⁶⁵ GÓMEZ LOZANO, M^ª del M.: “La protección del Consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios”, *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores*

financieros respecto a los cuales ha quedado demostrada también, entre otras circunstancias, la falta de una información detallada y completa al consumidor sobre el producto contratado” (véase Circ. CNMV 3/2013, de 12 de junio, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros). Pero a este respecto hay que señalar que este tipo de operaciones se mueven en el ámbito de la contratación privada y no hay un fedatario público que tiene la obligación de informar y recabar el consentimiento informado del cliente bancario y al que se le puede y se le debe preguntar, obteniéndose así la respuesta de un profesional independiente y cualificado.

Por último, como señalan CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO⁵⁶⁶, tras la sent. TS de 9 de mayo de 2013 que ha declarado “que la observancia más escrupulosa de los requisitos de información-transparencia impuestos por la normativa imperativa sectorial (OM de 5.5.1994, vigente en el momento de la contratación objeto del proceso, actualmente sustituida por la Orden EHA/2899/2011) no servirá para satisfacer el estándar de transparencia exigido por el juzgador, cuando es manifiesto que éste fue y ha sido el propósito del Ministerio de Economía y del Banco de España. ¿Pero valdrá entonces el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? ¿Es esto lo que *faltaba* a las entidades demandadas para conseguir alcanzar el estándar de validez? Porque si con tal cosa queda satisfecha la exigencia (iy no

hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (Dir. A. Núñez Iglesias), editorial Comares, Granada, 2014, pág. 190.

⁵⁶⁶ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, Revista CESCO nº 7/2013, pág. 131, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco>

puede ser de otra forma, salvo que se conculque el principio de legalidad!), el empeño de la sentencia es un *non sequitur*, que condena a las entidades demandadas *por nada* y les exige en el futuro acomodarse a una exigencia *que es nada*".

b.5) Régimen de la Directiva 2014/17/UE

Como ya hemos señalado el equivalente a nuestra FIPER es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que consta en el anexo II de la Directiva 2014/17/UE, que incluye un epígrafe 4 denominado "Tipo de interés y otros gastos".

En la parte B del anexo II de la Directiva 2014/17/UE, donde se establecen las instrucciones para cumplimentar la FEIN se señala para este epígrafe que "el tipo de interés se mencionará en forma porcentual. Si el tipo de interés es variable y se basa en un tipo de referencia, el prestamista podrá, si lo desea, indicar el tipo de interés mediante un tipo de referencia y un valor porcentual que represente el diferencial del prestamista. Estará obligado a indicar, en cambio, el valor del tipo de referencia vigente el día en que extienda la FEIN. Si el tipo de interés es variable, la información incluirá: a) las hipótesis empleadas para el cálculo de la TAE; b) si procede, los límites aplicables al alza o a la baja; y c) una advertencia que indique que la variación del tipo puede afectar al nivel efectivo de la TAE. Para llamar la atención del consumidor, la advertencia *se resaltará* utilizando caracteres tipográficos de mayor tamaño y figurará de manera destacada en el cuerpo principal de la FEIN. La advertencia irá acompañada de un ejemplo ilustrativo sobre la TAE. Si la variación del tipo deudor tiene un límite al alza, se supondrá en el ejemplo que el tipo deudor aumenta en la primera ocasión en que tal aumento sea posible al nivel máximo previsto en el contrato de crédito.

En definitiva, y con esto podemos ver la importancia que se le da a este tema en la normativa europea, que toda la información

precontractual que se le da al prestatario es, si procede, “los límites al alza o a la baja”.

Es fácil concluir que nuestra normativa sobre transparencia e información de la cláusula suelo es mucho más exigente que la europea.

c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013

Para llegar a la STS de 9 de mayo de 2013, debemos plantear, previamente, la controversia judicial en la que trae origen. Fueron distintas las resoluciones judiciales⁵⁶⁷ que se manifestaron en uno y otro sentido.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (Roj: SAP SE 1470/2011) cuyo recurso resuelve la STS de 9 de mayo de 2013, señala: “consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial *-sic-*), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las

⁵⁶⁷ A este respecto puede verse CASASOLA DÍAZ, J.M^º: “Capítulo 9. Análisis jurisprudencial (I). Marco legislativo” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^º López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014 y PAREJA SÁNCHEZ, M.: “Capítulo 10. Análisis jurisprudencial (II). Estado de la jurisprudencia específica sobre cláusulas suelo” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^º López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.

condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo. Así pues, al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés y, en el caso que nos ocupa, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo, su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor que puede contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado, y tras ello decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado”⁵⁶⁸ .

Respecto a la calificación de esta cláusula como abusiva continúa señalando esta sentencia: “Dice el artículo 82 LCU⁵⁶⁹ que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Y el art. 82.4 dispone que “no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato”.

La sentencia continúa analizando los tres requisitos se precisan para que una cláusula sea abusiva:

⁵⁶⁸ Añade que son “ofertas cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994”, reflexión que cabe sólo para las operaciones con garantía hipotecaria”.

⁵⁶⁹ Para nosotros TRLCU.

a) Que no se haya negociado; b) que sea contraria a la buena fe; c) que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En cuanto al primero, el *iter* negocial que establece la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la regulación del contenido de las ofertas vinculantes y la gran competencia existente en el mercado con multitud de ofertas sin cláusula suelo [...], garantizan la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario que excluye la concurrencia del requisito de la imposición o, lo que es igual, de la falta de negociación. [...]

Los pactos de limitación de la variabilidad tampoco son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el *iter* negocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, el solicitante ha recibido toda la información, y estos pactos son totalmente legales al estar contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de mayo de 1994.

El último requisito es que produzcan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En este caso el desequilibrio versaría sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza.

[...]

Cuando el TRLCU se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, continúa la sentencia, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, es decir, a aquella propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de una de las partes se corresponde otra obligación del otro contratante. En el contrato de préstamo, al ser un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista, sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados.

Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato. La introducción de límites a la variabilidad de los tipos que reduzca el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas, no es un pacto que se corresponda con ninguna otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación en el contrato de préstamo es la de entregar al prestatario el dinero. A partir de ahí ninguna otra obligación tiene con éste. El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, junto con el interés referencial y el diferencial, con la finalidad de establecer una retribución mínima del capital entregado y, en su caso, la máxima que habría de satisfacer el prestatario. Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. El equilibrio al que el art. 82.1 TRLCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Vemos así que la referida sentencia entiende que la cláusula suelo no es una condición general de la contratación, afecta al objeto principal del contrato por lo que su aceptación es libre y voluntaria y cumple los requisitos de transparencia en el *iter* negocial, regulado legalmente. Por último, en ella no se dan los requisitos de las cláusulas abusivas.

En el otro lado de la balanza, la Sent. A.P. de Alicante de 13 de septiembre de 2012 (Roj: SAP A 2230/2012), considera que la cláusula suelo-techo reviste todos los elementos propios de las condiciones generales de la contratación y, consiguientemente, puede examinarse la posible nulidad de la misma por ser abusiva (artículo 8.2 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) porque al margen de presentar los elementos de la predisposición y generalidad (admitidos en la Sentencia recurrida) también reúne el elemento de la imposición en

el sentido de ausencia de negociación al carecer el adherente de influencia en la determinación del contenido obligacional.

Para la A.P. de Alicante, la cláusula controvertida reúne el requisito de la imposición porque:

En primer lugar, niega que los límites a la variación del tipo de interés del préstamo constituyan un elemento esencial del préstamo al formar parte del precio porque realmente viene a actuar como un pacto accesorio de control respecto del tipo de interés aplicable [...] que es la verdadera retribución o precio del préstamo, por lo que solo se aplicará cuando concurra el supuesto previsto; es decir, puede que no se aplique nunca o puede que se aplique durante determinados períodos de la vigencia del contrato.

En segundo lugar, destaca el carácter accesorio de esta cláusula el IBE al señalar que "el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas [de acotación de variación de tipos] se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios."

En tercer lugar, la STS de 4 de noviembre de 2010, entre otras muchas, ha declarado la nulidad por abusiva de la llamada cláusula de redondeo al alza del tipo de interés aplicable a un contrato de préstamo de la que formaba parte como condición general de la contratación. En la medida en que la cláusula de redondeo también constituye un pacto accesorio que sirve para cuantificar el tipo de interés exigible, iguales consideraciones son extensibles para calificar como condición general de contratación a la cláusula suelo-techo porque cumple una función de análoga naturaleza.

En cuarto lugar, la STJUE de 3 de junio de 2010 declaró que el apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las

cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato como es el precio, también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.

En quinto lugar, no deben confundirse dos manifestaciones de la autonomía privada consistentes, de un lado, en la libertad de contratar, esto es, de decidir si consiente y; de otro lado, la libertad en la determinación del contenido. “En nuestro caso, es posible que el actor tuviera a su disposición ofertas vinculantes de diferentes entidades financieras con condiciones distintas y pudo elegir la que más le convino, pero no consta que pudiera modificar el contenido obligacional de la oferta vinculante que le facilitó la Caja”.

Respecto a la concurrencia de los requisitos para que concurra el carácter abusivo de la cláusula controvertida a los que se refiere el artículo 10-bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable *ratione temporis* atendiendo a la fecha de celebración del contrato, (hoy recogidos en el art. 82 del vigente TRLCU), éstos son: 1) ser contrarias a las exigencias de la buena fe; 2) causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato.

Parte de una conclusión expuesta en el Informe del Banco de España antes aludido sobre la nula eficacia protectora de la cláusula techo respecto del cliente⁵⁷⁰. Pues bien, frente a la nula eficacia

⁵⁷⁰ "En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos... En consecuencia, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la

protectora del cliente por los altos niveles que alcanzan las cláusulas-techo, lo cierto y real es que sí ha operado la cláusula suelo de protección de la entidad prestamista frente a descensos importantes del Euribor a un año. "Así las cosas, hemos de convenir que la aplicación real de la cláusula suelo-techo pone de manifiesto que la entidad financiera ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe quebrantando la relación de confianza del cliente porque bajo la aparente y formal reciprocidad se encubre una situación ventajosa únicamente para la entidad, máxime si tenemos en cuenta que ésta conoce mejor, al disponer de mayor información financiera, cuál va a ser la evolución futura del Euribor".

La propia sentencia de la A.P. de Alicante cita la de A.P. de Cáceres, Sección Primera, de 19 de junio de 2012 (Roj: SAP CC 488/2012): "La entidad financiera sabe, desde que predispone la «cláusula suelo» que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluto y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12%. Ese techo no se ha aplicado nunca en la vida del contrato y es desconocido en los últimos años, sin que sea de ninguna manera previsible su operatividad práctica. Sin embargo, la cláusula suelo se ha aplicado frecuentemente, impidiendo que el consumidor disfrute de la bajada de los tipos de interés, más allá del umbral establecido.

De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula [...]"

cartera, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés."

Pero hay que tener en cuenta, como ha señalado GONZÁLEZ CARRASCO⁵⁷¹ que “no todas las cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés afectan de igual forma al equilibrio de las posiciones contractuales de las partes. Antes de afirmar precipitadamente que las cláusulas de limitación de las variaciones de los tipos de interés en préstamos de interés variable son abusivas, hemos de preguntarnos si existe una causa razonable para la diferencia de distancia del suelo y del techo con respecto del tipo medio de interés fijo. Esto es, si es necesaria para mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones”.

Volviendo a la sent. A.P. de Alicante, ésta señala que “la concurrencia del requisito relativo a causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato es evidente en nuestro caso porque si la cláusula techo-suelo se incluye en el contrato como mecanismo de protección de ambas partes ante la aleatoria variación de los tipos de interés aplicables durante la vigencia del contrato, solamente es la entidad financiera quien se beneficia de la misma, resultando imposible el ejercicio de la cobertura del riesgo de tipos de interés por parte del cliente ante la irrealidad de que se supere alguna vez el umbral del techo. Se priva al cliente, en definitiva, de ejercer la facultad de protección frente a incrementos del Euribor; mientras, la entidad está en condiciones de ejercerla con frecuencia”.

“Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones

⁵⁷¹ GONZALEZ CARRASCO, M.C.: “La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. 5ª), de 7 octubre 2011 estima el recurso de apelación de BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla”. CESCO, pág. 2.

<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratosInmobiliarios/15.pdf>

de las partes, en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas”.

Vemos pues que, a diferencia de la sentencia de la A.P. de Sevilla, aquí se considera la cláusula suelo como una condición general de la contratación, un elemento accesorio para la determinación del precio, no afecta al objeto principal del contrato y una cláusula abusiva. De esta forma, el debate se centra en determinar si la cláusula suelo:

1º.- Es o no una condición general de la contratación.

2º.- Afecta o no la determinación del objeto principal del contrato; y si la respuesta es positiva, si queda fuera del control de abusividad.

3º.- Si la cláusula suelo es o no una condición abusiva.

Así las cosas llegamos a la sent T.S. 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013) seguida de un auto de aclaración de 3 de junio de 2013. Sentencia que debemos calificar de “muy importante”⁵⁷²: primero porque fue dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil y por unanimidad de todos los Magistrados y, por tanto, sin voto particular

⁵⁷² Además desde una perspectiva más amplia, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO (“El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”..., pág. 183) han señalado, bajo el epígrafe “el negro futuro que para los consumidores, y para el Derecho de Contratos en su conjunto, augura este nuevo sacrificio del «pacta sunt servanda»”, su “convicción sobre el daño que pronunciamientos como el comentado están haciendo al Derecho de Contratos, y a los consumidores del futuro como conjunto. Si los aplicadores del Derecho de Contratos no son capaces de dar a los conflictos respuestas que respeten los más elementales principios contractuales, se estará prestando un flaco servicio a los consumidores venideros. La razonabilidad de los pronunciamientos judiciales sólo puede predicarse de aquellos que están fundados en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la previsibilidad inherente a la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho”.

alguno; es, además, una sentencia muy elaborada que aborda la cláusula discutida desde todas las perspectivas y en profundidad y con una gran extensión⁵⁷³. Esto permitía ya vislumbrar que apuntaba un “cuerpo de doctrina” que sería seguido por la Sala, como así ha ocurrido con la STS de 8 de septiembre de 2014 (STS 464/2014, Roj: STS 3903/2014)^{574 575}.

⁵⁷³ La sentencia tiene 140 páginas en su versión original y 58 en la versión del CENDOJ (con menor tamaño de letra y menor espacio interlineal).

⁵⁷⁴ En opinión de M^a C. GONZÁLEZ CARRASCO (“La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo -Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular-”, 6 de noviembre de 2014, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 14/2014, pág. 90, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/LA-FALTA-DE-TRANSPARENCIA-EN-LA-SEGUNDA-STS-SOBRE-CLÁUSULA-SUELO-.pdf>), “el resultado de la nueva sentencia es de nuevo una inseguridad jurídica ahora acentuada. Porque al invertir la carga de la prueba del defecto de transparencia, y ponerlo en el mismo nivel que la prueba del carácter negociado de la cláusula, resulta de todo punto imposible acreditar una transparencia cuyos requisitos, esto es, el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes a la hora de configurar estos contratos que permitan que el consumidor comprenda realmente las consecuencias jurídicas y económicas del producto o servicio ofertado «que no se reduce a la necesidad de que las cláusulas sean simplemente claras desde el punto de vista gramatical», siguen siendo desconocidos para los agentes implicados. No sólo para la Banca, sino también para los consumidores, que, en su calidad de tales, y por lo tanto, obligados por una eventual condena en costas, deberán pensárselo muy mucho a la hora de iniciar procesos individuales, ante el riesgo de que sus cláusulas sí parezcan lo suficientemente transparentes al órgano judicial”.

⁵⁷⁵ Respecto a esta segunda sentencia J. ALFARO ÁGUILA-REAL (“La «última» Sentencia del Tribunal Supremo sobre transparencia de las cláusulas-suelo”, 20 de noviembre de 2014, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/11/la-ultima-sentencia-del-tribunal.html>) señala: Hemos criticado la anterior sentencia del Tribunal Supremo “en esta materia sobre la base de que dicha sentencia se produjo en el marco de una acción de cesación de la utilización de cláusulas abusivas y, por lo tanto, un marco inidóneo para pronunciarse acerca de si una cláusula, como la cláusula-suelo, que forma parte de los elementos esenciales del contrato, había sido introducida en el contrato de forma transparente o no. Para decidir tal cosa, hay que atender a todas las circunstancias del caso, y ese juicio circunstanciado sólo puede hacerse en un proceso individual en el que se examine si el banco proporcionó información suficiente y suficientemente clara respecto del

Podemos empezar por el final. Dice en el fallo sexto de la sent T.S. 241/2013: “no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores” para luego, en el séptimo declarar “la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5⁵⁷⁶ del antecedente de hecho primero de esta sentencia por: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”⁵⁷⁷.

alcance y sentido de la cláusula. Pues bien, ya pueden imaginarse que, salvo que las circunstancias que rodearon la contratación en los ocho casos enjuiciados fueran idénticas -*quod non*-, tenemos, con esta sentencia, el mismo problema que con las anteriores. Y de la descripción que hace el TS parece deducirse que estas circunstancias no eran iguales. Como dice el voto particular, en los casos en los que hubo oferta vinculante y se incluyó la cláusula-suelo en esta, resulta difícil aceptar que la cláusula correspondiente no era transparente”.

⁵⁷⁶ Si bien la sent. T.S. menciona los apartados 2, 3 y 4, posteriormente fue objeto de rectificación mediante auto de aclaración de 3 de junio de 2013.

⁵⁷⁷ Este fallo séptimo fue objeto de petición de aclaración resuelta mediante auto del T.S. de 3 de junio de 2013. La primera de las aclaraciones pretendidas se fundamentaba en que el apartado séptimo del fallo de la sentencia, no precisaba si la declaración de nulidad de las cláusulas había de apreciarse caso por caso, y tampoco indicaba si la nulidad se proyectaba sobre las cláusulas en las que

concurran todas las circunstancias indicadas en las letras a) a f) del apartado séptimo del fallo o, por el contrario, también se proyecta sobre las cláusulas suelo cuando tan solo concurran alguna o algunas, pero no todas. También, se pedía que el T.S. concretara los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, de tal forma que, entre las medidas, se hallarían: la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato; y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquél.

El T.S. en su auto señala que “las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo”.

También se aclara que “no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado”. “Se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas”.

A este respecto no podemos ocultar que, a nuestro juicio, el TS ha situado a las entidades de crédito que utilicen este tipo de cláusulas en la más absoluta inseguridad jurídica. Se limita a considerar, lo que no me parece admisible, que el cumplimiento de la normativa de transparencia que, obviamente, es obligado, no sirve para la finalidad para la que fue aprobada; es decir, que el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual (entonces folleto informativo y oferta vinculante) o las advertencias y explicaciones del Notario en el momento del otorgamiento, no valen para nada a efectos de la “transparencia” exigida por los magistrados de nuestro Alto Tribunal; y se descuelgan con la afirmación de que “el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato [...], no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, *tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real*”. Eso sí, no se nos dice que “no formalismos” pueden tener “eficacia real” a nuestros efectos.

Por tanto, se concluye que *no toda cláusula suelo es nula por abusiva* sino que sólo lo son, al menos, aquellas objeto de enjuiciamiento en esta sentencia. Esto se deja claro en los párrafos 255 y siguientes al decir: “Antes de entrar en el examen del carácter abusivo de las cláusulas impugnadas, conviene rechazar la pretensión de las recurrentes a fin de evitar equívocos. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio^{578 579} .

⁵⁷⁸ La verdad es que ni las propias entidades de crédito podían prever la reducción que iba a experimentar el euribor. Ni lo podían prever las entidades que establecieron cláusulas suelo ni las que no, porque, en otro caso, las hubieran incluido. La crisis financiera y económica vivida desde el 2007 no ha tenido parangón en la historia. Por ello, los tipos de interés de los mercados monetarios, como es el caso del euribor, como consecuencia de la política económica adoptada por las autoridades financieras europeas, experimentaron una drástica disminución. Veamos las circunstancias económicas de los préstamos hipotecarios a los que hace referencia esta STS en las fechas en las que fueron concertados. 1.- Octubre de 2007: Tipo de interés pactado: Tipo inicial: 6,15%; tipo variable: euribor + 1,00% con un suelo del 2,5%. Euribor del mes anterior: 4,725%. Para alcanzarse la cláusula suelo el euribor tendría que disminuir un 68,25%. 2.- Julio de 2008: Tipo de interés pactado: Tipo inicial: 6,35%; tipo variable: euribor + 1,25% con un suelo del 2,5%. Euribor del mes anterior: 5,362%. Para alcanzarse la cláusula suelo el euribor tendría que disminuir un 77,06%. 3.- Octubre 2008: Tipo de interés pactado: Tipo inicial: 6,35%; tipo variable: euribor + 1,50% con un suelo del 2,5%. Euribor del mes anterior: 5,368%. Para alcanzarse la cláusula suelo el euribor tendría que disminuir un 81,37%. 4.- Diciembre de 2008: Tipo de interés pactado: Tipo inicial: 5,17%; tipo variable: euribor + 0,60% con un suelo del 2,5%. Euribor del mes anterior: 4,607%. Para alcanzarse la cláusula suelo el euribor tendría que disminuir un 58,76%. El año 2010, que es cuando data la demanda en la que trae causa final esta STS, el euribor

No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

Y continúa diciendo en su párrafo 259: "En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador⁵⁸⁰, pero también le corresponde comunicar de forma

llegó a alcanzar el euribor anual hipotecario luego de alcanzar el 1,281% y este año 2013, el correspondiente a mayo el 0,484% (lo que significa una reducción del 90,98% respecto al mayor de los tipos anteriores del euribor y 89,94% respecto al menor).

⁵⁷⁹ Puede verse también, LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a.: "Capítulo 1. Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo, y fijación de los términos del debate" en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014 y DÍAZ CAMPOS, J.A.: "Capítulo 3. Análisis económico-financiero de la cláusula suelo" en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.

⁵⁸⁰ De acuerdo con el Anejo IX ("Análisis y cobertura de riesgos"), apartado 1, de la Circ. B.E. 4/2004, de 22 de diciembre, sobre Normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, modificada a este respecto por la Circ. B.E. 3/2010, de 29 de junio "Las entidades establecerán las políticas, métodos y procedimientos que aplicarán en la concesión, estudio y documentación de sus instrumentos de deuda, riesgos contingentes y compromisos contingentes (en adelante, operaciones), así como en la identificación de su deterioro y del cálculo de los importes necesarios para la cobertura de su riesgo de crédito, tanto por insolvencia atribuible al cliente como por riesgo-país, para todas las entidades del grupo, españolas y extranjeras. Y dentro de su apartado: k) Detallar, entre otras cuestiones: iii) La política de precios que se ha de aplicar, que, al menos, deberá estar orientada a cubrir los costes de financiación, de estructura y de riesgo de crédito inherente a cada clase de operaciones de crédito ofertadas. La revisión periódica de la política de precios deberá ajustarse en respuesta a los cambios

clara, comprensible y destacada la oferta⁵⁸¹. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso”.

Para, finalmente, mencionar en su párrafo 262, la utilidad práctica de la existencia de tales cláusulas para el consumidor, citando el apartado 4 del Informe del Banco de España que entiende que "su eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones”.

Para llegar a estas conclusiones el T.S, tras recordar que de forma reiterada ha señalado el TJUE que "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual", para lo cual, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba, analiza, en primer lugar, si las llamadas cláusulas suelo pueden considerarse condiciones generales de la contratación; en segundo

habidos en la estructura de costes, en factores competitivos y al cambio en los riesgos de cada uno de los tipos de operaciones de crédito ofrecidos por la entidad. Véase a este respecto BALBUENA RIVERA, M.: “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio”, *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

⁵⁸¹ Aunque esto es lo que dice el TS en realidad él mismo está impidiendo que sea así. De *facto* no está permitiendo que las entidades de crédito elaboren sus propias ofertas económicas en función de sus costes de financiación puesto que, como ya ha demostrado, ya ha “sentenciado” que las cláusulas suelo no son transparentes, no ha aclarado cuando se le ha solicitado qué deben hacer las entidades de crédito para dotar de la “transparencia” requerida por ese Tribunal la utilización de este tipo de cláusulas y cuando ha tenido la oportunidad de analizar en el caso concreto si había o no esa “transparencia” no lo ha hecho y se ha limitado a acumular ocho recursos (Sent. TS de 8 de septiembre de 2014) dando por hecho que en todos los casos no la había.

lugar, si la cláusula suelo es definitoria del objeto principal del contrato; seguidamente, si las cláusulas definitorias del objeto principal son susceptibles de control de abusividad, para terminar analizando el carácter abusivo de las cláusulas suelo sometidas a examen del Tribunal.

c.1) Las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación

El T.S. entiende que en este tipo de cláusulas se dan los requisitos que se deducen del art. 1 LCGC para considerar una cláusula como general: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, siendo irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y así como que el adherente sea un profesional o un consumidor.

Las entidades de crédito demandadas no habían cuestionado respecto a las cláusulas objeto de la controversia ni su carácter contractual, ni el hecho de estar prerredactadas (la propia normativa sectorial así lo demuestra), ni que se trate de cláusulas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos. La sentencia recurrida rechazaba su carácter de condiciones generales de la contratación por afectar al objeto principal del contrato y, precisamente por ello, entendía que el consumidor necesariamente las conocía y las aceptaba libre y voluntariamente. La primera de las cuestiones la analizamos en el epígrafe siguiente; ahora vamos a estudiar la nota de la "imposición".

El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, la STS acude a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, a cuyo tenor "se considerará 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".

La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas en base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LGDCU en su primitiva redacción ("a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella 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"), la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Es cierto que, como apunta la STS 406/2012, de 18 de junio (Roj: STS 5966/2012), debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo⁵⁸².

El T.S recuerda que tal como dispone en el artículo 281.4 LEC que "no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general". Y aunque la norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, quedan exentos de prueba⁵⁸³.

Pues bien, para el T.S. es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente

⁵⁸² Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección, continúa diciendo la sentencia.

⁵⁸³ Como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003 (Roj: STS 439/2009).

predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado al que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno conocido como "*take it or leave it*" -lo tomas o lo dejas-.

Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante IC 2000)⁵⁸⁴ afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «consumidores» de cláusulas contractuales"-, y, de hecho, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a los prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

Más aún, el IC 2000, precisa que "es ilusorio pensar que los contratos de consumo en masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."

Ahora bien, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la

⁵⁸⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0248:ES:HTML> .

contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 (Roj: STS 5966/2012), se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar», diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004 (Roj: STS 900/2009), que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

c.2) La cláusula suelo como condición definitoria del objeto principal del contrato

La Directiva 93/13/CEE dispone en el artículo 4.2 que "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".

No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina, como señala la propia sentencia, se halla dividida:

«a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada

más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo».

Por su parte, el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –en adelante IC 2000- diferencia entre "las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE que se refiere a las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato" sin distinguir entre

"elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto⁵⁸⁵, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio", hace concluir al Tribunal en los párrafos 189 y 190 de la sentencia que "las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato". Y en consecuencia, confirma en este extremo la sentencia recurrida: "las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial".

c.3) Control de abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato

El hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

Como regla general, no es susceptible de control, ya que el artículo 4.2 Directiva 93/13 CEE establece que "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 [...]",

Como señala CÁMARA LAPUENTE⁵⁸⁶, es de sobra conocido que el legislador español no transpuso esta importante excepción de

⁵⁸⁵ En el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1.755 CC y 315 del CCom).

⁵⁸⁶ CÁMARA LAPUENTE, S: "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo". <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE->

la Directiva por un desliz en la tramitación parlamentaria, de manera que el respeto a cierto margen de autonomía de la voluntad a la hora de configurar los elementos esenciales del contrato pese a los nuevos límites introducidos por el régimen de las cláusulas abusivas quedaba en entredicho por el silencio legislativo y la debatida interpretación que éste merecía.

El silencio legal dio lugar a una intensa controversia en la doctrina española sobre la interpretación que merecía y merece, con una clara división entre quienes consideran que el art. 4.2 de la Directiva debe entenderse vigente en Derecho español, con una serie de variados y convincentes argumentos (doctrina mayoritaria -entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE, MIQUEL GONZÁLEZ, MÚRTULA LAFUENTE, PAGADOR LÓPEZ, PALAU RAMÍREZ, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ- y quienes consideran que dicho inciso no rige en nuestro ordenamiento, que habría así elevado el nivel de protección del consumidor (doctrina minoritaria -destacadamente, DUQUE DOMÍNGUEZ, CARRASCO PERERA, LYCZKOWSKA⁵⁸⁷-).

Estas dudas hermenéuticas llevaron al TS a plantear la cuestión prejudicial que dio origen a la STJUE de 3 de junio de 2010⁵⁸⁸, C-484/08, que en su apartado 40 sostiene que "[...] no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un

[CALIFICARSE-COMO-CL%C3%81USULA-ABUSIVA-LA-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO-.pdf](#) , pág. 7

⁵⁸⁷ El art. 4.2 Directiva “no fue transpuesto al ordenamiento español, dado que el legislador optó por extender el ámbito de protección del consumidor y permitir que el juez entre a valorar el posible carácter abusivo de una cláusula del objeto del contrato” (Karolina Lyczkowska: “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 5/2013).

⁵⁸⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0484:ES:HTML>

mayor nivel de protección". Y, según su apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible⁵⁸⁹".

⁵⁸⁹ Como señala P.J. BUESO GUILLÉN ("Los criterios determinantes del carácter abusivo en la directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", RDBB julio-septiembre 1995, pág. 656 y 657), "el último inciso del artículo 4.2 Directiva 93/13, que alude al principio de transparencia, podría muy bien dar pie a reflexiones complementarias. Y es que, si se quiere abordar correctamente en la concepción del carácter abusivo plasmada en la Directiva 93/13, es necesario -sin profundizar sobre el alcance de los términos "de manera clara y comprensible" -atender al juego del principio de transparencia. En mi opinión, según el artículo 4.2 Directiva 93/13, la calificación de una cláusula como abusiva no son no sólo depende de si ésta infringe la prohibición recogida el artículo 3.1 Directiva 93/13, sino también de si tal cláusula puede ser calificada de intransparente.

Por lo tanto, se debe atender a dos componentes cumulativos a la hora de determinar el concepto de carácter abusivo definido en la Directiva 93/13: una cláusula escrita puede ser calificada de abusiva atendiendo, bien a razones formales (artículo 4.1 Directiva 92/13: «Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa»), bien a razones materiales (artículo 3.1 Directiva 93/13: «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 derivan del contrato»). Esta configuración bipolar del concepto de carácter abusivo permite distinguir entre un carácter abusivo formal y un carácter abusivo material de la cláusula en cuestión. Ambas formas de abuso encuentran su origen en una vulneración del principio de buena fe. Al igual que una cláusula abusiva por razones materiales, una cláusula intransparente implica un desequilibrio, constituye una desventaja para el consumidor frente al

Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, al señalar que "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

profesional: en este caso, porque primero no puede saber cuáles son sus derechos y obligaciones contractuales.

Partiendo de esta premisa, surge la pregunta de cómo se debe articular la relación entre ambos aspectos -formal y material- del carácter abusivo. Entiendo que debe procederse al examen del carácter abusivo formal previamente al del carácter abusivo material según los artículos 4.2 *in fine*, y 5, *ab initio*, Directiva 93/13, la cláusula ha de ser redactada de forma transparente -es decir clara y comprensiblemente-. Una vez calificada la cláusula transparente, es cuando se debe proceder al examen material del carácter abusivo de la misma, ya que una cláusula formalmente correcta puede ser materialmente abusiva -es decir, es posible encontrar una cláusula «transparente abusiva»-. En todo caso, una cláusula transparente, independientemente si lo es con o sin el recurso a la interpretación *contra proferentem*, sólo será vinculante una vez que haya superado el examen del carácter abusivo material".

Por tanto, como concluye la sent. T.S. en su apartado 197 "que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia" que seguidamente veremos.

Como señala CÁMARA LAPUENTE⁵⁹⁰, "la jurisprudencia española, hasta esta STS 9 mayo 2013, enfrentada con el control de auténticos elementos esenciales del contrato, ha tendido a acudir al argumento de su presentación poco transparente para invalidar las cláusulas, más que a usar la facultad que supuestamente se decía que tienen los tribunales españoles para realizar un control directo de ellas conforme a los criterios generales sobre el carácter abusivo de una cláusula por derivación del asunto *Caja Madrid* [STJUE 3 junio 2010"].

Por otra parte, como nos dice CARRASCO PERERA⁵⁹¹, "no sólo es falsa la ecuación que excluye el contraste legal de abusividad sobre cláusulas esenciales del contrato, sino que, además, es tan elevado el coste de distinguir entre lo esencial y lo accesorio y sus resultados son tan inciertos e incontrastables, que la misma distinción resulta una tarea estéril", pues carece de consecuencias relativas al control de abusividad, que procederá en todo caso. En lugar de estas insuficiencias argumentales, "más provechoso es el planteamiento que excluye el control de abusividad cuando el juez carece de parámetros racionales de decisión: si el precio no puede ser declarado abusivo no es porque sea una cláusula esencial, sino porque no existe un paradigma de referencia que permita contrastar la razonabilidad de la decisión".

⁵⁹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S: "No puede calificarse como cláusula abusiva...", pág. 7.

⁵⁹¹ CARRASCO PERERA, A: *Derecho de Contratos*,... págs. 806 y 808.

c.4) Doble control de transparencia: incorporación al contrato y comprensibilidad real de su trascendencia

En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC ("la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez") y 7 LCGC ("no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]").

La sentencia concluye que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, (hoy mucho más detallada con la vigente Orden EHA/2899/2011), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

Por tanto, "las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del artículo 7 LCGC".

Ahora bien, el TS entiende que admitido que las condiciones superan el filtro de inclusión en el contrato, "es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando estén incorporadas a contratos con consumidores" (párrafo 204). No han

faltado autores⁵⁹² que consideran que este “control de transparencia «sustancial»” carece de fundamento legal, y que “no cabe control de oficio”, “ya que, de acuerdo con el criterio del TJUE, el mismo sólo viene exigido con respecto a cláusulas abusivas en sentido propio, no con respecto a cláusulas «no sustancialmente transparentes», categoría que no existe en la Directiva 93/13/CEE ni [...] tampoco en nuestro Derecho interno. Por otra parte, la Directiva 93/13/CEE establece que no está regulando cláusulas abusivas que definen elementos esenciales del contrato (art. 4.2), carácter predicable de la cláusula suelo, según el Tribunal Supremo, por lo que entonces tampoco sería posible fundar en la Directiva un control de oficio sobre la transparencia «sustancial» de las cláusulas suelo”.

Incluso, aunque el Tribunal pudiera efectuar de oficio este control de transparencia, “hubiera sido necesario dar trámite procesal a las entidades demandadas, así como a la demandante, para que pudieran alegar e instar la prueba de lo que a su derecho conviniese, pues el control de oficio debe respetar la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a defenderse en relación con todas las pretensiones que sean objeto del procedimiento, ya fueran propuestas por las partes o «incorporadas de oficio» por el juzgador. Es más, continúan esto autores, “no creemos que cuando un juez o tribunal efectúa un control de oficio de cláusulas abusivas baste con oír a las partes (que es lo que el Tribunal Supremo entiende en relación con la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, § 130), pues si bien estas exigencias mínimas son suficientes en los procedimientos de ejecución forzosa (así, art. 552.1 LEC), las cosas ocurren de este modo por la sumariedad y la carencia de eficacia juzgada que es propia de estos procedimientos. En nuestra opinión, dado que los procedimientos de cesación de condiciones generales abusivas son procesos declarativos, en los que la sentencia producirá el efecto de cosa juzgada, las partes habrán de tener oportunidad de utilizar los más amplios medios de prueba (cfr. art. 282 y ss. LEC)”.

⁵⁹² CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”..., pág. 177 y ss.

Por otra parte, si el Tribunal no estaba facultado para efectuar este control de oficio de la “transparencia sustancial” de las cláusulas suelo porque nadie se lo pidió, no olvidemos que se estaba ante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en la que se solicitaba la declaración de nulidad por tener carácter abusivo⁵⁹³, entonces puede existir un vicio de incongruencia generador de indefensión de las entidades condenadas (art. 24 CE)⁵⁹⁴; de hecho las entidades afectadas han interpuesto recurso de amparo.

Volviendo a la STS de 9 de mayo de 2013, ésta hace referencia al artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, según el cual, “en los casos de

⁵⁹³ Es más, “la asociación demandante estaba legitimada para entablar una acción de cesación de condiciones generales de la contratación (arts. 6.1.8º y 11.4 LEC), pero, aunque no nos consta que lo hiciera, ¿puede decirse que también lo hubiera estado para demandar la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia «sustancial»? No lo creemos. Por lo que ahora nos interesa, la acción de cesación no puede ejercitarse frente a cualquier patología que afecte a condiciones generales, sino únicamente frente a cláusulas abusivas (cfr. arts. 54.1 TRLCU, 12.1 LCGC). Por ejemplo, no cabe una acción de cesación del uso de cláusulas que no cumplan los requisitos de incorporación del art. 7 LCGC. Tampoco cabe una acción colectiva que tenga por objeto una interpretación favorable al adherente (art. 6.2 LCGC). La base de esta discriminación se halla en aquellas contingencias del proceso de contratación bajo condiciones generales que admiten un control abstracto que depende de circunstancias objetivables y no de las concretas que afectan a la «comprensibilidad real» de un consumidor determinado. A través de las acciones de cesación se puede combatir la publicidad que engaña e induce a error a los consumidores como colectivo, pero no es posible perseguir como ilícita la introducción de cláusulas que, sin inducir a error, por el lugar que ocupan en la escritura o por la actitud concreta de la entidad en cada caso, inciden de un modo diferente en el «conocimiento real» (§ 212) que cada consumidor tiene sobre el contrato (CARRASCO PERERA, A.: «El “animus revertendi” de lo banal», *El Notario del siglo XXI* nº 50, julio-agosto 2013, pág. 60).

⁵⁹⁴ A este respecto puede verse CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO* nº 7/2013, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". Por otra parte, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Por ello, la sentencia, en su apartado 207, interpretando *a contrario sensu* este precepto entiende "que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible".

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por el propio TS a en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio (Roj: STS 5966/2012), el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el

examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Por ello “no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”.

Dicho lo anterior, la sentencia examina si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato.

Para el Tribunal Supremo, las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario⁵⁹⁵ y sorprendente para el consumidor⁵⁹⁶, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia⁵⁹⁷. La oferta como interés variable, no

⁵⁹⁵ En una nota anterior, al recordar los tipos de interés vigentes en las fechas en las que fueron formalizados los préstamos hipotecarios a los que se refiere la STS, hemos visto las importantes reducciones que tenía que experimentar el tipo de referencia para que entrara en juego la cláusula suelo. Eso me permite concluir que en aquel momento era tan sorprendente para el consumidor como para la entidad de crédito.

⁵⁹⁶ El consumidor estaba informado previamente al otorgamiento y luego en el momento de la firma de que el tipo de interés podía variar pero que nunca bajaría por debajo de un determinado nivel. Lo que realmente le preocupaba en ese momento era la posibilidad de poder hacer frente en el futuro a las nuevas cuotas resultantes de la variación al alza del tipo de interés y no de los posibles beneficios que pudiera obtener de bajadas de los mismos.

⁵⁹⁷ El TS no distingue entre dos conceptos de matemáticas elementales: “constante” y “variable”. El tipo de interés es fijo cuando tiene un valor “constante” a lo largo del tiempo. Y es “variable” en caso contrario; y puede subir, bajar o permanecer constante un número de años y no por eso deja de ser variable.

completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 –“Causas del uso de las acotaciones a la variación”- expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos indica que "las entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]".

Dicho en otros términos, continúa la STS, “pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento

Y esta variabilidad puede producirse dentro de un “intervalo” (que puede ser “abierto” o “cerrado”) y, fijarse así, un máximo y/o un mínimo, pero por ello no deja de ser “variable”. Podrá decirse, como así hace nuestra legislación de transparencia, que estamos ante un “tipo variable limitado”, pero “variable” al fin y a la postre; en ningún caso que el tipo de interés variable se transforma en fijo.

impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas *no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato”⁵⁹⁸.

Lo expuesto lleva a concluir al Tribunal Supremo que las cláusulas analizadas *superan el control de transparencia* a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero *no el de claridad* exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

A juicio del TS, lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo (hay que recordar que el IBE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"), de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

Por todo ello, concluye la sent. T.S. en el párrafo 225: “En definitiva, las cláusulas analizadas, *NO son transparentes* ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

⁵⁹⁸ De hecho, continúa la STS, “el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación”.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor⁵⁹⁹.

Como señalan CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO⁶⁰⁰, “nos encontramos frente a una sentencia singular. No porque haya

⁵⁹⁹ Desde un conocimiento práctico de este tipo de contratos hay que señalar que la complejidad de la cláusula utilizada por esta entidad viene causada, en gran medida, por el intento de darle al deudor una mayor flexibilidad, además de en el plazo –permitiendo aumentarlo-, incluso en la forma de amortización –admitiéndose que el deudor pudiera amortizar hasta un 30% de la cantidad pendiente en una cuota final al vencimiento, también en cuanto al tipo de interés, hasta el punto que comercialmente se conocía como “hipoteca fácil”. En la cláusula de referencia se permite al prestatario pasar de tipo de interés variable a fijo y viceversa. Por eso contiene dos tipos de referencia principales (para tipo de interés variable y tipo de interés fijo); a lo que hay que añadir los correspondiente tipos sustitutivos que exigía la OM de 1995 que debían utilizarse “excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término” (cláusula 3ª bis.2.c del anexo II de la Orden). Como esto de por sí no es suficientemente complejo para el que analiza esta cláusula por primera vez, hay que añadirle que el diferencial puede experimentar determinadas bonificaciones en función de la contratación por el prestatario de determinados productos o servicios de la entidad. Por el contrario, también es cierto que esta era la única entidad que utilizaba en algunas ocasiones la cláusula suelo sobre el tipo de referencia y no sobre el tipo de interés aplicable.

terciado en la polémica judicial sobre las cláusulas suelo (precisamente para declarar su validez con carácter general), sino por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de condiciones generales de la contratación, el llamado «control de transparencia», que es autónomo con respecto al control de inclusión [de los arts. 5 LCGC y 80.1 b) TRLCU], al control de abusividad (de los arts. 82 y ss. TLCU) y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos, significativamente, el error vicio del art. 1266 CC. En efecto: si hasta ahora la validez de las cláusulas suelo había sido enjuiciada por las AAPP desde la perspectiva de los controles de inclusión y de abusividad (por desproporción entre el suelo-techo: SJM Sevilla 20 septiembre 2010, SJM León 11 marzo 2011, SJM Barcelona 12 septiembre 2011, SJM Málaga 20 noviembre 2011, SJM Palma de Mallorca 2 febrero 2012, SAP Cáceres 24 abril 2012, entre otras), la sentencia comentada aplica un tercer filtro de control de validez de cláusulas contractuales, el control de transparencia, que puede conducir (es lo que se ha concluido en el caso enjuiciado) a la declaración de nulidad de las cláusulas que no sean transparentes. De este modo, una sentencia que en principio sólo estaba llamada a ser relevante en sede de cláusulas suelo en los contratos de financiación con consumidores, ha pasado a serlo en cualesquiera ámbitos negociales en los que se utilicen condiciones generales de la contratación, que, además de cumplir los correspondientes requisitos de incorporación y no abusividad, deberán ser «sustancialmente» transparentes, de modo que sea posible un «control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (§ 215 de la sentencia comentada)”.

⁶⁰⁰ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”..., pág. 173.

c.5) Valoración del carácter abusivo de las cláusulas suelo

Seguidamente la sentencia examina si las cláusulas suelo reúnen los requisitos exigidos para ser declaradas abusivas.

De acuerdo con el artículo 8.1 LCGC "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". Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: "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".

Este último precepto está hoy sustituido por el artículo 82.1 TRLCU que dispone que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Por tanto, son requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas individualmente los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

A este respecto, como ya se ha dicho anteriormente, las cláusulas suelo son condiciones generales predispuestas e impuestas no negociadas de forma individualizada.

b) Que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Como recuerda la sentencia, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad, control que sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.

Ni la Directiva 93/13/CEE ni la normativa española contiene precisiones sobre qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe. Entiende la sentencia que no es posible limitarla a la esfera subjetiva y que, antes al contrario, "es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien realmente compite en un mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido". Nuestro Tribunal Supremo cita la STJUE de 14 marzo de 2013⁶⁰¹ que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, afirma que "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se deriven del contrato, debe tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido". Y, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva [...] el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa

⁶⁰¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0415:ES:HTML>

con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual"⁶⁰².

Partiendo de lo expuesto, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo de referencia dan cobertura, exclusivamente, a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza⁶⁰³.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor. En este extremo, señala la sentencia, en contra de lo que insinúa el

⁶⁰² Efectivamente la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 nos da unos criterios de interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE:

– El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

– Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

⁶⁰³ Esto no es cierto ya que el hecho de que la “variabilidad” tenga un límite mínimo no significa que, una vez que suba el tipo de referencia se salga de ese “suelo” y vuelva a subir el tipo de interés.

Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Y parece obvio que el desequilibrio visto perjudica sólo al consumidor.

Pero el TS no declara expresamente que estas cláusulas sean abusivas aunque parezca apuntar que cumplen los requisitos para ser consideradas como tales. En el fallo sexto declara que “no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas incorporadas a contratos de préstamo variable suscritos con consumidores” y en el séptimo declara la “nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas” en los consiguientes apartados de los antecedentes de hecho por los motivos ya apuntados por creación de la apariencia de que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, por falta de información...⁶⁰⁴ Sólo en el auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 dice expresamente que “la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de *cláusula abusiva*, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito” (párrafo 17).

Y este análisis de la abusividad de las cláusulas objeto de la sentencia se hace después de señalarse en los párrafos 256 y ss. de la sentencia que “las cláusulas suelo son lícitas siempre que su

⁶⁰⁴ Esto hace pensar a algunos autores que “al final no sabemos si las cláusulas suelo que no son «sustancialmente» transparentes incurren, por ello mismo, en desequilibrio y, por tanto (¿por ser un desequilibrio prohibido por el art. 82.1 TRLCU?), en abusividad. O si quiere decirse que, al no ser transparentes, entonces existe abusividad *per se*, sin que sea preciso analizar que hay abusividad por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1 TRLCU. Seguramente quiere decirse esto último, pues el Tribunal descarta la abusividad de la cláusula suelo conforme al art. 82.1 TRLCU (así los §§ 257 a 262 de la sentencia)” (CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, pág. 178.

transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”.

“No es preciso que exista equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo”.

En definitiva, concluye la STS, “corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados, lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención”.

De todo esto deducen CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO⁶⁰⁵, que la cláusula suelo es una condición general *NO abusiva*. Y ello porque el TS considerar que la cláusula suelo es una condición general susceptible de contraste de abusividad, procede a

⁶⁰⁵ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”..., pág. 177.

analizar ahora “si esta cláusula es abusiva. La respuesta que da a esta cuestión el Tribunal Supremo es negativa. Salvados los requisitos de transparencia «sustancial» [...] (§§ 204 a 225 de la sentencia, y cuya pertinencia vuelve a reiterarse en los §§ 256 y 257), el Tribunal considera que «(n)o es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo...» (§ 257). «Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo...» (§ 258). Se concluye que «corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador...» (§ 259). Se repara, además, en que su licitud está presupuesta por el Legislador y en las consecuencias (el encarecimiento del crédito) que tendría su supresión legal (§ 262)”.

“Se trata de una decisión correcta, aunque no lo sea la motivación. Ha de afirmarse que las cláusulas suelo no son abusivas porque el juzgador carece de parámetros que le permitan determinar dónde se halla el límite entre lo abusivo y lo no abusivo. Al igual que sucede con la cláusula que fija el precio de los contratos, no hay criterios (legales, o derivados de la naturaleza del contrato) que permitan afirmar la mayor razonabilidad de un precio sobre otro. En el caso de las limitaciones a las bajadas de tipos de interés, por debajo del límite que impone la legislación represora de la usura (donde nótese que la censura proviene del carácter «notoriamente desproporcionado» de la contraprestación), no existe una cifra de interés que sea más correcta que otra. Esta circunstancia ha de llevar a concluir que queda a discreción del financiador, no controlable a través del test de abusividad, la cifra de interés mínimo (y también máxima, en el caso de la cláusula techo) que será exigible conforme a la aplicación del tipo que se haya pactado”.

c.6) Nulidad parcial del contrato

Tras concluir que las cláusulas suelo vistas cumplen los requisitos para ser consideradas abusivas, la STS pasa a analizar cuál es la consecuencia de esta declaración de abusividad.

En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros como el italiano y el portugués (artículos 1419.1⁶⁰⁶ y 292⁶⁰⁷ de sus respectivos códigos civiles) que regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010, de 16 julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que "la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de

⁶⁰⁶ "La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità".

⁶⁰⁷ "A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada".

las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil". Y si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

El TRLGDCU mantiene, por un lado, la nulidad de las cláusulas y, por otro, tratando de restablecer el equilibrio interno del contrato, admite su integración. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 83.2 a cuyo tenor "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva". Además, otorga al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispone el segundo apartado del artículo 83.2 TRLGDCU, que establece que "a estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario". Finalmente, reserva la nulidad para supuestos en los que no es posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLGDCU, 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".

La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 , apartado 73, a cuyo tenor

"[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Como hemos indicado, las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abusividad nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por algunas sentencias, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa".

Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

- a) Se condena a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas *en la forma y modo en la que se utilizan*.
- b) Igualmente se condena a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo *en la forma y modo en la que se utilizan*.
- c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos *sin las cláusulas abusivas*.

c.7) Eficacia no retroactiva de la sentencia⁶⁰⁸

La Directiva 93/13/CEE dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del artículo 7.2 "si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el artículo 12.2 LCGC dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo [...]". Cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el artículo 53 TRLGDCU dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación,

⁶⁰⁸ Véase a este respecto, HERNÁNDEZ GUARCH, C.: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, Págs. 134-169.

los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, " [...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique [...]".

Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)". También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma".

No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados. El propio Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de

23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011, de 28 marzo, como recuerda la propia sent. TS.

La propia Sala de lo Civil ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "la *restitutio* no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves".

En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

Consecuentemente con lo expuesto, el T.S. procede declarar la *irretroactividad* de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia. Por otra parte tampoco procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca y su cese se basa, como ya se ha dicho antes, a la falta de información y transparencia.

4.- DOCUMENTO CONTRACTUAL

De acuerdo con el art. 29 Orden EHA/2899/2011, “los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas”. En particular, “se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés”.

Conviene reflexionar sobre la referencia que se hace al comienzo del precepto a los “documentos contractuales y las escrituras públicas”. Y ello, porque con carácter general, para que haya hipoteca⁶⁰⁹ se requiere tal y como establece el art. 145 LH, para

⁶⁰⁹ La hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento y la satisfacción

que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere que se hayan constituido en escritura pública y que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cuanto al contenido del documento contractual establece el art. 7.3 Orden EHA/2899/2011 en relación con las concesiones de crédito y préstamo, que dicho documento debe recoger de forma explícita y clara, sin perjuicio de lo referente al tipo de interés, comisiones y gastos que veremos en su momento, los siguientes extremos:

a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.

b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos.

forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio, a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos (DÍAZ FRAILE, J. M.: *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*. Cuadernos de Derecho Registral, 2008, pág. 41).

d) La duración del préstamo o crédito y, en su caso, la condiciones para su prórroga.

e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables.

f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.

g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondría.

h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.

i) Los demás que establezca el Banco de España.

A este respecto la norma décima Circ. B.E. 5/2012 establece las siguientes precisiones:

- En lo relativo a la duración del contrato, se indicarán los gastos que el cliente deba soportar o las compensaciones que haya de recibir, por cualquier concepto, como consecuencia de la finalización de la relación contractual o de su cancelación anticipada, incluidos los reembolsos o compensaciones que puedan corresponderle por los importes ya satisfechos en relación con los servicios o productos que deje de consumir, incluso los correspondientes a productos vinculados que sobrevengan innecesarios como consecuencia de la cancelación; en particular, en el caso de seguros vinculados, se incluirá el derecho del cliente a percibir los extornos de la parte de la prima no consumida.

- En la comunicación previa e individual al cliente de cualquier modificación de condiciones que no resulte más beneficiosa para él y, en particular, para el adeudo de nuevas comisiones o gastos, o para el incremento de las que ya se viniesen devengando, el plazo de preaviso se computará respecto al momento en el que se prevea la aplicación efectiva de las nuevas condiciones contractuales.

- En el caso particular de la modificación del límite de disposición cuando previamente se hubiera producido un incumplimiento por el cliente de sus obligaciones, bastará con que la citada comunicación previa se realice con una antelación no inferior a diez días; ello sin perjuicio, en su caso, del derecho de la entidad a resolver el contrato por razón de ese incumplimiento, de acuerdo con lo que se hubiese pactado en el contrato y la normativa en vigor.

- Cuando se prevea la prórroga del contrato, se especificará la forma y condiciones en que el cliente podrá expresar su consentimiento a la misma. Cuando se conozcan, se detallarán las nuevas condiciones que resultarán de aplicación al producto o servicio una vez prorrogado, o los mecanismos que se utilizarán para su determinación. En cualquier caso, se recogerá la obligación de la entidad de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga. Cuando, en relación con dicha prórroga, se prevea la existencia de algún coste que deba soportar el cliente, el mismo se especificará en el contrato.

- Se detallarán los derechos que, en caso de incumplimiento por el cliente de sus obligaciones, puedan corresponder a la entidad en relación con las garantías que, en su caso, se hubieran aportado, con indicación clara y precisa de los mecanismos y plazos mediante los que podrán hacerse efectivos tales derechos.

Asimismo, en su caso, se harán constar los siguientes extremos:

a) Cuando el contrato se denomine en una moneda distinta del euro, se deberá indicar la forma de conversión a euros de la

misma, así como la comisión que, en su caso, se percibirá por esta conversión.

b) Cuando el perfeccionamiento del contrato se hubiera condicionado a la contratación, simultánea o futura, de otros productos o servicios, sean estos bancarios o de otra naturaleza, los mismos se identificarán de forma precisa junto con las condiciones de contratación y, en su caso, de renovación. También se indicará si deben contratarse con algún proveedor concreto o si su contratación es libre, así como su coste, cuando este sea conocido.

c) En caso de que se haya exigido al cliente la aportación de garantías reales o personales, se indicarán los términos en los que quedarán extinguidas. Los mecanismos y sistemas de resolución de reclamaciones y quejas a los que, en relación con la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del contrato, pueda acceder el cliente. En particular, y sin perjuicio del sometimiento de las partes a los juzgados y tribunales que corresponda, se mencionará la posibilidad de acudir al departamento o servicio de atención al cliente y, en su caso, al defensor del cliente de la entidad.

d) Cuando corresponda, el derecho de la entidad a ceder total o parcialmente los derechos u obligaciones dimanantes del contrato, con indicación de las condiciones en que deba realizarse tal cesión, así como de las notificaciones que, en su caso, deban efectuarse al cliente.

En todo caso, los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. En particular, el tamaño de la letra minúscula no podrá tener una altura inferior a 1,5 milímetros. El contrato deberá reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre el cliente y la entidad, evitará el uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, explicará adecuadamente el significado de los mismos. No se incluirá en el contrato ningún concepto que resulte innecesario o irrelevante para su correcta aplicación e interpretación.

Por otra parte, “cuando las entidades hubieran hecho entrega al cliente de una oferta vinculante y, por cualquier circunstancia legalmente admisible, se produjera una discrepancia entre las condiciones financieras o de cualquier otra naturaleza que figuren en dicha oferta y las que finalmente se incluyan en el documento contractual definitivo, las entidades vendrán obligadas a advertir clara y expresamente al cliente de dicha discrepancia y a reflejar en el contrato el conocimiento de la misma por el cliente” tal como establece la norma quinta.³ Circ. B.E. 5/2012.

5.- ACTO DEL OTORGAMIENTO

El artículo 30 Orden EHA/2899/2011 bajo la denominación de “acto de otorgamiento” establece una serie de derechos al otorgante y de obligaciones al Notario y que sigue en cierta medida, aunque ampliado, el contenido de su antecedente el art. 7 de la OM de 5 de mayo de 1994 que tenía la misma denominación.

La palabra acto (del latín, *actus*) es el resultado de hacer y, desde el punto de vista jurídico, es el hecho voluntario y consciente. Y otorgamiento es la prestación del consentimiento o como lo define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22ª edición) en su cuarta acepción como “parte final del documento, especialmente del notarial, en que éste se aprueba, cierra y solemniza”.

A) Libre elección de Notario

El número 1 del art. 30 establece que “en materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables”, redacción que coincide literalmente con la de la OM de 5 de mayo de 1994.

Esta remisión hay que entenderla hecha al art. 126 RN que está dentro de la sección 1ª (denominada “Del derecho a la libre

elección de Notario” del capítulo II (“Reparto de documentos”) del Título Tercero referente a la “función notarial”.

Este precepto comienza señalando que aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial “tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos”. Se configura así la libre elección de Notario como un “elemento esencial” de la “libre concurrencia” entre Notarios, aunque yo añadiría que también de la propia prestación de la función.

Tras este principio general el Reglamento establece otro que aunque puede parecer específico lo que hace es reforzar el anterior. En aquellos casos en los que una parte contractual es “profesional” y otra es parte “adherente” se reconoce el derecho de elección de Notario a esta última. Y así se mencionan “las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación” y también específicamente “los supuestos de contratación bancaria”. En estos casos, continúa el precepto, “el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”. Limitación ésta por otra parte lógica porque el cliente no podría elegir un Notario donde la entidad de crédito no tenga oficina o en lugar distinto al que esté ubicado el inmueble objeto de hipoteca.

La última regla que establece el art. 126 RN es que en defecto de normativa específica, “se estará a lo que las partes hubieran pactado y, en último caso, el derecho de elección corresponderá al obligado al pago de la mayor parte de los aranceles”. Siguiendo este último criterio también correspondería el derecho de elección al cliente dado que siempre se repercuten sobre éste todos los gastos.

En refuerzo de lo anterior, el RN continúa estableciendo una obligación a los notarios: “el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados”, “absteniéndose de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual”.

La Directiva 2014/17/UE en su considerando (9) hace un mención de pasada al tema de la elección de Notario al decir que “en los ámbitos no cubiertos por la presente Directiva, los Estados miembros tienen la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. En concreto, deben poder mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de crédito, el Derecho de propiedad, el registro de la propiedad, la información contractual y, en la medida en que no están reguladas en la presente Directiva, las cuestiones postcontractuales. Se permite a los Estados miembros establecer que las partes puedan elegir de mutuo acuerdo tasador o empresa de tasación o notarios”.

B) Derecho a examinar el proyecto de escritura pública

El número 2 del art. 30 Orden EHA/2899/2011 reconoce el derecho que tiene el cliente “a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia

notaría”. Esta redacción es exacta a la que se contenía en el art. 7.2 OM de 5 de mayo de 1994⁶¹⁰.

Vemos así que hay un derecho genérico de examen previo del proyecto de escritura de préstamo hipotecario que se delimita temporalmente en los tres días hábiles anteriores al día del otorgamiento. En la práctica, nadie o casi nadie hace uso de este derecho.

C) Obligaciones de información del Notario

De acuerdo con el número 3 de este art. 30⁶¹¹, en su condición de funcionarios, “los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume”. Esto lo hace el Notario en el otorgamiento de cualquier documento público: explicar cuál es el contenido de las obligaciones pero también de los correlativos derechos que se derivan para las partes del otorgamiento.

“En cualquier caso, deberá:

⁶¹⁰ En este precepto y el anterior lo único que ha hecho el redactor de la Orden EHA/2899/2011 es cambiar en los términos “Notario” y “Notaría” la mayúscula por la minúscula.

⁶¹¹ El inciso del número 3 (“derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”) y el número 4 íntegramente (“La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada”) de la Orden EHA/2899/2011 fueron anulados por la sent. de la Audiencia Nacional 5 de marzo de 2013 de la Sección tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Se fundamenta en el principio de jerarquía normativa y en haberse dictado la Orden por el Ministerio de Economía y Hacienda sin la firma del Ministro de Justicia.

a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia”.

La única forma de comprobar la recepción de la FIPER es que lo manifieste el cliente y, desde luego, lo que es o no “suficiente antelación” es bastante subjetivo. Muchas veces la celeridad viene impuesta por el propio cliente quien necesita la financiación con urgencia.

Obviamente debe comprobarse la coincidencia entre el contenido de la FIPER y el de la escritura pública que va a ser objeto de otorgamiento. Cabría plantearse si sería admisible alguna “variación” cuando esta fuese beneficiosa para el cliente, por ejemplo, que el tipo de interés que figurase en la escritura fuera inferior al de la FIPER. Personalmente lo considero admisible; no tendría sentido que unas normas cuyo principal objetivo sea proteger al cliente dotando de mayor transparencia todo el proceso de contratación fueran impedimento para que éste tenga mejores condiciones financieras. La alternativa, que sería que se formulase una nueva FIPER, no me parece de recibo. Y, en definitiva, lo importante es el otorgamiento por las partes del contrato de préstamo.

Mayores dudas me plantea la obligación de “informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia”. El contacto del Notario con el cliente se produce en el momento del otorgamiento, salvo que acudiese a la Notaría con antelación a revisar el proyecto de escritura y, aun así, en este momento, difícilmente contará el Notario con la FIPER que la

tiene en sus manos sólo cuando va a firmarse la escritura aunque, obviamente, este sí sería el momento para preguntarle al cliente si dispone de la FIPER y/o de la oferta vinculante y, en caso de respuesta negativa, informarle de su derecho a obtener, preferiblemente, la oferta vinculante.

Y en el momento del otorgamiento sí que podrá informarse de la obligación de la entidad de asumir las condiciones que consten en la FIPER (o, en su caso, en la oferta vinculante).

“b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26”.

Por tanto, si ha recibido la información adicional exigible cuando hay instrumentos de cobertura de tipos de interés, la información que, en caso de cláusulas suelo y/o techo, debe recogerse en un anexo a la Ficha de Información Personalizada (el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima) y que en los casos de préstamos a interés variable, el tipo de referencia se haya calculado a coste de mercado y no sea susceptible de “influencia por la propia entidad” y que “los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo” (requisitos que cumplen los tipos de referencia oficiales que son los únicos utilizados en la práctica bancaria española). Además, que se adjunte a la FIPER, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés (se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor).

Y habrá que advertir al cliente “expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27” de la Orden EHA/2899/2011, cosa que hasta la fecha no he visto.

“2º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores”.

Esto es lo que se denominaba “tipo de gancho”, un tipo de interés inicial inferior al que previsiblemente se aplicará en los sucesivos períodos a la vista de la situación actual del tipo de referencia. Esta “práctica comercial” era más propia de los años 90 y hoy no se ve.

También se advertirá: “3º. Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.

ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés”.

En definitiva, de la existencia y consecuencias de las cláusulas suelo (sobre todo) y techo.

El Notario también deberá: “c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible

evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo”.

Aquí se trata de poner énfasis en los supuestos en los que se pacta un período de carencia de capital o de capital e intereses (denominados por algunos “período de espera”). En estos casos, durante estos períodos, los pagos son mucho menores (o inexistentes si afecta a capital e intereses), produciéndose un cambio importante en las cuantías a pagar cuando empieza a amortizarse capital.

También hay que advertir en los supuestos de cuotas crecientes con independencia de la evolución del tipo de interés; esto es lo que se conoce en matemática financiera como sistemas de amortización por cuotas crecientes en progresión aritmética o geométrica (por ejemplo, que las cuotas mensuales aumenten cada año un 2 por ciento respecto al anterior). No son muy utilizados en la práctica pero sí se ven.

O, en fin, cuando se pacte la posibilidad de “interrumpir” la amortización, esto es, suspender durante un plazo, siempre breve, el pago de las cuotas, o posponerla, por ejemplo, admitiéndose que el cliente realice una amortización final de determinada cuantía (y cuya consecuencia sería la reducción del importe de las cuotas periódicas).

También el Notario debe: “d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria”.

Ya veremos más adelante los supuestos en los que se puede exigir esta compensación.

“e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio”.

En definitiva, reiterar las advertencias ya realizadas por la entidad en la FIPER. Que el cliente tome consciencia que puede sufrir un serio quebranto por el hecho de tener que hacer frente a pagos en divisas⁶¹² cuyo coste de adquisición se encarezca por las fluctuaciones del tipo de cambio. Esto es, como lo normal es que sus ingresos sean en euros, si esta moneda se “devalúa”, esto es, disminuye su valor respecto a la moneda en que se deben realizar los pagos del préstamo, éstos, calculados en euros, serán muy superiores a los inicialmente pensados.

Por último también debe:

“f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.

h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención”.

Conviene recordar que tal como ha señalado el párrafo 2 del número 9 STS de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014), al señalar las obligaciones de transparencia de la entidad de crédito, “resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los

⁶¹² Véase a este respecto: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Hipoteca en divisas: falta de información sobre los riesgos y consecuencias contractuales”, RDBB abril-junio 2014, núm. 134.

anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia”.

Al margen de la mención a “la importante función preventiva” que realizan los Notarios, que debe interpretarse como un “guiño” del ponente (y tal vez de la Sala) al Notariado, claramente “molesto” con el Alto Tribunal por varias de sus recientes sentencias, entre ellas la de la cláusula suelo de 9 de mayo de 2013, hay que señalar que, tal como acabamos de ver, la labor del Notario no se limita a la “lectura” de la escritura que contenga el préstamo hipotecario.

De acuerdo con el párrafo tercero del art. 25, LN “los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí”. Pero hoy, a tenor del párrafo segundo del art. 193 RN, y cuya redacción se debe al RD 45/2007, de 19 de enero, “a los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes”.

Vemos así que la lectura es algo más, es la “comunicación necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos”. Es

decir, que se eleva a rango normativo lo que se hace en la práctica: las escrituras más que leerse se explican. Pero, además, este mismo art. 193 RN exige que se dé fe “de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento”. Por tanto, no sólo consta el libre consentimiento sino que, para ello, se requiere estar debidamente “informado” del contenido negocial.

Tampoco podemos olvidar que de acuerdo con el art. 147 RN “el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado”. Y añade, en que “sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”. Por tanto, imparcialidad, pero mayor atención a la parte más débil e información y asesoramiento específico a consumidores y usuarios.

Y, como hemos visto, además de estas obligaciones genéricas del Notario, están las específicas que establece la Orden EHA/2899/2011 y que van mucho más allá. Son de “información” y de “advertencias” específicas. No obstante, sería más que deseable que estas obligaciones contenidas en esta normativa de transparencia tuvieran rango de ley formal; eso daría más fuerza a la actuación notarial y mayor confianza a las partes contractuales.

6.- COSTE TOTAL DEL CRÉDITO Y TASA ANUAL EQUIVALENTE

Al igual que en el crédito bancario al consumo, de acuerdo con la LCCC, que sigue la Directiva 2008/48/CE, la transparencia en el ámbito del crédito hipotecario se fundamenta en dos elementos: el coste total del préstamo y la Tasa Anual Equivalente (TAE) que son dos caras de la misma moneda. El primero es el coste en términos absolutos y el segundo lo es en términos relativos, esto es, en tanto por ciento.

El art. 31.1 Orden EHA/2899/2011 establece que “la tasa anual equivalente, que iguala, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos (disposiciones de crédito, reembolsos y gastos) existentes o futuros, asumidos por la entidad y por el cliente, se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el Anexo V”.

Luego continúa señalando que “para calcular la tasa anual equivalente se determinará el *coste total del préstamo para el cliente*, exceptuando los gastos que este tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito”.

Referencia al coste total del préstamo, la encontramos también en la sección 5 de la FIPRE titulada “TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DEL PRÉSTAMO” donde vuelve a definir la TAE como “el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual”, y dice que sirve para ayudar a comparar las diferentes ofertas. En esta sección de la FIPRE se explicita la TAE, sus componentes y el “coste total del préstamo en términos absolutos”, además de los supuestos en los que se basa el cálculo de la TAE y del coste total del préstamo.

En las instrucciones para cumplimentar la FIPRE, además de señalar a este respecto que “el cálculo de ambas variables se basará en un ejemplo representativo elaborado por la entidad en función de lo que se considera un préstamo habitual en el mercado”, nos da un

concepto de «coste total del préstamo» al decir que “se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de todos los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios”.

De forma análoga, en la sección 3 de la FIPER denominada “TIPO DE INTERÉS”, se dice que la TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual y que la TAE sirve para ayudar a comparar las diferentes ofertas

Y en la sección 2 denominada “CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMOS”, se incluye la referencia al “importe total a reembolsar” que luego se define en las instrucciones para cumplimentar la FIPER como “la suma del importe del préstamo y el coste total del mismo”. Dentro de este concepto, vuelve a decirse, “se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración de estos contratos de servicios”.

De forma análoga, la Orden EHA/2899/2011 destaca ambos conceptos en relación con la denominada hipoteca inversa, tanto en la FIPRE (Sección 5. “ABONO AL DEUDOR, TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DE LA HIPOTECA INVERSA”, estableciendo en las instrucciones para su cumplimentación que en el «coste total de la hipoteca inversa» “se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de

hipoteca inversa y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios”) como en la FIPER (Sección 3. “TIPO DE INTERÉS” donde vuelve a decir que “la TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual” y que sirve para ayudar “a comparar las diferentes ofertas” y en la sección 2. “CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PRÉSTAMO ASOCIADO A LA HIPOTECA INVERSA” donde se incluye el “importe total a reembolsar” que de acuerdo con las instrucciones para cumplimentar la FIPER será igual a la suma del importe del préstamo y el coste total del mismo).

Por su parte, la Directiva 2014/17/UE señala en su considerando 50 que “el coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos que este deba abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista. Debe, por tanto, incluir los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto, exceptuando los gastos notariales, que sea necesario para obtener el crédito, por ejemplo, el seguro de vida, o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, por ejemplo, el seguro de incendios. Las disposiciones de la presente Directiva relativas a productos y servicios accesorios (por ejemplo, las relativas a los costes de apertura y gestión de una cuenta bancaria) se entienden sin perjuicio de la Directiva 2005/29/CE y de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. No deben incluirse en el coste total del crédito para el consumidor los gastos que este pague en relación con la adquisición del bien inmobiliario, como los impuestos asociados y los gastos notariales o los costes de registro de la propiedad. El conocimiento real de los gastos que posee el prestamista debe evaluarse de forma objetiva, teniendo en cuenta los requisitos en materia de diligencia profesional. A este

respecto, debe suponerse que el prestamista conoce el coste de los servicios accesorios que ofrece al consumidor, personalmente o en nombre de un tercero, salvo si el precio está en función de las características específicas del consumidor o de su situación particular”.

En efecto, este es el concepto que da su art. 4.13 de «coste total del crédito para el consumidor»: “el coste total del crédito para el consumidor según se define en el artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE⁶¹³, incluida la valoración del bien cuando dicha valoración sea necesaria para obtener el crédito, pero excluidas las tasas de registro de la transmisión de la propiedad del bien inmobiliario. Excluye los gastos que puedan cargarse al consumidor por incumplimiento de los compromisos asumidos en el contrato de crédito”.

Por su parte, el art. 11 de la Directiva, referente a la “información básica que deberá figurar en la publicidad”, exige que se especifique “de forma clara, concisa y destacada”, entre otras cosas:

[...] “c) el tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito para el consumidor;

d) el importe total del crédito;

⁶¹³ Como sabemos se define como “todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría; el coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguros, se incluye asimismo en este concepto si, además, la celebración del contrato de servicios es obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas”.

e) la TAE; que se incluirá en la publicidad de forma igualmente destacada, al menos, que cualquier tipo de interés”

Y el art. 13 exige que “los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados faciliten en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito”. Esta información general deberá especificar, como mínimo:

[...] “g) un ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total del crédito para el consumidor, del importe total adeudado por el consumidor y de la TAE;

h) una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito, para el consumidor que deban pagarse en relación con un contrato de crédito”.

Volviendo a la Orden EHA/2899/2011, y en relación con la TAE, la fórmula matemática para su cálculo, las observaciones a la misma, así como los supuestos básicos y adicionales para su cálculo, son copia literal de lo establecido en la LCCC (que a su vez copia la Directiva 2008/48/CE)⁶¹⁴, si bien por razones de fecha no recoge las modificaciones realizadas por la Directiva 2011/90/UE, de la Comisión de 14 de noviembre de 2011 y, como consecuencia de ello, la experimentada por la LCCC que se ha hecho a través de la Orden ECC/159/2013, de 6 de febrero, por la que se modifica la parte II del anexo I de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo haciendo uso de la habilitación contenida en la disposición final cuarta de la LCCC. La Exposición de Motivos de la Orden

⁶¹⁴ La literalidad lleva a repetir los mismos errores. Así, cuando se reformula la ecuación utilizando solamente un sumatorio y empleando la noción de flujos, que serán positivos o negativos, es decir, respectivamente pagados o percibidos, se habla de “los periodos 1 a k ” cuando debería decir “periodos 1 a n ”. Tenemos así un error en la Directiva 2008/48/CE que pasa a la LCCC y de aquí a la Orden EHA/2899/2011. Al menos en la Directiva 2014/17/UE ya figura correctamente.

EHA/2899/2011 ya señala que el nuevo sistema de transparencia que en materia de préstamos hipotecarios se establece está “en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo”.

Por ello no vamos a reiterar aquí lo ya señalado en materia de crédito al consumo respecto al cálculo de la TAE. Sólo señalar que muchos de los supuestos adicionales copiados por la Orden EHA/2899/2011 de la LCC no son de aplicación a las operaciones hipotecarias que se encuentran en la práctica bancaria española. Y, por otra parte, que en el futuro deberán incluirse otros supuestos recogidos en la Directiva 2014/17/UE que por no estar contemplados en la Directiva 2008/48/CE no están recogidos en la normativa interna española; además, deberán modificarse unos y especificarse otros.

Entre los no contemplados en la legislación española vigente están los siguientes:

- En el caso de un préstamo puente, se considerará que se ha dispuesto del importe del crédito en su totalidad y por toda la duración del contrato de crédito. Si la duración del contrato de crédito no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de 12 meses (supuesto adicional II.j) del Anexo I Directiva 2014/17/UE).

Se considera “préstamo puente”, “un contrato de crédito sin duración fija o reembolsable en un plazo de 12 meses, utilizado por el consumidor como solución de financiación temporal durante el período de transición a otra modalidad de financiación para el bien inmueble” (art. 4.23 Directiva 2014/17/UE).

- En el caso de los compromisos o garantías contingentes, se considerará que se ha dispuesto del importe del crédito en su totalidad en una sola vez en la más temprana de las dos fechas siguientes:

a) la última fecha de disposición de fondos autorizada por el contrato de crédito que pueda dar lugar a la materialización del compromiso o garantía contingente, o

b) si se trata de un contrato de crédito renovable, el final del primer período anterior a la renovación del contrato (supuesto adicional II.l) del Anexo I Directiva 2014/17/UE).

Se entiende por “compromiso o garantía contingente”, “un contrato de crédito que sirve de garantía para una operación independiente pero accesoria de otra, en la que el capital garantizado por el bien inmueble solo puede utilizarse en caso de producirse una o varias contingencias especificadas en el contrato” (art. 4.24 Directiva 2014/17/UE).

- En el caso de los contratos de crédito sobre capital compartido:

i) se considerará que el consumidor efectúa los pagos en la última fecha o las últimas fechas autorizadas por el contrato de crédito,

ii) se considerará que los incrementos porcentuales del valor del bien inmueble que constituye la garantía del contrato de crédito sobre capital compartido, así como la tasa de cualquier índice de inflación mencionado en el contrato, son un porcentaje igual al mayor de los dos valores siguientes: la tasa de inflación objetivo del banco central en ese momento, o el nivel de inflación existente en el momento de la celebración del contrato en el Estado miembro en el que está situado el bien; o bien el 0 % si los dos porcentajes anteriores son negativos contrato (supuesto adicional II.m) del Anexo I Directiva 2014/17/UE).

“Contrato de crédito sobre capital compartido” es “un contrato de crédito en el que el capital que se ha de reembolsar está determinado por un porcentaje, establecido en el contrato, del valor

del bien inmueble en el momento del reembolso o de los reembolsos del capital” (art. 4.25 Directiva 2014/17/UE).

Como se observa, estos tres supuestos no están recogidos en la Orden EHA/2899/2011 ya que no se contemplan en su ámbito de aplicación.

Entre las modificaciones que habrá que realizar en nuestra legislación encontramos una importante: la que afecta a los préstamos y créditos a interés variable. En efecto, tanto la Orden EHA/2899/2011 como la LCCC siguiendo la Directiva 2008/48/CE establece que “para los contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo de interés en relación con el periodo inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo de interés, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador convenido, el cálculo de la tasa anual equivalente partirá del supuesto de que, al final del periodo del tipo de interés fijado, el tipo de interés es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador convenido en ese momento”. Sin embargo, el supuesto adicional II.e) del Anexo I Directiva 2014/17/UE), sin perjuicio hacer equivaler las expresiones “indicador” y “tipo de referencia interno”, añade una cosa importante: se considerará que al final del periodo del tipo de interés fijado, “el tipo de interés es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador o tipo de referencia interno convenidos en ese momento” pero “sin ser inferior al tipo deudor fijado”.

Esto significa que en los supuestos en los que se pacta un tipo de interés fijo durante un período y después un tipo de interés variable, si el tipo fijo inicial pactado es superior al que resultaría de aplicar la cláusula de variabilidad, para el cálculo de la TAE se utilizará ese tipo fijo inicial como aplicable al resto del plazo. Esto podría disuadir a las entidades de crédito de utilizar un tipo de interés fijo inicial superior ya que su repercusión en la TAE sería mayor que con el sistema de cálculo de la Orden EHA/2899/2011 (y el de la LCCC y la Directiva 2008/48/CE).

En cuanto a las especificaciones que para el caso de las financiaciones inmobiliarias se recogen en los supuestos adicionales del Anexo I.II de la Directiva 2014/17/UE, destacaremos las siguientes:

- “f) Si todavía no se ha acordado el importe máximo aplicable al crédito, se presumirá que es de 170.000 EUR” [...]

Se sigue estableciendo 1.500 EUR para el resto de los supuestos (posibilidades de descubierto, tarjetas de débito diferido o tarjetas de crédito) aunque en la práctica bancaria española ni se deja sin determinar la cuantía máxima de la operación ni se utilizan estas formas alternativas en las operaciones hipotecarias.

-“k) En el caso de un contrato de crédito de duración indefinida que no sea en forma de posibilidad de descubierto o de préstamo puente:

i) si se trata de un contrato de crédito cuya finalidad es adquirir o conservar derechos sobre bienes inmuebles, se presumirá que el crédito se otorga por un período de 20 años a partir de la fecha de la primera disposición de fondos, y que el pago final efectuado por el consumidor liquida el saldo de capital, intereses y otros gastos, en su caso; si se trata de un contrato de crédito cuya finalidad no es adquirir o conservar derechos sobre bienes inmuebles o en el que se dispone de los fondos mediante tarjeta de débito diferido o tarjeta de crédito, se presumirá que este período es de un año”.

Se opta por un plazo propio de las operaciones de financiación inmobiliaria (que son de largo plazo) aunque en la práctica bancaria española nunca se deja sin determinar el plazo (a lo sumo se establece un plazo inicial y la posibilidad de modificarse dentro de uno máximo).

Por último, destacar otra novedad de la Directiva 2014/17/UE en lo referente al cálculo de la TAE en este tipo de operaciones de

financiación. Dentro de las observaciones referentes a la fórmula de cálculo, al igual que en la Directiva 2008/48/CE (y, por tanto, en la LCC), se establece que los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Y luego se determina que “un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o 12 meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, $365/12$), con independencia de que el año sea bisiesto o no”.

Pero ahora se establece que “cuando los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos no puedan expresarse como un número entero de semanas, meses o años, se expresarán como un número entero de uno de tales períodos, combinado con un número de días”. Y cuando se utilicen días:

“i) se contarán todos los días, incluidos los fines de semana y festivos,

ii) el intervalo transcurrido desde la fecha de la disposición de fondos inicial se computará por períodos normalizados, y después por días,

iii) el número de días se obtendrá excluyendo el primer día e incluyendo el último, y se expresará en años dividiendo el número obtenido por el número de días del año completo (365 o 366), computado desde el último día hasta la misma fecha del año anterior”.

7.- REEMBOLSO ANTICIPADO

Ya hemos señalado varias veces a este respecto que, en el cumplimiento de las obligaciones a plazo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts 1.125 y sobre todo 1.127 del CC, el plazo se presume en beneficio de ambas partes y no en beneficio sólo del deudor porque, en este caso, se estaría dejando el cumplimiento del

contrato al arbitrio de una sola parte, en contra de lo prescrito en el art 1.256. Y que, por otra parte, a tenor del art. 1.169 CC, "a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación". De aquí se deduce que, con carácter general, no hay un derecho del deudor y una correlativa obligación del acreedor al reembolso anticipado y que, es estos casos, sí hay o un servicio de la entidad de crédito o, más bien una actuación conducente a que el cliente pueda realizar la amortización anticipada.

Pero al igual que la normativa de crédito al consumo (LCCC) ha introducido un derecho a favor del consumidor a reembolsar de forma anticipada todo o parte del crédito, se ha hecho lo mismo con determinados préstamos hipotecarios. En efecto, a tenor del art. 7 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (9 de diciembre de 2007) y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial⁶¹⁵ cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física.
- Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.

Debemos hacer una reflexión respecto al ámbito de aplicación de la norma. Aquí, como en otras disposiciones de esta misma Ley, el legislador no se ha caracterizado por su precisión. De la literalidad del

⁶¹⁵ Además, "en cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello".

precepto podría deducirse que estarán exentos de comisión por reembolso anticipado los préstamos hipotecarios en los que la garantía sea una vivienda y el deudor una persona física. Pero si el prestatario es una persona jurídica de reducida dimensión es indiferente el objeto hipotecado⁶¹⁶.

A mi juicio, la separación del precepto en dos párrafos causa la confusión de forma que deberían ir juntos de forma que el ámbito subjetivo de aplicación sea persona física o jurídica de reducida dimensión pero con un mismo ámbito objetivo: hipoteca sobre vivienda. Interpretación ésta que es la que se está siguiendo en la práctica. Otra interpretación conduciría al sinsentido de que si el deudor es persona jurídica se aplicaría, en todo caso, y si es persona física sólo cuando el objeto hipotecado sea una vivienda⁶¹⁷.

⁶¹⁶ ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos...*, pág. 665.

⁶¹⁷ A este respecto y coincidente con esta interpretación M. MARIÑO VILA (<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mercadohipotecario/compensacionamortizacionanticipada2.htm>) señala: "Obsérvese que el apartado relativo a la persona jurídica está separado del relativo a la persona física por un punto y aparte, y parte, por tanto, del enunciado inicial del artículo.

Personalmente, considero que la interpretación del artículo 7 ha de ser otra, más lógica e integrada en el contexto, espíritu y finalidad de la Ley, consistente en entender aplicables los artículos 7 a 9 de la Ley a los préstamos o créditos hipotecarios constituidos sobre fincas calificadas legalmente como viviendas, y cuando el prestatario o acreditado sea persona física o persona jurídica con el régimen fiscal definido en la Ley. Y ello en virtud de los siguientes argumentos:

1.- El contexto de la Ley.

Son abundantes las referencias en la Ley a la hipoteca de vivienda. Así, de la Exposición de Motivos resulta que Ley se dicta en atención a "la expansión durante los últimos diez años del crédito hipotecario con finalidad residencial en España" y con la finalidad de tomar medidas dirigidas a su correcto funcionamiento.

En el primer párrafo de la Exposición de Motivos se habla de la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles, y del peso que en el balance de las entidades de crédito tiene el crédito al sector privado residente.

Constituyen materias de la Ley, entre otras, las normas sobre la hipoteca inversa, que necesariamente ha de constituirse sobre una vivienda, o las que inciden en la

Como se observa, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2007, esta norma “cambia, en primer lugar, la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de

protección del cliente de la entidad de crédito, tratando de dotar al mercado hipotecario de mayor transparencia.

No estamos ante una Ley que trate de privilegiar a las personas jurídicas de pequeño tamaño, favoreciendo a éstas en cualquier inversión ajena a la residencial, sino que la finalidad de la Ley es, entre otras, limitar los gastos bancarios en la hipoteca de vivienda, como se deduce claramente de la propia exposición de motivos.

2.- La realidad social sobre la que se proyecta la Ley, así como su espíritu y finalidad, conforme al artículo 3 del Código Civil.-

Del total contenido de la Ley, se desprende la idea de que su razón de ser es la de fomentar y facilitar el acceso a la financiación hipotecaria de la vivienda, dado el momento económico de restricción del crédito al sector residencial y el incremento de los tipos de interés. Así, la Ley pretende impulsar la competencia entre entidades de crédito, modificando la Ley 2/94 en materia de subrogación de entidades de crédito y novación, y reduce los aranceles notariales y registrales en los supuestos previstos en el artículo 8.

Es decir, la finalidad de la Ley es el abaratamiento de las operaciones hipotecarias referidas a la vivienda.

3.- El trato discriminatorio e injusto a que conduciría una interpretación literal, pues la hipoteca de local por una persona jurídica con el régimen fiscal previsto en la Ley quedaría sujeta a los límites previstos en el artículo 8 y, en cambio, quedaría excluida de la Ley la misma hipoteca sobre local cuando el prestatario o acreditado sea persona física.

Por los argumentos expuestos, entiendo que ha de realizarse una interpretación lógica del artículo 7 de la Ley y atribuir a una defectuosa redacción el hecho de que el apartado relativo a la persona jurídica no se halle a continuación del relativo a la persona física, y no separado por punto y aparte. Así creo que la redacción del artículo debería haber sido la siguiente: “...cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; o que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades”.

Creo que existe fundamento legal para esta interpretación correctora de la literalidad de la norma, si bien será en sede judicial en donde podrá hacerse valer tal interpretación, salvo que el propio legislador enmiende este despropósito.

compensación al ser ésta más acorde con su naturaleza. En segundo lugar, se divide esta compensación por amortización anticipada entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación (*sic*) del préstamo, y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés. Se introducen dos elementos para que esta segunda compensación guarde relación con la pérdida económica real para la entidad. El primero es el establecimiento de una base de cálculo que refleje de manera más precisa la exposición al riesgo de la entidad. El segundo es la prohibición del cobro de la compensación en aquellos casos en que la amortización genera una ganancia de capital para la entidad prestataria, no teniendo por tanto una motivación económica”.

En definitiva, el legislador ha reconocido un derecho al reembolso anticipado al deudor hipotecario (que cumpla las condiciones ya vistas) por lo que prohíbe a la entidad de crédito que perciba cantidad alguna vía comisión ya que no presta servicio alguno si el deudor decide reembolsar anticipadamente; es, simple y llanamente, el ejercicio de un derecho y, por tanto, el cumplimiento de la correlativa obligación del acreedor. Pero, el legislador, consciente de que ha reconocido un derecho al deudor contrario al principio general de que el plazo se establece en beneficio de ambas partes, de que está permitiendo que el momento del cumplimiento de la obligación se está dejando a la voluntad de una de las partes y que ello causa un perjuicio a la entidad de crédito, establece una doble “compensación”: una primera genérica, compensación por desistimiento, derivada de los costes directos -art. 8 Ley 41/2007- (p.e. los de tipo administrativo por el reembolso o la no recuperación de los costes iniciales del crédito); y una segunda específica, la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés -art. 9 Ley 41/2007-. Aquí estaríamos ante el “lucro cesante” que sufre la entidad debido a la necesaria recolocación de los fondos a tipos de interés menores.

En efecto, el artículo 8 Ley 41/2007 establece que en las “cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias⁶¹⁸, totales o parciales⁶¹⁹, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de *compensación por desistimiento*, no podrá ser superior:

i) al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o

ii) al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior”.

“Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada”, continúa el precepto, lo cual es obvio ya que antes se ha dicho que “no podrá ser superior”.

⁶¹⁸ Como ya hemos señalado anteriormente, esta terminología es, a mi juicio, totalmente criticable. Cuando hay una subrogación no hay cancelación, sino que la obligación subsiste pero con otros elementos personales, en este caso que se está refiriendo a la subrogación activa, una nueva entidad de crédito como acreedor. Y una cosa es que el crédito de la entidad inicial se extinga frente al deudor y deba cancelarlo por cobro en su contabilidad pero la relación obligacional subsiste con otros actores. Tampoco hay cancelaciones no subrogatorias; hay simplemente cancelaciones.

⁶¹⁹ También hemos dicho anteriormente que aunque esté generalizada la expresión “cancelación parcial”, no puede dejar de criticarse. La amortización puede ser total o parcial pero cancelar significa según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en registro, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza; acabar de pagar una deuda”.

Aunque con una terminología, a mi juicio, más que desafortunada, la amortización total o parcial se denomina aquí “cancelación no subrogatoria” total o parcial.

Terminología que vuelve a utilizarse en el art. 9 referente a la *compensación por riesgo de tipo de interés*. De acuerdo con este precepto “en las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés”. Este elemento temporal hace que, en la práctica, habida cuenta que la variabilidad del tipo de interés suele pactarse con carácter semestral o anual, no sea de aplicación frecuente. Queda así delimitado a los préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo (muy infrecuentes en la práctica bancaria española) o, en los que siendo variable, se pacta un número de años a tipo fijo.

En estos supuestos “la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.

El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministro de Economía y

Hacienda⁶²⁰. Obviamente, en caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza.

La Orden EHA/2899/2011, en su art. 28, establece que a los efectos del cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y la consiguiente compensación por riesgo de tipo de interés a los que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización.

Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés.

La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España⁶²¹

⁶²⁰ Téngase en cuenta que en tanto no se produjo este desarrollo reglamentario, el tipo de interés de referencia que se empleó para calcular si existe ganancia de capital, con independencia del plazo residual del préstamo o crédito hipotecario, era el tipo vigente de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública con vencimiento residual entre 2 y 6 años, regulado en la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de 5 de diciembre de 1989 (número 2 de la disposición transitoria única de Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria).

⁶²¹ De acuerdo con la norma decimoquinta Circ. B.E. 5/2012, cada uno de los índices o tipos de referencia antes mencionados se definirá en iguales términos que

La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor y el contrato, establece el apartado 4 de este art. 9, “deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable:

- Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.

- La pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad, calculada de acuerdo al apartado 2. En este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de

los previstos en el apartado 5 del anejo 8 de la presente Circular para los *Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de cinco años, donde dicho plazo y su identificador se sustituirán por los correspondientes a cada índice o tipo, por tanto, la media simple mensual de los tipos de interés diarios *Mid Spot* del tipo anual para *swap* de intereses (expresado porcentualmente) para operaciones denominadas en euros, con vencimiento a cinco años, calculados por la ISDA (*International Swaps and Derivatives Association, Inc.*) y publicados por la agencia Bloomberg en la página ISDAFIX bajo el identificador <EISDB05 Index> sobre la mención «11.00 AM London a las 12.00 a. m. (CET –*Central European Time*–).

Para el cálculo del valor de mercado del préstamo o crédito que se cancela anticipadamente, el tipo de interés de actualización vendrá dado por el valor del índice o tipo de referencia que corresponda aplicar de conformidad con lo indicado anteriormente, incrementado en un diferencial.

La cuantía de este diferencial será la que resulte de sustraer al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, según se define este en el apartado 1 del anejo 8, el valor del tipo *Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de un año. Para la realización de los cálculos contemplados en esta Norma, se utilizarán los últimos valores publicados de cada uno de los índices o tipos de referencia, a condición de que todos ellos vengan referidos al mismo mes. Consecuentemente, se utilizarán los valores correspondientes al mes más cercano al de la cancelación anticipada para el que se hayan publicado valores para todos los índices o tipos de referencia que hubieran de tomarse en consideración.

capital para la entidad. Este último sistema no lo he visto nunca en la práctica.

De todas formas, hay que calcular, en todo caso, si hay ganancia o pérdida de capital para la entidad de crédito, porque la existencia de dicha pérdida es condición *sine qua non* para que haya compensación y, además, límite máximo de la misma.

Veamos un ejemplo: supongamos que a mediados de noviembre de 2012 se ha concertado un préstamo hipotecario de 150.000 euros que se amortiza en el plazo de 15 años (180 meses) mediante cuotas constantes comprensivas de capital e intereses. El tipo de interés es del 5% durante los 4 primeros años, a partir del cual se aplica el Euribor anual más un diferencial del 2 por ciento. El contrato fija una compensación por riesgo de tipo de interés del 5% sobre el capital reembolsado. Se procede a su reembolso anticipado transcurridos dos años, por tanto, en noviembre de 2014.

En este caso durante los 4 primeros años la cuota mensual sería de 1.186,19 euros.

Como hemos señalado, “se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Si el resultado es negativo es pérdida”.

Dos años después el capital pendiente sería de:

135.865,92 euros.

“El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de

actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión” y al que se le añadirá un diferencial.

Como quedarían dos años a tipo fijo se utiliza para la actualización el tipo *Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de 2 años que publica el Banco de España. A mediados de 2014 el último mes al que vienen referidos los tipos de interés es el de septiembre.

IRS a 2 años septiembre 2014 (BOE 6 de octubre): 0,216%

La cuantía del diferencial será la que resulte de sustraer al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, el valor del tipo *Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de un año.

IRPH septiembre 2014 (BOE 18 de octubre): 2,949%

IRS a 1 año septiembre 2014 (BOE 6 de octubre): 0,087%

Por tanto, el diferencial será: 2,862%

y el tipo de actualización: $0,216\% + 2,862\% = 3,078\%$

Por tanto, el “valor de mercado” del préstamo es el valor actual de las 24 cuotas restantes hasta la siguiente revisión del tipo de interés (1.186,19 euros) más el valor actual del capital pendiente en el momento de dicha revisión (135.865,92 euros). Hay que entender que ese valor actual se calcula en el momento del reembolso anticipado.

Por tanto,

$27.575,74 + 127.872,92 = 155.448,66$ euros

Si el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado es de:

135.865,92 euros

Y el valor de mercado del préstamo es de:

155.448,66 euros

Hay una pérdida de:

19.582,74 euros

Y la compensación para la entidad, dado que tiene una pérdida de capital, será el 5% del importe reembolsado, esto es:

6.793,30 euros

Que como es inferior al límite máximo de la compensación (la pérdida de capital sufrida por la entidad), será la cantidad final que debería abonar el prestatario por el reembolso anticipado.

Del ejemplo y de esta regulación podemos concluir: No parecen unos cálculos sencillos para “el prestatario medio” (yo añadiría que tampoco para el “representante medio” del prestamista; ni siquiera para el legislador de 2007 que ideó el sistema. Por otra parte, la Ley 41/2007 se remite para el cálculo del valor de mercado a los tipos de actualización que se fijan en Orden del Ministerio de Economía y Hacienda (entonces) que los establece pero dice que hay que añadirles un diferencial que “se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización”. Y luego viene la Circ. B.E. 5/2012 que dice cómo se calcula ese diferencial (diferencia entre el IRPH y el IRS a un año), lo que no es coincidente con lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011 y complica aún más los ya de por sí complicados cálculos. En fin, que no sé si “para este viaje hacían falta estas alforjas”.

8.- INTERESES DE DEMORA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Aunque valen las reflexiones hechas en otros lugares de esta obra respecto a los intereses de demora⁶²², aquí hay que hacer referencia a las limitaciones que establecen las normas respecto a los tipos de interés de demora en determinados préstamos hipotecarios.

Así, de acuerdo con el art. 114 LH en su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁶²³.

⁶²² Respecto a la abusividad de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios con consumidores puede verse: PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Comentario al art. 85 TRLCU” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, pág. 816 y AGÜERO ORTIZ, A.: “Guía sobre la apreciación de la abusividad en los préstamos hipotecarios” en CESCO, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/06/GU%C3%8DA-SOBRE-LA-APRECIACI%C3%93N-JUDICIAL-DE-LA-ABUSIVIDAD-DE-LOS-INTERESES-DE-DEMORA.pdf>

⁶²³ Esta limitación es coherente con los establecido en el art. 28 de la Directiva 2014/17/UE todavía no traspuesta al Derecho interno (“2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago. 3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos”).

Como vemos, el ámbito objetivo de la limitación es el de los préstamos o créditos que cumplan dos requisitos: que sean para la adquisición de vivienda habitual y que estén garantizados con hipoteca constituida sobre la misma vivienda.

La limitación es doble: por un lado se limita cuantitativamente el tipo de interés de demora al triple del interés legal del dinero⁶²⁴. Por otro lado, se impide su capitalización de forma que los intereses de demora no devengarán nuevos intereses (en definitiva se aplicará la capitalización simple y no la compuesta).

De acuerdo con la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013, esta limitación de los intereses de demora será de aplicación a los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual concertados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (15 de mayo de 2013). También será de aplicación a los intereses de demora previstos en este tipo de préstamos constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos⁶²⁵.

Hay que hacer especial mención a la STJCE de 21 de enero de 2015 que aborda la relación entre el régimen de los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios regulados en la Ley 1/2013 y la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Marchena⁶²⁶.

⁶²⁴ Que ha sido del 4% desde 2009 hasta 2014 y del 3,5% para el año 2015.

⁶²⁵ En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

⁶²⁶ Eran tres: A) Si de conformidad con el art. 6.1 Directiva 93/13 /CEE y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios

A este respecto el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El art. 6.1 Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del art. 3.1 de la citada Directiva.

de equivalencia y efectividad, cuando un Juez Nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.

B) Si la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

C) Si la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, contraviene el art. 6.1 Directiva 93/13 /CEE, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incursas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de 14 de mayo.

A la vista de esta resolución MARÍN LÓPEZ⁶²⁷ “una adecuada interpretación del art. 114.III LH y de la DT 2ª de la Ley 1/2013 obliga a distinguir dos hipótesis:

(i) Si la cláusula de intereses moratorios constituye una cláusula predispuesta e impuesta, y su cuantía es desproporcionadamente alta (art. 85.6 TRLGDCU), será abusiva, y en consecuencia, nula, y se aplicará el art. 1108 CC (interés legal del dinero). Según la última jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, es abusiva la cláusula cuando los intereses superan el 18 ó 19 %. En este caso no cabe reducir los intereses a tres veces el interés legal del dinero, pues el art. 83 TRLGDCU, y en últimas instancia la Directiva 93/13/CEE impiden esa moderación en la cuantía.

(ii) Si la cláusula no constituye una cláusula predispuesta e impuesta (por ejemplo, porque ha sido negociada), o aunque sea una cláusula predispuesta e impuesta la cuantía de los intereses no es desproporcionadamente alta, aunque sí supera tres veces el interés legal del dinero, la cláusula es ilegal (es contraria al art. 114.III LH), por lo que el interés debe reducirse al tope máximo permitido (tres veces el interés legal del dinero, esto es, para el año 2015 el 10,5 %). Repárese que en esta hipótesis la Directiva 93/13/CEE y la STJCE 14.6.2012 no constituyen ningún obstáculo, por la sencilla razón de que la cláusula no es abusiva (los intereses no son desproporcionadamente altos), y por tanto, no será declarada nula por abusiva. Pero la cláusula sí es ilegal, al superar el límite máximo permitido en el art. 114.III LH, razón por la cual lo más adecuado es reducir la cuantía de los intereses moratorios al máximo legalmente

⁶²⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva. (STJCE de 21 de enero de 2015)” <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/ImposibilidadRecalcular.pdf>, pág. 10 (Véase también MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE”, Revista CESCO de Derecho y Consumo 7/2013, donde ya apuntaba una conclusión similar).

permitido (tres veces el interés legal del dinero). Por debajo del nivel de abusividad, toda infracción cuantitativa ha de ser examinada a la luz del art. 6.3 CC, y aquí no rige la doctrina de TJUE, sino la reducción conservadora de validez tradicional en los pleitos de nulidad parcial por sobreprecio y otros similares”.

En otro orden de cosas, a tenor del art. 4 del RDley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos “en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión⁶²⁸, el interés

⁶²⁸ De acuerdo con el art. 3.1 en su redacción dada por el art. 8.2 Ley 1/2013 y luego modificada por el art. 2 del RDley 1/2015, de 27 de febrero, “se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas (este último inciso se ha introducido por el RDley 1/2015, de 27 de febrero). A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga

moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del Código de Buenas Prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados⁶²⁹ en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo⁶³⁰.

hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

- 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- 2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- 3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.

5.º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número (introducido por el RD Ley 1/2015, de 27 de febrero).

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁶²⁹ El Código de Buenas Prácticas lo fija en el Euribor + 0,25% durante el período de carencia que se fijó en cuatro años (RD Ley 6/2012) y que se elevó a cinco por la Ley 1/2013. El RD Ley 1/2015, de 27 de febrero, añadió la inaplicación con carácter indefinido de las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

⁶³⁰ Originariamente este diferencial era el 2,5%. El 2% se fija por el art. 8.4 de la Ley 1/2013.

Finaliza este precepto señalando lo que es obvio: “esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley”.

9.- RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA HIPOTECA INVERSA

Uno de los problemas que se plantea en la sociedad moderna, es el de la cobertura de las necesidades de las personas de mayor edad que ya han finalizado su vía laboral y, como consecuencia de ello, sufren una drástica reducción de sus ingresos (pero no de sus necesidades, que en algunos casos son crecientes). La esperanza media de vida ha aumentado mucho y las familias en las que por necesidad deben trabajar todos sus miembros no pueden cuidar de sus mayores como se hacía en otros tiempos. A esto hay que añadir, también hay que reconocerlo, la progresiva desafectación que se está produciendo en el seno de las familias.

Esto hace que en un país como España donde el porcentaje de propietarios de sus viviendas es muy elevado, se piense en la posibilidad de utilizar estos inmuebles como fuente de financiación. Por ello, tal como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante Ley 41/2007), “hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida.

Esta utilización de la vivienda y, en general, de los inmuebles, como fuente de obtención de recursos, es más propia del ámbito de las empresas de seguros. Y ello, porque el hecho o la posibilidad futura de terminar quedándose con el inmueble en cuestión no es

extraño a este tipo de entidades. En efecto, su normativa específica, concretamente el art. 16 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, exige que estas empresas tengan que “constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas⁶³¹ suficientes para el conjunto de sus actividades” que deberán estar “adecuadamente calculadas, contabilizadas e invertidas en activos aptos para su cobertura”; precisamente uno de esos activos son los bienes inmuebles. Y esto no ocurre con las entidades de crédito que entregan fondos y quieren que se les reintegren también fondos; los bienes inmuebles sirven para garantizar ese reintegro pero no están destinados a formar parte de su activo y cuando entran en él es porque no queda otra alternativa para recuperar los fondos concedidos y siempre con carácter temporal.

Por eso dentro de las operaciones de las entidades de seguros está la contratación de rentas vitalicias recibiendo a cambio la nuda propiedad de un inmueble; de esta forma, la persona de avanzada edad o en situación de dependencia no pierde el uso y disfrute de su vivienda (o de otro inmueble) y recibe unos ingresos periódicos.

⁶³¹ Continúa señalando este art. 16: “Son provisiones técnicas las de primas no consumidas, de riesgos en curso, de seguros de vida, de participación en los beneficios, de prestaciones, la reserva de estabilización y aquellas otras que, con arreglo al reglamento de desarrollo de esta Ley, sean necesarias al objeto de cumplir la finalidad a que se refiere el párrafo anterior.

2. La cuantía de dichas provisiones se determinará con arreglo a hipótesis prudentes y razonables.

Reglamentariamente se fijarán los métodos y procedimientos de cálculo de las provisiones técnicas, así como el importe de éstas que debe cubrir la entidad aseguradora.

3. Los activos representativos de las provisiones técnicas deberán tener en cuenta el tipo de operaciones efectuadas por la entidad aseguradora para garantizar la seguridad, el rendimiento y la liquidez de las inversiones de la entidad, con una adecuada distribución diversificada de dichas inversiones”.

Precisamente por el hecho de que este campo de las rentas vitalicias sea propio de las entidades aseguradoras, es por lo que el número 2 de la disposición adicional primera de la Ley 44/2007 establece que “las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial”.

Hay que dejar constancia del error en el que incurre el legislador utilizando una terminología “vulgar” al hablar de “hipotecas” “concedidas”. Lo que las entidades “conceden” son préstamos u otras formas de financiación; las hipotecas se “constituyen” (no se “conceden”) por los titulares de los bienes inmuebles en garantía de la obligación del prestatario o beneficiario de la financiación de reintegrar los fondos obtenidos.

La finalidad de esta regulación, como señalaba la exposición de motivos de la Ley 41/2007, era “el desarrollo de un mercado de hipotecas inversas” que permitiese “a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta”, lo que ofrecía “un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar”.

La verdad es que este tipo de negocio jurídico se utilizaba poco en la contratación bancaria española pero después de la entrada en vigor de la Ley 44/2007, absolutamente nada. Aunque la razón probablemente no se derive de la propia regulación sino de que su entrada en vigor coincide con una fuerte crisis financiera y del mercado inmobiliario; ni las entidades de crédito están para arriesgar fondos en este tipo de operaciones ni los bienes inmuebles, cuya valoración ha sufrido una gran disminución, son ahora activos que sirvan de garantía para las mismas.

A) Concepto y funcionamiento

Aunque no me parece acertada la denominación⁶³², lo que sí es correcto es que la norma nos dé un concepto aunque sea a los únicos efectos de su regulación como figura jurídica. La disposición adicional primera (“Regulación relativa a la hipoteca inversa”), establece que, a los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la *vivienda habitual* del solicitante y siempre que cumplan los determinados requisitos, entre los que destaca “que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios”. Este requisito, y no los restantes, como ahora veremos, es el que caracteriza lo que es la llamada “hipoteca inversa”.

El resto de los requisitos son:

- “Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”.

En realidad estamos ante un requisito que lo es únicamente a los efectos de que este tipo de operación se beneficie de las ventajas fiscales y de aranceles notariales y registrales. Y ello, porque cabría

⁶³² Estamos ante una hipoteca convencional en garantía de préstamo o crédito; no hay nada “inverso”. Este denominación “comercial”, ya utilizada antes de la Ley 44/2007, tal vez derive de la incorrecta concepción que hay de la “hipoteca” que se considera que es lo que da la entidad de crédito al cliente, lo que no es correcto: la entidad concede préstamos u otras operaciones de financiación y, para su garantía, se constituye la hipoteca por el titular del bien inmueble. La idea de “inversa”, probablemente venga porque partiendo de esa idea errónea de la “hipoteca” como algo que “concede” el banco, aquí se “invierte” el proceso: la operación empieza por el cliente que es quien “ofrece” su vivienda a cambio de fondos y no es la entidad de crédito quien ofrece fondos a cambio de la garantía hipotecaria.

una operación así sin que el beneficiario cumpla estos requisitos. Incluso, aun cumpliéndolos, que la hipoteca no recaiga sobre su vivienda habitual, como se deduce del número 10 de esta disp. adic. primera al decir: “podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”, lo que hay que entender referido a los números 7, 8 y 9 que son los que recogen tales beneficios.

- “Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas”.

Esto no puede considerarse un requisito sino un hecho. Las disposiciones sólo pueden ser únicas o periódicas; no cabe alternativa. Y en cuanto al tipo contractual utilizado no se me ocurren otros distintos al préstamo o al crédito si bien, en la práctica, este último es el vehículo jurídico utilizado. Y ello, porque permite, al utilizar el instrumento de la cuenta corriente, cargar las comisiones iniciales, las disposiciones y los intereses y demás gastos y ello sin que el saldo de la cuenta sea exigible hasta que llegue el vencimiento.

- “Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7⁶³³ y 8⁶³⁴ de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

⁶³³ Art. 7. “Uno. Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizadado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán...”

⁶³⁴ Art. 8. “Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

La realidad es que estos no son requisitos propios de la hipoteca inversa. Siempre que un crédito quiera movilizarse mediante emisión de títulos hipotecarios se requiere que haya tasación del inmueble dado en garantía y seguro de daños. Y como las entidades quieren que todos sus créditos puedan ser movilizados para obtener financiación siempre se cumplen dichos requisitos. Eso sin perjuicio que la tasación también es obligatoria en la práctica para calcular el importe máximo de la financiación.

Pues bien, como se ha dicho, el elemento característico de la llamada hipoteca inversa es que la deuda sólo es exigible por el acreedor “cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios”. Y sólo en el caso de no cobrar la deuda la garantía es ejecutable.

Así se dice el número 1 de la disp. adic. primera de la Ley 44/2007 para luego establecer en el número 5 que “al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”.

Queda así definido el mecanismo de funcionamiento de este contrato. Fallecido el beneficiario o el último de éstos, si así se ha pactado, vence el crédito y nace el derecho del acreedor al reintegro de los fondos dispuestos. En primer lugar, no se admite ni comisión ni compensación por cancelación ya que así lo establece la norma pero, en otro caso, dichos costes carecerían de causa alguna ya que lo que se produce es el vencimiento “natural” del contrato.

Como causa de vencimiento anticipado la Ley 44/2007 establece la transmisión voluntaria del bien hipotecado, aunque incurre en el error de decir que la transmisión sea realizada por el deudor hipotecario cuando realmente se hará por el titular de la vivienda hipotecada. Cierto es que para disfrutar de los beneficios económicos que establece esta Ley se requiere que el beneficiario sea, a su vez, hipotecante y, además, de su vivienda habitual pero nada impide un negocio jurídico en el que el hipotecante sea distinto del beneficiario (p.e. los hijos que hipotecan una vivienda en garantía de una renta vitalicia en favor de sus padres).

La verdad es que la transmisión del bien objeto de la garantía hipotecaria suele establecerse como causa de vencimiento anticipado de la operación de financiación. Cierto es que la hipoteca, como garantía real que es, sigue al inmueble y, por tanto, es ejecutable ante cualquier titular del mismo aunque no sea quien la haya constituido. Pero no es menos cierto que en caso de ejecución, cuando el titular del bien no es quien constituyó la garantía y, por tanto, no tiene obligaciones contractuales con la entidad acreedora, pueden plantearse problemas prácticos, incluso en el desalojo.

Pero en el caso de la hipoteca inversa no es necesario que se establezca la transmisión del inmueble como causa de vencimiento anticipado; lo hace la propia Ley que, sin embargo, impide que el acreedor haga uso de ese derecho cuando “se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”. Aunque no nos dice qué entiende por “manera suficiente”; tal vez habría que considerar que se produce tal cuando el valor de tasación de la vivienda que se ofrece en sustitución de la vendida guarde la misma proporción respecto al límite de las disposiciones que la sustituida.

Continúa diciendo el número 6 de esta disp. adic. primera que “cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la

herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria⁶³⁵.

A este respecto hay que decir que en nada se aparta este precepto, probablemente innecesario, de la regla general: los bienes del caudal relicto responden de las deudas del causante. Y los herederos, podrán aceptar la herencia, bien pura y simplemente o a beneficio de inventario, o repudiarla. En el primer caso “quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios” (art. 1.003 CC). En el caso de aceptación a beneficio de inventario “el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcance los bienes de la misma” (art. 1.023.1º CC). Y en el caso de renuncia, obviamente, el heredero no asume obligación alguna y las deudas se pagan hasta donde alcancen los bienes del causante. En vuestro caso la entidad de crédito, si no recupera el importe adeudado, podrá ejecutar la hipoteca como en cualquier otro caso. La única diferencia es que no tiene las limitaciones del art. 114 LH y, por tanto, habrá podido pactarse que la hipoteca asegure los intereses por un plazo superior a cinco años.

Finaliza este precepto señalando en su número 11 que “en lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se registrará por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable”, lo cual es obvio y, por tanto, entiendo, absolutamente, innecesario.

B) Normas de transparencia

El número 3 de esta disp. adic. primera de la Ley 44/2007 dice que “el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca

⁶³⁵ “En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”.

inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda”, lo que éste hizo a través de la Orden EHA/2899/2011.

Añade en su el número siguiente que en el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 y, por tanto, entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, que “concedan hipotecas inversas” (*sic*) “deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”, lo que también ha quedado hecho, a mi juicio, parcialmente, a través de la ya citada Orden EHA/2899/2011.

La Sección 6ª (“Hipoteca inversa”) del capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011 y dentro de ella el art. 32 (“Régimen de transparencia”)⁶³⁶, establece las siguientes normas a estos efectos:

“a) Será obligatoria la entrega de la oferta vinculante a la que se refiere el artículo 23”.

Por tanto, una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar una “hipoteca inversa”, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las

⁶³⁶ El art. 2.2 Orden EHA/2899/2011 al señalar lo que queda *excluido de su ámbito de aplicación*, hace mención a los servicios, operaciones y actividades comprendidos en el ámbito del Texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. “No obstante será de aplicación a las entidades aseguradoras lo previsto en la sección 6.ª del capítulo II del título III (Hipotecas inversas)”.

oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente, la entidad tiene que hacer entrega de una oferta vinculante. En el resto de las operaciones hipotecarias que entren en el ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011, el cliente puede solicitarla; en nuestro caso siempre debe haberla.

La entrega de la oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada en la que, adicionalmente, se especificará que se trata de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de dicha oferta, que salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde la fecha de su entrega.

“b) Será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el artículo 10”.

De acuerdo con este precepto, la prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta orden ministerial e “implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos”. Además habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto.

“c) Las fichas a las que se refieren los artículos 21 y 22 se ajustarán a lo previstos en el anexo III y IV y, adicionalmente, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa» en términos adaptados y análogos a los previstos en el artículo 20”.

Este último precepto se refiere a la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario que, como ya hemos señalado, se elaboró con

retraso. En cuando a la Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa hasta la fecha no se ha elaborado.

Al igual que el resto de los créditos con garantía hipotecaria sometidos al ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011, en la hipoteca inversa las entidades deben proporcionar al cliente una Ficha de Información Previa (FIPRE) y una Ficha de Información Personalizada (FIPER) cuyo contenido se encuentra regulado en el Anexo III de la Orden.

C) Beneficios económicos

Como siempre, uno de los aspectos más importantes de la regulación de una institución jurídica es su régimen fiscal. Las hipotecas inversas que cumplan los requisitos que hemos señalado anteriormente, estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, y tanto las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, como las de subrogación, novación modificativa y cancelación. La verdad es que, con carácter general, la subrogación, modificación y cancelación de préstamos y créditos hipotecarios están también exentas por lo que aquí la peculiaridad se ciñe a las operaciones de constitución.

A este respecto hay que señalar que el legislador ha sido muy restrictivo (claro que al ser un impuesto transferido a las Comunidades Autónomas, éstas presionarían en este sentido). Y ello porque ha restringido la exención a los supuestos de hipoteca de la vivienda del beneficiario. Probablemente pensaría que si se tiene más de una vivienda puede transmitirse aquella en la que no se viva; pero también hay que tener en cuenta que esto puede no ser posible dadas las circunstancias del mercado inmobiliario y dada la edad que se exige a los beneficiarios, estos no tiene mucho tiempo para esperar un mejor momento. Podría y debería haber admitido la

hipoteca sobre otras viviendas (y por qué no sobre otro tipo de inmueble), incluso sobre aquellos que no fueran propiedad del beneficiario; el caso más claro sería el de los hijos que constituyeran hipoteca en garantía de la “hipoteca inversa” en beneficio de los padres. Y ello porque si la finalidad es que se obtengan recursos las personas de mayor edad o en situación de dependencia esto haría que se consiguiese mejor dicho objetivo.

Por otra parte, otros de los beneficios económicos se refieren a los que afectan a los aranceles notariales y registrales ya que este tipo de operación exige escritura pública e inscripción en Registro de la Propiedad con carácter necesario.

Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

En cuanto al cálculo de los honorarios registrales, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

CAPÍTULO VI.- CONCLUSIONES

Llegado este momento debemos intentar concretar las principales conclusiones que se extraen de nuestro estudio.

- Contrato bancario es aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por tal la que se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia, entendiendo por tal la relación que sirva para que la entidad de crédito realice la actividad de captar fondos del público con ánimo de utilizarlos por cuenta propia en la concesión de créditos.

- Los contratos bancarios tienen naturaleza *mercantil*, son contratos *usualmente consensuales* (excepto el préstamo y el depósito), *onerosos, bilaterales* (también excepto el préstamo, que es de naturaleza real y unilateral en el CCom y también en el CC -aunque en la práctica y en el APCM es consensual y bilateral-) y *conmutativos*. Son contratos *nominados pero atípicos*, con excepción de las escasas normas que el Código de Comercio dedica al depósito mercantil (arts. 303 a 310), al préstamo mercantil (arts. 311 a 324) y a la fianza mercantil (arts. 439 a 442).

Son contratos en los que rige la mutua confianza (*intuitu personae*), casi en su totalidad son *de tracto sucesivo*, con vocación de cierta perdurabilidad y, finalmente, son contratos en los que la entidad de crédito está en una situación preeminente con un claro desequilibrio entre las partes y, por ello, casi en su totalidad, son *contratos de adhesión*. Esta última característica es esencial para nuestro análisis porque de esta “asimetría” en las posiciones contractuales nace toda la legislación tuitiva del cliente bancario, como tal, como adherente y, en su caso, como consumidor.

- Desde antes del vigente Código de Comercio de 1885, la contratación bancaria ha estado huérfana de legislación específica. El propio CCom cita alguno de los contratos pero no los regula. Esto puede cambiar el día que vea la luz el nuevo Código Mercantil que regula lo que denomina “contratos financieros”.

Pero a fecha de hoy carecemos de un régimen jurídico completo y específicamente aplicable a la contratación bancaria lo que obliga al intérprete y al juzgador a recurrir en el caso concreto, de un lado, a las normas generales de la contratación mercantil (artículos 50 a 63 CCom) y, de acuerdo con el artículo 50 CCom, a las normas generales de contratación del Código Civil (artículos 1.254 a 1.314 CC).

- La ausencia de una normativa específica de la contratación bancaria ha propiciado que el Derecho contractual bancario se nutra de disposiciones de procedencia administrativa. Hasta la fecha la técnica legislativa ha consistido en habilitar al Ministerio de Economía para establecer las normas precisas a las que han de ajustarse las entidades de crédito en sus relaciones contractuales con clientes (el art. 48 LDIEC primero y ahora el art. 5 LOSSEC) para que después aquél confíe al Banco de España el desarrollo ulterior de las disposiciones que le habiliten para ello (art. 3.1 Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España). En algún caso (p.e. la Ley 1/2013) se ha habilitado directamente al Banco de España.

Esta deslegalización de la materia contractual bancaria ha convertido, de hecho, tanto al Ministerio de Economía como al Banco de España en fuentes materiales de creación del Derecho contractual bancario, con amplias facultades para la fijación de las condiciones mínimas que presidirán la actuación de las entidades de crédito, siempre, claro está, dentro del lógico respeto a la libertad de contratación y a las disposiciones legales de obligatoria observancia (*ius cogens*).

Como excepción, en materia de crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y crédito para financiación de bienes inmuebles de uso residencial hay Directivas Comunitarias que se transponen al Derecho interno (la última está pendiente de ello) mediante normas con rango de ley.

- Hemos considerado “contenido económico” de los contratos bancarios de financiación, los elementos que determinan el contenido obligacional, por tanto, obligaciones y derechos tanto del

deudor como del acreedor, referidos a la retribución para el acreedor y al coste para el deudor que traigan causa directa en el crédito. Distinguimos entre “retribución” y “coste” porque sus importes no son necesariamente coincidentes ya que hay gastos para el deudor que no son ingreso para el acreedor. Así, además de los gastos por intereses y comisiones hay “otros gastos” y, en especial, los impuestos (que lógicamente no son ingreso del acreedor) y el coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, servicios que muchas veces no presta directamente el concedente del crédito (nunca en el caso de los seguros).

- Los términos de transparencia y protección de la clientela suelen tomarse como análogos aunque hay sustanciales diferencias. La propia exposición de motivos de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, incurre en esa confusión al entender que la *transparencia* y con ella “la correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de *protección para los clientes* que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente”.

Cuando hablamos de “transparencia” nos referimos a la posibilidad de poder conocer y comprender, esto es, acceder fácilmente al contenido de la posición contractual, en nuestro caso, de la parte más débil que es el cliente bancario.

La “transparencia”, en cuanto dota de mayor grado de información a la otra parte contratante, sirve para proteger a la clientela bancaria que, con carácter general, tiene un menor grado de formación e información jurídica y financiera que los que actúan en nombre y representación de las entidades de crédito. Pero la “transparencia” no sólo beneficia a la otra parte contratante; beneficia a todo el mercado bancario porque lo hace más eficiente. Y ello porque la transparencia es también un concepto económico y es un requisito necesario para que haya competencia.

Pero no toda norma destinada a proteger al cliente bancario tiene que ver con la transparencia. La expresión “protección de la clientela” es más amplia que la de “transparencia”. Normas de protección de la cliente son también aquellas que dan cauce a las reclamaciones de los clientes (Servicio de Reclamaciones del Banco de España) o las referentes a la concesión responsable de préstamos y créditos y a la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo (. Sin lugar a dudas estas últimas normas protegen a la propia entidad salvaguardando su solvencia estimulando un comportamiento prudente a este respecto, pero también protegen al cliente ya que al valorar su capacidad de pago (o riesgo de impago) se le protege de posibles futuras circunstancias que afecten de forma grave a su situación personal o familiar.

También es una normativa de protección del cliente bancario la que regula el uso de condiciones generales en los contratos lo que ocurre siempre en la contratación bancaria, y la que establece límites respecto a las cláusulas no negociadas individualmente e impide el uso de cláusulas abusivas con consumidores y usuarios o la que regula específicamente los contratos de crédito con éstos.

En fin, también pueden considerarse normas de protección de la clientela todas aquellas destinadas a restringir la libertad de las entidades de crédito en la fijación de comisiones, incluso, a veces, en el tipo de interés, estableciendo prohibiciones o importes máximos, o la prohibición del redondeo al alza en determinadas circunstancias o la limitación del interés de demora. • El establecimiento de normas de transparencia y de normas de protección de la clientela también tiene consecuencias indeseadas. Las primeras pueden encarecer el coste de la financiación en la medida que las entidades de crédito ven incrementados sus propios costes por la documentación que deben entregar a los clientes y por la información periódica que deben suministrar; y, desde luego, lo repercuten sobre sus clientes en forma de mayores intereses y comisiones.

Algunas normas de protección de la clientela bancaria han producido, en algunos casos, un “efecto perverso”, esto es, el

contrario al deseado. Así, la desaparición en determinados supuestos de la comisión por amortización anticipada y su sustitución por la “compensación por desistimiento” que está limitada cuantitativamente, ha hecho que la exención de la comisión en las amortizaciones parciales se haya sustituido por la fórmula “legal” de forma que, en la práctica, se ven muy pocas escrituras de préstamo hipotecario donde estén exentas de coste para el prestatario tales amortizaciones.

Otro ejemplo sería la limitación del tipo de interés de demora en los préstamos para adquisición de vivienda a tres veces el interés legal del dinero. La consecuencia ha sido que las entidades que tenían intereses de demora inferiores los han sustituido por el máximo legal, lo que implica que en estos casos el tipo de interés de demora haya subido.

- Podemos concretar tres niveles de protección del cliente bancario: en primer lugar, y dado que los contratos bancarios son contratos de adhesión, contratos basados en condiciones generales, existe una normativa que protege a todo adherente y, por tanto, al cliente bancario en tanto en cuanto lo es. En nuestro Derecho esta normativa está recogida en la LCGC.

Luego existe una normativa específica de protección para aquellos contratantes que reúnan la condición de consumidor o usuario donde se incluye el control de las cláusulas no negociadas individualmente y, en especial, de las cláusulas abusivas (recogida en el TRLCU) y otra, todavía más concreta, para los contratos de crédito celebrados por éstos (LCCC y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

Y, por último, hay una normativa sectorial específicamente bancaria que regula la transparencia y la protección de la clientela que se concreta básicamente en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circ. B.E. 5/2012.

- Las condiciones generales son, como se ha dicho, una respuesta "racionalizadora" a la problemática que comporta el tráfico

en masa. Con su utilización se reducen los costes de contratación, se facilita la división de tareas, incluso la coordinación en el seno de la propia empresa bancaria y posibilita el cálculo anticipado de los costes. Para algún autor, también dota este tipo de contratación de cierta *seguridad jurídica* en el sentido de hacer previsibles las consecuencias de una actuación tanto para la entidad crediticia como para el cliente, máxime en este sector de la contratación carente de una regulación sustantiva. Sin embargo, en la práctica, estas ventajas se ven desdibujadas cuando, como ocurre muchas veces, las condiciones generales incluyen cláusulas abusivas.

- La doctrina y la jurisprudencia, de forma unánime, consideran plenamente aplicable la LCGC a la contratación bancaria ya que la caracterización que hace esta norma de las condiciones generales se da de forma clara en esta contratación. Es claro que se cumple el primer requisito, el de la *contractualidad* de las cláusulas, así como el elemento de la *predisposición*, ya que el cliente bancario no influye en la redacción del clausulado que ha sido elaborado con anterioridad a la fase negocial del contrato que está generalmente impreso en formularios o redactado con arreglo a minutas que son sustancialmente iguales y que se aplican a todos los contratos. También concurre el requisito de la *imposición*, en tanto en cuanto el cliente si quiere acceder al servicio bancario no le queda más remedio que admitir las condiciones prefijadas adhiriéndose al contrato. Por último, también se da el requisito de la *generalidad*, están incorporadas a una pluralidad de contratos.

Desde el punto de vista *subjetivo* la LCGC es de aplicación a todos los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre un profesional (“predisponente”) y cualquier persona física o jurídica (“adherente”). Por tanto, en tanto en cuanto las entidades de crédito son empresas que actúan de forma típica y habitual en la intermediación del crédito sus contratos estarán sometidos a esta Ley.

- Hay una cierta confusión entre condiciones generales y condiciones abusivas que ha provocado, en parte, el propio legislador ya que en la Exposición de Motivos de la LCGC comienza señalando

que ésta “tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación”. Y aunque en el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, señalando que ambos conceptos no tienen por qué coincidir, cosa evidente, en el resto de la misma y la propia forma de trasponer la Directiva, producen una cierta confusión entre unas y otras.

- La vigente regulación sectorial referente a la transparencia y protección de la clientela en relación al contenido económico de los contratos bancarios de financiación, se encuentra recogida, básicamente, en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circ. B.E. 5/2012 que han significado un importante avance respecto a sus antecedentes (Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y Circ. BE 8/1990, de 7 de septiembre) y cuyo contenido es muy completo.

La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la misma excluye, con carácter general, a las personas jurídicas y a las personas físicas cuando actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial (en este último caso, las partes pueden acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de las normas referentes a los préstamos y créditos hipotecarios, lo que ocurre siempre en la práctica porque así se impone en el clausulado contractual). En definitiva, que dado que los contratos bancarios son de adhesión, difícilmente un profesional, un empresario o una persona jurídica de carácter mercantil serán beneficiarios de las normas de transparencia y protección incluidas en esta orden.

Por otra parte, su carácter administrativo y no de Ley formal, pudiendo afectar de esta forma directamente a los derechos y obligaciones contractuales, limita su eficacia práctica.

- La crisis financiera mundial de 2008 ha mostrado las conexiones entre el endeudamiento personal y una crisis sistémica. La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la conclusión de que el endeudamiento de las personas naturales (y jurídicas) y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él ha tenido graves repercusiones sociales y económicas.

Sin perjuicio de que las entidades de crédito son las primeras interesadas en la concesión de préstamos responsables ya que soportan en primera persona el riesgo de impago, no lo es menos que ha quedado demostrado cómo a través de mecanismos, entre los que se encuentra titulización, pueden lograr la externalización del mismo, convirtiendo el riesgo individual en riesgo sistémico que, en definitiva, será soportado por la ciudadanía a través de las vías impuestas a la misma por los Estados. Es imprescindible, por ello, contar con una legislación que controle la concesión de préstamos y créditos irresponsables como mecanismo de garantía de estabilidad del esquema financiero e incluso de prevención del sobreendeudamiento.

Esta concepción del “préstamo responsable” se introduce en España por el art. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y luego es desarrollado por el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 y el Anejo 6 de la Circ. B.E. 5/2012.

- La información que con carácter general las entidades de crédito están obligadas a entregar al cliente puede estructurarse en las distintas fases de la contratación bancaria (que son fiel reflejo de la normativa europea de crédito al consumo). Las tres fases son: precontractual, de formalización contractual y de ejecución.

La *fase precontractual* incluye todo aquello que es previo a la formalización del contrato bancario y, dentro de ella, hay que distinguir la publicidad, la entrega de documentación precontractual, las explicaciones y, en su caso, el servicio de asesoramiento y la comercialización de servicios bancarios vinculados.

Las entidades de crédito deben facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado con la entidad. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez. Además, se facilitará gratuitamente al cliente, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo cuando la entidad no esté dispuesta, en el momento de la solicitud, a celebrar el contrato de crédito con el cliente.

En la *fase de formalización contractual* las entidades de crédito deben entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual. Además, tienen que conservarlo y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que éste lo solicite, si bien en las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de las copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.

En cuanto al contenido de esta información debe recogerse: tipo de interés, comisiones y gastos repercutibles; duración; derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés, comisiones o gastos; los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación; derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondría; consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.

La tercera y última *fase* es la de *ejecución del contrato*. Aquí hay que mencionar tanto la información previa como la posterior a la prestación del servicio bancario y, en general, todas sus comunicaciones al cliente. En especial, la obligación de remitir a sus

clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior. También, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, como mínimo mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes.

- Sin perjuicio del principio general de libertad de fijación de los tipos de interés (art. 315 CCom), históricamente éstos, en el ámbito bancario, han estado sometidos a límites legales por disposiciones administrativas hasta la O.M. de 17 de enero de 1981, a partir de la cual se inicia un proceso de liberalización que va a culminar con la O.M. de 3 de marzo de 1987 y 23 de julio de 1988. La regulación hoy vigente se encuentra recogida en la Orden EHA/2899/2011 que establece que los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes.

No obstante hay límites legales: en algunos casos específicos, como los créditos que se concedan a consumidores en forma de descubiertos (en ningún caso podrá aplicarse un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero -art. 20.4 LCCC-), pero, con carácter general, el único límite que hay es el que establece la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios de 23 de julio de 1908 (LUs). Pero esta norma es hoy absolutamente insuficiente, dada su antigüedad y los pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo. No hay un criterio claro para determinar cuándo un préstamo es usurario *stricto sensu*, esto es, cuando el tipo de interés es “notablemente superior” al “normal del dinero”.

En lo que sí hay acuerdo es en considerar “interés del dinero”, todo coste que deba hacer efectivo el deudor y, por tanto, su consideración debe hacerse en términos de TAE.

Pero tampoco podemos olvidar que el establecimiento de estos límites legales, si bien son deseables y beneficiosos para el ciudadano, puede tener un efecto perverso: excluir del crédito bancario a determinadas personas abocándolas hacia la financiación extrabancaria donde los préstamos usurarios (en su triple acepción de usurarios *stricto sensu*, leoninos y fraudulentos) están a la orden del día. Por ello, se hace necesaria una derogación de la vigente LUs y su sustitución por otra que proteja a todo ciudadano distinguiendo las operaciones de financiación entre particulares de las bancarias.

- Para el cálculo de los intereses las entidades de crédito utilizan como base el llamado “año comercial” (360 días) lo que si bien tuvo su sentido hace tiempo para facilitar los cálculos, transformándose en un verdadero uso bancario, hoy ya no lo tiene. La consecuencia es un mayor coste para el deudor.

Otro de los aspectos relevantes para el cálculo de los intereses es el “redondeo”. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, establece que “en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo” que “habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto”. Por otra parte, en los contratos de crédito con consumidores debe considerarse abusiva la cláusula de redondeo al alza al amparo del artículo 87.5 TRLCU. Por tanto, para los prestatarios y acreditados que no reúnan la condición de consumidor y sus créditos no tengan garantías reales o personales, sí es admisible el redondeo al alza.

- Otra de las cuestiones de gran relevancia jurídica y, por supuesto, social, es la referente a los intereses de demora. Estos sirven tanto para reparar el daño que el acreedor ha recibido como consecuencia del incumplimiento, como para constituir un estímulo que impulse al obligado al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora. Se han planteado dudas doctrinales y jurisprudenciales respecto a si tipos que pueden estar entre el 20% y el 29% cumplen correctamente estas funciones.

Sin perjuicio del establecimiento de límites legales como se ha hecho para los préstamos y créditos hipotecarios con garantía de vivienda (y en esta misma línea el art. 28 de la Directiva 2014/17/UE) o para las operaciones de refinanciación sometidas al Código de Buenas Prácticas Bancarias, para su limitación se ha acudido por los órganos judiciales y por la doctrina a su consideración como cláusula abusiva o a la aplicación de la Ley de Usura, no sin jurisprudencia contradictoria respecto a esta última vía.

- “Comisión” es la retribución por la prestación de un servicio bancario y sólo puede percibirse por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente bancario y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados.

La normativa derogada de la OM de 12 de diciembre de 1989 hablaba de “operaciones o servicios prestados”. El término “operación”, más amplio (significa “ejecución de algo”) permitía entender la comisión como contraprestación por alguna actuación concreta realizada por la entidad de crédito aunque no fuera estrictamente un servicio y permitía considerar como “comisión” contraprestaciones establecidas en los contratos bancarios que no lo son por razón de la prestación de un “servicio” *stricto sensu*.

Analizadas las comisiones utilizadas en la práctica bancaria encontramos que unas veces sí son contraprestaciones a servicios efectivamente prestados (a pesar de las críticas doctrinales para nosotros el mejor ejemplo es la comisión de disponibilidad; también la comisión de riesgo), pero otras son “compensaciones” por actuaciones de la entidad de crédito que no son estrictamente un servicio (p.e. comisión por subrogación activa) o por gastos en los que incurre la entidad de crédito y que no entran en la categoría de gastos repercutibles (p.e. comisión por reclamación de posiciones deudoras). En otras ocasiones claramente no hay servicio alguno (comisión por devolución de efectos) o, además, son abiertamente ilegales (comisión por emisión de certificación de saldo cero para la cancelación hipotecaria).

- El sistema de transparencia en la contratación bancaria ha introducido un método de medición del coste que tiene como finalidad establecer una comparación financiera entre los distintos créditos: la llamada tasa anual equivalente (TAE). Expresa el coste de la operación de forma normalizada (siempre como tipo efectivo anual y pospagable), incluidas las remuneraciones percibidas como comisiones y otras pactadas como complementarias al tipo de interés nominal y cualesquiera otros gastos para el deudor.

- El ámbito del crédito al consumo y, por tanto, también el crédito bancario, es uno de los más y mejor regulados habida cuenta de las sucesivas Directivas Europeas y sus modificaciones, así como sus transposiciones al Derecho interno y nuestra propia experiencia tras dos normas a este respecto: la LCC-1995 y la vigente LCCC de 2011.

- La doctrina y la jurisprudencia entienden perfectamente aplicable la LCCC a la contratación bancaria siempre que concurra un consumidor entendiendo por tal la persona física que “actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”. Y ello porque el art. 2.2 LCCC define el prestamista como la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional. Y las entidades de crédito son empresas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.

- En el contrato bancario de crédito al consumo tenemos una perfecta delimitación de su contenido económico a través del art. 6 LCCC. Los conceptos contenidos en este precepto son: coste total del crédito, importe total adeudado por el consumidor, importe total del crédito, tasa anual equivalente y tipo deudor.

Los dos pilares sobre los que se asienta la transparencia en este sector del crédito de acuerdo con la Directiva 2008/48/CE y, por tanto, con nuestra LCCC, son: el coste total del crédito y la TAE que son dos caras de la misma moneda.

Ambos conceptos están íntimamente relacionados de forma que tenemos así, además de lo que se entiende por “coste total del crédito para el consumidor”, establecido en términos absolutos, una forma de expresarlo en términos relativos (porcentuales) que es la “tasa anual equivalente” de forma que el segundo nunca podrá existir sin haber definido el primero. Y ambos conceptos y su cálculo serán necesarios para dar cumplimiento a otros preceptos legales de la LCCC.

- Entre los gastos del consumidor que no son ingreso para el empresario están los impuestos. Aquí la LCCC, como no podía ser de otra forma, sigue el principio establecido por la Directiva 2008/48/CE de incluir los impuestos en el coste total del crédito (e igualmente en la Directiva 2014/17/UE). No lo hacía la LCC-1995 siguiendo la orientación de la entonces vigente Directiva del 87/102/CEE. Esto puede crear importantes distorsiones en la información proporcionada por la TAE.

- La LCCC, siguiendo la Directiva 2008/48/CE, estructura la información a proporcionar al consumidor distinguiendo las distintas fases de contratación: fase precontractual, fase contractual y fase de ejecución del contrato.

Para la *fase precontractual* la LCCC regula de forma detallada la información básica que ha de figurar en la publicidad y las comunicaciones comerciales y en los anuncios de ofertas que se exhiban en los locales comerciales en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito. También establece una lista de las características del crédito sobre las que se ha de informar al consumidor antes de asumir éste cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, información precontractual que deberá ser facilitada en un impreso normalizado (FEIN) en los términos previstos en la Directiva que transcribe la propia Ley.

En la fase *contractual* se establece la *forma* en que se entrega la información, que será por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactará con una letra que resulte legible y con un

contraste de impresión adecuado y todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito, así como su contenido de forma pormenorizada.

La última fase del contrato es la de *ejecución*. En esta el prestamista informará al consumidor de toda modificación del tipo deudor antes de que el cambio entre en vigor. Salvo cuando la modificación en el tipo deudor se deba a la modificación de un tipo de referencia (siempre y cuando sea publicado oficialmente y la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista), las modificaciones en el coste total del crédito deberán ser notificadas por el prestamista al consumidor de forma individualizada. Esta notificación incluirá el cómputo detallado que da lugar a esa modificación e indicará el procedimiento que el consumidor podrá utilizar para reclamar ante el prestamista en caso de que discrepe del cálculo efectuado.

- Hoy dos derechos especiales que se reconocen al consumidor a crédito: el *derecho de desistimiento*, entendido como el derecho a dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándose así a la entidad de crédito en un plazo de catorce días naturales desde la suscripción del contrato sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna. El consumidor deberá pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido y a más tardar a los treinta días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista.

Y el *derecho al reembolso anticipado*. Con carácter general, el plazo se presume en beneficio de ambas partes y no en beneficio sólo del deudor de lo que se deduce que no hay un derecho del deudor y una correlativa obligación del acreedor al reembolso anticipado. Ahora bien, en el ámbito del crédito al consumo, primero la LCC-1995 (art. 10) y después la vigente LCCC (art. 30), sí se reconoce con carácter genérico y en cualquier momento durante la vigencia del contrato, el derecho del consumidor a amortizar anticipadamente, de forma total o parcial, el crédito concedido.

En este caso el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir. Por su parte, el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo.

- En materia de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, la Orden EHA/2899/2011 ha significado un muy importante avance respecto a su antecedente la OM de 5 de mayo de 1994. No sólo desaparece la limitación cuantitativa anterior (25 millones de pesetas) sino que el contenido de la información se amplía notablemente. Su ámbito subjetivo de aplicación es el de las personas físicas, sean o no consumidores.

- Siguiendo el mismo esquema que la normativa de crédito al consumo, la información referente a los préstamos hipotecarios se estructura en las tres fases de la contratación: fase precontractual, fase contractual (especialmente el otorgamiento) y fase de ejecución del contrato (información periódica). Nuestra normativa vigente potencia la información en todas las fases pero pone mucho énfasis tanto en la información precontractual como en la de otorgamiento.

En la *fase precontractual* se proporciona una información genérica a través de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario elaborada por el Banco de España, la FIPRE y, sobre todo, ciñéndose a la operación concreta, la FIPER y la oferta vinculante. La información que se contiene en estas últimas es muy detallada.

En cuanto al *otorgamiento*, se introducen más obligaciones de información para los Notarios, exigiéndose un mayor énfasis en las cuestiones más “problemáticas” de este tipo de préstamos: la llamada cláusula suelo y los instrumentos de cobertura del tipo de interés.

- Nuestra normativa de transparencia referente a los préstamos hipotecarios deberá adaptarse necesariamente a la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, antes del 20 de marzo de 2016. No obstante, los Estados miembros que, antes del 20 de marzo de 2014, hayan aplicado una ficha de información que satisfaga requisitos de información equivalentes a los expuestos en el anexo II de la Directiva que regula la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) podrán seguir utilizándola hasta el 21 de marzo de 2019. Este es, a mi juicio, el caso de España.

Si comparamos el contenido de la FEIN con el de la FIPER convendremos que es muy similar. Esto trae causa en que, a este respecto, la Orden EHA/2899/2011 se inspiró, primeramente, en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que consta en la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda y, después, en la FEIN que constaba en la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial hoy ya aprobada definitivamente.

- Una de las cuestiones más relevantes tanto jurídica como socialmente en materia de préstamos hipotecarios ha sido la referente a los instrumentos de cobertura de tipos de interés. Fue la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, la que estableció la obligatoriedad de que las entidades de crédito informen a sus deudores hipotecarios con los que suscriban préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles, debiendo ofrecer, al menos, uno.

Cuando empiezan a concertarse estos instrumentos de cobertura, los tipos de interés repuntan levemente pero a partir de 2008 caen en picado. En los primeros momentos, la contratación de esos instrumentos de cobertura de tipos de interés pudo proteger a los prestatarios de posibles subidas, pero a partir de diciembre de 2008 lo que han hecho es hacer sufrir pérdidas especialmente aquellos que contrataron un concreto instrumento: los swaps.

Quedaron atrapados pagando cantidades fijas a pesar de que los intereses no hacían más que bajar y con unos costes de liquidación de estos contratos casi inasumibles que les impedía cancelar la operación.

Los instrumentos de cobertura de tipos de interés utilizados en la práctica española son dos: los *caps* y los *swaps*. Hoy la Orden EHA/2899/2011 exige informar sobre la naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos; su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación; en función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso, la obligatoriedad del pago de una prima y su importe o las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas puedan ser negativas; y la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.

- Otra de las cuestiones más relevantes jurídica y socialmente en sede de préstamos hipotecarios ha sido la validez de la llamada “cláusula suelo”. Ha dado lugar a verdaderos “chorros de tinta” tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial. A este respecto hay dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera de ellas y fundamental, de 9 de mayo de 2014, una de las más extensas que ha dictado este órgano jurisdiccional.

Pero la trascendencia de estas dos sentencias va más allá de las cláusulas suelo entrando de lleno en el Derecho de los Contratos. Y ello porque el TS entiende que, admitido que una condición general supera el filtro de inclusión en el contrato, debe examinarse si, además, supera el control de transparencia cuando esté incorporada

a contratos con consumidores. No han faltado autores que consideran que este “control de transparencia «sustancial»” carece de fundamento legal, y que no cabía control de oficio, ya que, de acuerdo con el criterio del TJUE, el mismo sólo viene exigido con respecto a cláusulas abusivas en sentido propio, no con respecto a cláusulas «no sustancialmente transparentes», categoría que no existe en la Directiva 93/13/CEE ni tampoco en nuestro Derecho interno.

Por otra parte, el Tribunal no estaba facultado para efectuar este control de oficio de la “transparencia sustancial” de las cláusulas suelo porque nadie se lo pidió; no olvidemos que en la primera sentencia se estaba ante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en la que se solicitaba la declaración de nulidad por tener carácter abusivo. Puede así existir un vicio de incongruencia generador de indefensión de las entidades condenadas (art. 24 CE); de hecho tales entidades han interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Aunque, a nuestros efectos, lo más grave es que el TS, tras constatar que se han cumplido las normas de transparencia exigidas por la entonces vigente OM de 5 de mayo de 1994 y a pesar de que el prestatario-consumidor fuera informado del contenido de la cláusula por el Notario autorizante de la escritura y, por tanto, no se dude de su consentimiento, aun así, entiende que es una cláusula no transparente. El TS ha situado a las entidades de crédito que utilicen este tipo de cláusulas en la más absoluta inseguridad jurídica. Se limita a considerar, que el cumplimiento de la normativa de transparencia que, obviamente, es obligado, no sirve para la finalidad para la que fue aprobada; es decir, que el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual (entonces folleto informativo y oferta vinculante) o las advertencias y explicaciones del Notario en el momento del otorgamiento, no valen para nada a efectos de la “transparencia” exigida por los magistrados de nuestro Alto Tribunal; y se afirma que “el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato [...], no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en

formalismos carentes de eficacia real”. Eso sí, no se nos dice que “no formalismos” pueden tener “eficacia real” a estos efectos.

Más allá va la segunda sentencia que tras repetir los argumentos de la sentencia anterior y constatar que en la propia escritura pública dicha cláusula suelo estaba resaltada en negrilla y que, previamente, se había entregado un folleto informativo cuyo contenido tasado legalmente contenía información sobre la cláusula suelo, sigue entendiendo que no es transparente. Pero en esta sentencia ya encontramos un voto particular en contra.

- En la vigente Orden EHA/2899/2011, podemos observar que en la información precontractual se incluye la posible existencia de cláusulas suelo en la FIPRE y en cuatro de las catorce secciones de la FIPER y, adicionalmente, en un anexo a ésta. Hay que añadir que en el supuesto que el cliente solicitase una oferta vinculante, dado que el art. 23 Orden EHA/2899/2011 establece que su contenido es coincidente con el de la FIPER, la información señalada se reproducirá en ella.

Habida cuenta que el contenido de la FIPER se reproduce en la escritura de préstamo hipotecario e, incluso, se incorpora a la misma, todas estas referencias forman parte de la información contractual. A ello hay que añadir que, a tenor del art. 30,3 Orden EHA/2899/2011 y en relación con el acto de otorgamiento, se exige una información aún más detallada por parte de los Notarios autorizantes de las escrituras. Por tanto, en el propio acto del otorgamiento y, sin perjuicio de la lectura del contenido del contrato y, muy especialmente, de sus cláusulas financieras, deben hacerse expresamente advertencias en los supuestos de limitaciones a la variabilidad del tipo de interés.

A todo esto hay que añadirle que en virtud de la Ley 1/2013, todos y cada uno de los prestatarios deben escribir de su puño y letra que han sido debidamente informados por la entidad de crédito y por el Notario autorizante de la existencia de la cláusula suelo.

Dicho todo esto, se puede concluir que el régimen vigente de transparencia referente a la cláusula suelo es, en nuestro Derecho interno, muy completo. Y si la comparamos con la normativa recogida en la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, que debemos transponer a nuestro ordenamiento jurídico, aún más. La atención que se le da en esta Directiva es mínima..

- A modo de conclusión final. Aprovechando la transposición de la Directiva 2014/17/UE, que se hará, a mi juicio, mediante Ley formal, podría aprovecharse para clarificar y mejorar nuestro panorama legislativo a través de una Ley de Transparencia Bancaria (ahora que la “transparencia” parece estar de moda). Ésta sería aplicable a todo cliente bancario, sea persona física o jurídica y en ella deberían contemplarse las especificidades en los créditos con consumidores o usuarios exigidas por la Directiva 2008/48/CE (hoy en la LCCC) y por la Directiva 2014/17/UE para adquisición de bienes inmuebles de uso residencial.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A.: “Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 9/2014.

- AGÜERO ORTIZ, A.: “Guía sobre la apreciación judicial de la abusividad de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios”,
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/06/GU%C3%8DA-SOBRE-LA-APRECIACI%C3%93N-JUDICIAL-DE-LA-ABUSIVIDAD-DE-LOS-INTERESES-DE-DEMORA.pdf>

- AGÜERO ORTIZ, A.: “Sobre intereses remuneratorios erróneamente considerados abusivos. La AP Alicante: Una flor en el desierto”,
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/Sobre-intereses-remuneratorios-err%C3%B3neamente-considerados-abusivos-la-AP-Alicante-una-flor-en-el-desierto.pdf>, 10 de noviembre de 2014.

- AGUILAR RUIZ, L., *La protección legal del crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 181.

- ALCALÁ DÍAZ, M^a.A.: *La Protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Aranzadi, Cizur Menor 2013.

- ALCOVER GARAU, G. y MARTÍNEZ NADAL, A.: “Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración”, *RDBB* núm. 70, abril-junio 1998.

- ALFARO AGUILA REAL, J.: “La «última» Sentencia del Tribunal Supremo sobre transparencia de las cláusulas-suelo”, 20 de noviembre de 2014,
<http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/11/la-ultima-sentencia-del-tribunal.html>.

- ALFARO AGUILA-REAL, J.: "La interpretación de las condiciones generales de los contratos". LA LEY 14 de mayo de 1987 (Tomo II, págs 991-1.006).
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Las condiciones generales de la contratación", Civitas, 1991.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Artículo 1". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Contrato Bancario" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, Madrid, 1995. Págs. 1.558-1.561.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, julio-septiembre 1997
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Proyecto de Ley de Crédito al Consumo*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 56. Diciembre, 1994.
- ALFARO, J y CAMPINS, A: "Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 6.ª)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- ALMOGUERA GÓMEZ, A.: "Fe pública y contratación mercantil: consideración de los contratos bancarios de adhesión". En *Seguridad jurídica y contratación mercantil* (Coord. U. Nieto Carol). Civitas, 1994.

- ALMOGUERA GÓMEZ, A.: "Régimen vigente para las operaciones crediticias a tipo variable", *Aspectos prácticos de la Contratación Bancaria, Cuadernos de Derecho y Comercio*, monográfico 1995.
- ALMOGUERA GÓMEZ, A.: "Reflexiones sobre la protección del prestatario hipotecario". En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998.
- ALONSO MARTÍNEZ, C.: "Propuesta de Reglamento Europeo de protección de datos personales y Ficheros de solvencia" en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ LATA, N.: "Artículo 10" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ LATA, N.: "Artículo 14" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ LATA, N.: "Artículo 15" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G.I: "El consumo y el crédito". Forma parte del libro *"Los grupos de Contratos en el crédito al consumo"*, Editorial LA LEY, (formato electrónico -Base de datos La Ley-) Madrid, abril 2009.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 17" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 19" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 20" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Artículo 4" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Contratos de financiación" en *Tratado de Contratos* (Dir. R. Bercovitz), Tomo IV, Tirant lo Blanch, 2011.
- ALVAREZ OLALLA, P: "Disp. adic. Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. I. 2ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.: "Información y actuaciones previas a la celebración del contrato en la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo", Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2152, marzo 2013
- AMOROS DORDA, F.J: "Directiva 87/102 C.E.E. Protección al consumidor y crédito al consumo". Cuadernos de Derecho y Comercio número 1, 1987.
- ANDRÉS LLAMAS, M.A. : "El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad", Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 11/2014.
- ANDREU MARTÍ, Mª del M.: "La reciente normativa sobre protección del préstamo hipotecario", *RDBB* enero-marzo 1995.
- ANDREU MARTÍ, Mª del M.: "El reembolso anticipado del crédito", *Revista Jurídica Región de Murcia*, 1997.
- ANDREU MARTÍ, Mª del M.: "Lección 20ª. Crédito al consumo" en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores* (Coord. Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M.). McGraw Hill, Madrid, 1999.

- ARAGÓN REYES, M.: “Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España” en *Instituciones del Mercado Financiero*, Vol. I (Fuentes, Protección de los Consumidores, Responsabilidad y Nuevos sistemas de Contratación), Dir. A. Alonso Ureba y J. Martínez Simancas, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997
- ARRANZ PUMAR, G.: *Análisis del Proyecto de Ley de Crédito al Consumo*. Crédito Cooperativo, núm. 71, 1994.
- ARROYO AMAYUELAS, E.: “Artículo 16” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ARROYO AMAYUELAS, E.: “Artículo 21” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ATAZ LÓPEZ, J.: “Artículo 1.445” en *Comentarios al Código Civil* (Director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ATAZ LÓPEZ, J.: “Artículo 11. Registro de condiciones generales”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- ATAZ LÓPEZ, J.: “Artículo 22. Inscripción en el Registro de condiciones generales”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- AURIOLES MARTIN, A.: "La protección de los usuarios de Servicios Bancarios". LA LEY, 23 de julio de 1991.
- AURIOLES MARTÍN, A.: “Capítulo 71. Aspectos Generales de la Contratación Bancaria” en *Derecho Mercantil* (coord. G.J. Jiménez Sánchez)”, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.

- AZORIN RONCERO, J.: "La Ley General de Protección de los Derechos de usuarios y consumidores. Operaciones Bancarias". R.G.D. 1985, pág. 2.126 y ss.
- AZPARREN LUCAS, A.: "Protección procesal del consumidor a crédito", *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.
- BADENAS CARPIO, J. M: "Artículo 2. Ámbito subjetivo". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- BADENAS CARPIO, J.M: "Artículo 4.1. Contratos excluidos". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- BADENAS CARPIO, J.M: "Disp. adic. primera. Dos: Art. 10.3 LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- BALBUENA RIVERA, M.: "Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio" en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- BALLESTEROS DE LOS RIOS, M^a: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1^a. III. 15^a, 16^a y 17^a LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- BALLUGERA GÓMEZ, C: *Las pólizas bancarias*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- BANCO DE ESPAÑA. Memorias del Servicio de Reclamaciones 2000 a 2013.

- BANCO DE ESPAÑA: "Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios" recogido en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales SENADO de la IX Legislatura*, Boletín General, Serie I, de fecha 7 de mayo de 2010 (núm. 457).
- BANCO MUNDIAL: *Código de Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero*, junio 2012, http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1339624653091/8703882-1339624678024/8703850-1340026711043/8710076-1340026729001/FinConsumerProtection_GoodPractices_SPANISH_FINAL.pdf
- BAÑÓ ARACIL, J.: "Reflexiones en torno a la cuenta corriente bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria* (Dir. V. Cuñat Edo y R. Ballarín Hernández), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- BARONA VILAR, S: "Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- BERCOVITZ ALVAREZ, G: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. V. 23ª y 24ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil", en *Lecturas sobre la Constitución*. U.N.E.D. 1978, volumen II.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A: "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en *Estudios sobre Consumo*, 3. 1984.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "La protección del consumidor frente al endeudamiento". En jornadas sobre la protección del

usuario de servicios bancarios, organizadas por el Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Junio 1991.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “La Transposición de la directiva comunitaria al derecho español”. En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas (Dir. U. Nieto Carol)*. Lex Nova, Valladolid, 2000.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: “Artículo 1. Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: “Artículo 8. Nulidad”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: “Disp. adic. primera. Dos: Art. 10.1 c) LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: “La infracción de Circulares del Banco de España no es motivo en que pueda fundarse el recurso de casación. Crítica a la negativa a reconocerles el carácter de norma jurídica-sustantiva”, *RDBB* 1995.

- BOLDÓ RODA, C.: “El seguro de amortización de préstamos” *RDBB*, 71, julio-septiembre 1998.

- BOLDÓ RODA, C: “Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 18ª)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

- BONET SÁNCHEZ, J.I.: “El contrato bancario” en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 1998.

- BONET SÁNCHEZ, J.I.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1993: una aplicación práctica del principio constitucional de no indefensión y una añadida reflexión sobre la usura", Cuadernos de Derecho y Comercio nº 12, 1993.
- BONET SÁNCHEZ, J.I.: "El coste del crédito al consumo". En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.
- BROSETA PONT, M.: "Manual de Derecho Mercantil". Tecnos 1990.
- BUESO GUILLÉN, P.J.: "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", *RDBB* julio-septiembre 1995.
- BUSTO LAGO, J.M.: "Artículo 10" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- BUSTO LAGO, J.M.: "Artículo 7" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- BUSTOS PUECHE, J. E.: "Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho de Consumo. LA LEY 24 de julio de 1990.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A: "Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 22.ª)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. Mª.: *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Centro de Estudios Registrales, 1998.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. Mª.: *La Protección Inmobiliaria del Consumidor en la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Registrales, 1994.

- CADENAS DE GEA, CATALINA “Capítulo 6. El ejercicio de las acciones individuales en materia de cláusula suelo” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- CAFFARENA LAPORTA, J: “Disposición adicional 1^a, 6 (cláusula 16.ª)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- CARRASCO PERERA, A: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CARRASCO PERERA, A.: «El “animus revertendi” de lo banal», *El Notario del siglo XXI* n^o 50, julio-agosto 2013.
- CARRASCO PERERA, A.: “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”
http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%C3%81S.pdf
- CAFFARENA LAPORTA, J: “Disposición adicional 1^a, 6 (cláusula 17.ª, primera parte) (Comentada junto con la cláusula 2.ª)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- CÁMARA AGUILA, M^a.P: “Primera. Seis: Disp. Adic. 1^a. I. 7^a LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario al art. 3 TRLCU” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Dir. Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

- CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo". <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE-CALIFICARSE-COMO-CL%C3%81USULA-ABUSIVA-LA-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO-.pdf>.
- CANDELAS SANCHEZ-MIGUEL, M.: "Modificación de las normas sobre condiciones de crédito y defensa del cliente en el Derecho español". R.D.B.B. nº 34, 1989.
- CAÑIZARES LASO, A.: "Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 14ª)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013.
- CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación", Revista CESCO nº 7/2013, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva", Revista CESCO nº 7/2013, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- CASADO CERVIÑO, A.: "El crédito al consumo y la protección de los consumidores". R.D.B.B. nº 11, 1983.

- CASASOLA DÍAZ, J.M^a.: “Capítulo 8. Suspensión de ejecuciones hipotecarias. Análisis de la jurisprudencia menor en materia de oposición a la ejecución hipotecaria” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- CASASOLA DÍAZ, J.M^a.: “Capítulo 9. Análisis jurisprudencial (I). Marco legislativo” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil, Común y Foral". Tomo IV, Derecho de Obligaciones, 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*. Edit Reus, 1946.
- CASTILLA CUBILLAS, M.: “La implementación de la nueva Directiva de crédito al consumo y la protección sustantiva de los usuarios de tarjeta de crédito”, *RDBB* núm. 118, abril-junio 2010.
- CELENTANI, M.: “El intercambio de información y el funcionamiento del Mercado Crediticio” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- CHAMORRO POSADA, M.: “Buena fe y contratación bancaria desde el futuro derecho contractual europeo (diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria)”, *RDBB* núm. 89, enero-marzo 2003.
- COLINA GAREA, R.: "El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores (a propósito de la STAP de Madrid de 28 febrero 1995)", *RDBB* julio-septiembre 1996.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0248:ES:HTML .

- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo*, Bruselas 14 de mayo de 2014.

- CORTÉS, L.J.: “Capítulo 1. Los Contratos Bancarios: ideas generales” en *El Contrato Bancario. Tiempos Revueltos*, Aranzadi, 2012.

- CORTÉS, L.J.: “Capítulo 74. Contratos Bancarios (I)” en *Curso de Derecho Mercantil II* (Dir. R. Uría y A. Menéndez), Civitas, Madrid, 2001.

- CREMADES, B.M.: "El crédito bancario y su instrumentación". LA LEY, 1987 (Tomo I págs. 1078 y ss.).

- CUARTERO RUBIO, M^a. V: “Artículo 4.2. Contratos excluidos”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- CUENCA CASAS, M.: “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

- CUÑAT EDO, V.: “Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil-Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994, pgs. 609-622.

- DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971.

- DÍAZ ALABART, S.: “*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos” en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol), Lex Nova, Valladolid, 2000.

- DÍAZ ALABART, S: “Artículo 6. Reglas de interpretación”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- DIAZ ALABART, S: “Primera. Dos: Art. 10.2 LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- DÍAZ CAMPOS, J.A.: “Capítulo 3. Análisis económico-financiero de la cláusula suelo” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- DIAZ FRAILE, J.M.: *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*. Cuadernos de Derecho Registral, 2008.
- DÍAZ RUIZ, E.: “Condiciones generales bancarias y defensa de la competencia”, *RDBB* núm. 77, enero-marzo 2000.
- DÍAZ RUIZ, E.: “Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, *RDBB* núm. 119, julio-septiembre 2010.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: “Artículo 2”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, 1996

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: "Artículo 2". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable", *RDBB* núm. 88, octubre-diciembre 2002.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable", *RDBB* núm. 88, octubre-diciembre 2002.
- DUQUE DOMINGUEZ, J.F.: "Problemas en la reforma del régimen de las condiciones generales". Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, 30 de enero de 1992.
- DUQUE DOMINGUEZ, J.F.: "Condiciones abusivas de crédito". En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (Dir. U. Nieto Carol). Civitas, Madrid, 1998.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: "Las Cláusulas abusivas en contratos de consumo". En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.
- DURANY PICH, S: "Artículos 5 y 7". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: "Artículo 6.3". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- EMBID IRUJO, J.M.: "Capítulo X: La cuenta corriente bancaria" en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 1998.

- EMBID IRUJO, J.M.: “La cuenta corriente bancaria”, *RDBB* núm. 65, enero-marzo 1997.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario”, *RDBB* núm. 132, octubre-diciembre 2013.
- FANJUL SUÁREZ, J.L., ALMOGUERA GÓMEZ, A. y GONZÁLEZ VELASCO, M^a C.: *Análisis de las Operaciones Financieras*, Civitas, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ ALEN, J.: “La jurisprudencia reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo relativa a contratos bancarios sobre instrumentos financieros”, *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014.
- FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., IZQUIERDO BLANCO, P., SERRA RODRÍGUEZ, A. Y SOLER SOLÉ, G.: *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula suelo*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: “Contratos vinculados a la obtención de un crédito”. En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ MALDONADO, M^a A.: “A vueltas con la expresión manuscrita”, 28 de diciembre de 2014, <http://www.notariosyregistradores.com/OPINION/2014-expresion-manuscrita.htm>
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a: *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2013.
- FERRANDO VILLALBA, Ma.L.: “Las cláusulas de compensación y la tutela del cliente bancario”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* num. 26, septiembre 1998.

- FERRANDO VILLALBA, M^a.L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- FERRE MOLTÓ, M.: "Normas de transparencia de los contratos bancarios", *Aspectos prácticos de la Contratación Bancaria, Cuadernos de Derecho y Comercio*, monográfico 1995.
- FERRER RIBA, J: "Artículo 6.1". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- FERRER RIBA, J: "Disposición adicional 1^a, 6 (cláusula 2^a, inciso 1). En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- FUENTES, I.: "Evolución reciente de las comisiones por servicios bancarios" en *Boletín Económico del Banco de España*, febrero 2010.
- GALÁN CORONA, E.: "Las órdenes ministeriales y circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil-Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo II, Madrid, 1994, pgs. 892-896.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su cumplimiento" en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- GARCIA AMIGO, M.: "El contrato en la perspectiva comunitaria". *Actualidad Civil* n^o 4, 1992.
- GARCÍA AMIGO, M.: "En torno al artículo 310 del Código de Comercio" en *Revista de Derecho Público*, octubre 1964.
- GARCIA CANTERO, G.: "Venturas y desventuras del art. 10 de la LGDCU". *Actualidad Civil* n^o 22, 1991.

- GARCÍA GIL, F.J.: *El Préstamo Hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, DAPP Publicaciones Jurídicas S.L., Pamplona, 2011.
- GARCÍA MÁZ, F. J.: "Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre 1996.
- GARCÍA VICENTE, J.R.: "Artículo 28" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Tipicidad contractual y contratos de financiación" en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1990.
- GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A.: "Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al art. 10 LGDCU". *RDBB* núm. 30, junio 1988.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L. y PARDO GATO, J.R.: *Código Bancario*. Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual (comentario a la STS de 14 diciembre de 1983)", *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario*, (Dir. SÁNCHEZ CALERO), Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Tomo I, 1993.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "§ IV. LEY 7/1995, DE 23 DE MARZO, DE CRÉDITO AL CONSUMO. CAPÍTULO II. De los contratos sujetos a la presente Ley (arts. 6-15)" en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* -Dir. S. Cámara Lapuente-, Colex, 2011
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "Las funciones del Banco de España en materia de comisiones y publicidad. La nueva regulación de las

comisiones en el sector hipotecario”, *RDBB* nº 107, julio-septiembre 2007.

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: “Las funciones del Banco de España en materia de comisiones y publicidad. La nueva regulación de las comisiones en el sector hipotecario”, *RDBB* núm. 107, julio-septiembre 2007.

- GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: *El Contrato bancario de descuento*. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1990.

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: *Las entidades de crédito y sus operaciones. Operaciones Bancarias neutras*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- GARRIGUES, J.: “Contratos Bancarios”, 2ª edición. Madrid, 1975.

- GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Artículo 21”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

- GIL PELÁEZ, L.: *Matemática de las Operaciones Financieras*, Editorial A.C., Madrid, 1987.

- GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, en *Crédito al consumo y transparencia bancaria* (Dir. U. Nieto Carol), Ed. Civitas, Madrid, 1998.

- GOMÁ LANZÓN, F.: “La supuesta complejidad de los llamados productos financieros complejos y la claridad como derecho del consumidor” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: “El registro de condiciones generales de la contratación”. En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.

- GÓMEZ LOZANO, M^a del M.: “La protección del Consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios”, *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Dir. A. Núñez Iglesias), editorial Comares, Granada, 2014.

- GOMEZ MARTINHO FAERNA, A: "El crédito y la función notarial". LA LEY, 3 de julio de 1987 (Tomo III págs. 779-794).

- GONZÁLEZ BOTIJA, F.: “Registro de información de crédito y defensa de la competencia”, *RDBB* núm. 101, julio-septiembre 2008.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La nueva regulación de los medios de pago en el TRLCU. Las novedades de la Ley 3/2014 y otras exigencias comunitarias”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N^o 9/2014.

- GONZALEZ CARRASCO, M.C.: “La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5^a), de 7 octubre 2011 estima el recurso de apelación de BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla”. *CESCO*,
http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contrato_slnmobiliarios/15.pdf

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C.: “Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable”,
<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/15/2010/15-2010-8.pdf>.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C.: “Cláusula suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio exige una vista que garantice la contradicción de las partes (STS 13.10.2014, MP SR. SANCHO GARGALLO), 21 de noviembre de 2014,
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/LA-FALTA-DE->

[TRANSPARENCIA-DE-UNA-CLÁUSULA-SUELO-ES-CAUSA-DE-NULIDAD-DISTINTA-DE-LA-ABUSIVIDAD-ALEGADA-2.pdf](#)

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C.: “La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)”, 6 de noviembre de 2014, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 14/2014, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/LA-FALTA-DE-TRANSPARENCIA-EN-LA-SEGUNDA-ST-SOBRE-CLÁUSULA-SUELO-.pdf>
- GONZÁLEZ CATALÁ, V.: *Análisis de las Operaciones Financieras, Bancarias y Bursátiles*. Ediciones de las Ciencias Sociales, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ LEGUINA, M: “Artículo 23.1. Información”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Artículo 7. No incorporación”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Primera. Dos: Art. 10.1 a) y b) LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- HERNÁNDEZ GUARCH, C.: “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6.

- HUALDE MANSO, T.: "Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista", *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución", *RDBB* núm. 34, abril-junio 1989.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: "La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y la dogmática contractual electrónica" en *Revista de la Contratación Electrónica* nº 84, 2007.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución", *RDBB* núm. 34, abril-junio 1989.
- JIMÉNEZ CLAR, A.J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *RDBB* núm. 113, enero-marzo 2009.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "Sobre la naturaleza de los intereses", *RDBB* núm. 113, 2009.
- JUSTE MENCÍA, J.: "Artículo 5.4". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- LETE ACHIRICA, J.: "La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho Francés: La Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos". *La Ley*, 14 de febrero de 1996.
- LINARES POLAINO, M. y SÁNCHEZ MONJO, M.: "La transformación del mercado de crédito consecuencia de la directiva de crédito al consumo", *RDBB* núm. 116, octubre-diciembre 2009.
- LLOVERAS I FERRER, M.R.: "Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 21.ª)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a.: “Capítulo 5. El contrato de préstamo hipotecario” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a.: “Capítulo 1. Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo, y fijación de los términos del debate” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a.: “Capítulo 2. Los sistemas financieros español y europeo: una realidad convergente y en transformación” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA.: “Capítulo 4. La contratación bancaria” en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- LÓPEZ YAGÜES, V.: “Entorno al carácter abusivo de las cláusulas de sumisión competencial insertas en los contratos de adhesión bancarios. (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1996), *RDBB* núm. 69, enero-marzo 1998.
- LYCZKOWSKA, K: “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N^o 5/2013.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “Artículo 23. 1, 2 y 3... Información”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “Primera. Dos: Art. 10.6 LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- MARIMÓN DURÁ, R.: *La tutela del Usuario en el Contrato Bancario Electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- MARÍN LÓPEZ, J.J.: “El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo”, en *Crédito al consumo y transparencia bancaria* (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998.
- MARÍN LÓPEZ, J.J.: “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación”. En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al art. 1. Contrato de crédito al consumo” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. Manuel Jesús Marín López), Aranzadi, 2014.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario de la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio)”, CESCO, www.ulcm.es/centro/cesco/, junio 2011.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”, Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 9/2014.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “El consumidor que reembolsa anticipadamente su crédito ¿debe abonar al prestamista alguna comisión o contraprestación? Regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, CESCO, www.ulcm.es/centro/cesco/, febrero de 2011.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “La protección del consumidor en Alemania” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, VV.AA. (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2001, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (1)”, *Diario La Ley*, núm. 7693, Sección Doctrina, de 13 de septiembre de 2011.

- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE”, *Revista CESCO de Derecho y Consumo* 7/2013.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de los intereses colectivos”, *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del Consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, www.uclm.es/centro/cesco, marzo 2011.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del Proyecto de Ley de contratos de crédito al consumo», *Revista de Derecho Público*, marzo/abril 2011.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “La protección del consumidor de crédito en Alemania. Análisis de la “VerbraucherKreditgesetz”. En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJCE de 21 de enero de 2015)”, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/ImposibilidadRecalcular.pdf>, enero 2015.
- MARIÑO VILA, M.: “Compensación por amortización anticipada”, http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/merca_dohipotecario/compensacionamortizacionanticipada2.htm, 2008.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J.N.: “La utilización de efectos cambiarios en el crédito al consumo, en el derecho positivo español”. En *Crédito al*

Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol). Civitas, Madrid, 1998.

- MARTÍNEZ, J.M^ª: *Hermenéutica Bíblica*, edit CLIE, Madrid, 1984.

- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Estudios de Derecho Patrimonial*, Montecorvo, Madrid, 1984.

- MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L: “El derecho a la información de la clientela en las entidades de crédito. Orden ministerial del 12 diciembre 1989 y circular 8/90 del Banco de España”, *RDBB* julio-septiembre 1993.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Delimitación del error en los contratos de swap”, *RDBB* núm. 130, abril-junio 2013.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *RDBB* núm. 133, enero-marzo 2014.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 5/2013.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)”, www.uclm.es/centro/cesco, marzo 2012.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Diario La Ley*, Nº 7778, Sección Doctrina, 18 Enero 2012, Año XXXIII, Ref. D-21.

- MARTÍNEZ PASTOR, M.: *La póliza de crédito. Ejecución y oposición*, Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, 1992.
- MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A.: “Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *RDBB* núm. 124, octubre-diciembre 2011.
- MARTÍNEZ ROSADO, J.: “La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado”, *RDBB* núm. 106, abril-junio 2007.
- MARTÍNEZ SANZ, F. y JUAN Y MATEU, F.: “Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusulas 2ª y 17ª)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MASIDE MIRANDA, J.E.: “Las condiciones generales de los contratos y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Tomo I, 1998.
- MATEU DE ROS, R.: “El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia”, *RDBB* núm. 72, octubre-diciembre 1998, pág. 1.017.
- MAZA GAZMURI, Í. de la: *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A: “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

- MINERVINI, E.: “La trasparenza delle condizioni contrattuali, en BBTC, 1997
- MINGO BASAÍL, M.L. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I: “Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 19.ª). En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- MIQUEL, J.M.: “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- MIRANDA SERRANO, L.Mª y PAGADOR LÓPEZ, J.: “Contratos de financiación y morosidad”, *RDBB* núm. 119, julio-septiembre 2010.
- MIRANDA SERRANO, L.Mª y PAGADOR LÓPEZ, J.: “Contratos de financiación y morosidad”, *RDBB* núm. 119, julio-septiembre 2010.
- MOLLE, G.: *Manuale di Diritto bancario*, 3ª ed., Milán, 1987.
- MONTÉS RODRÍGUEZ, Mª P.: “Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios” en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria* (Dir. V. Cuñat Edo y R. Ballarín Hernández), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- MONTES, F.: “Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. V. 22ª LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- MORÁN, E.K.: “Wall Street Meets Main Street: Understanding The Financial Crisis”, *13 N.C. Banking Inst.* (2009),

- MORENO LISO, L.: "El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios", *RDBB* núm. 122 abril-junio 2011.
- MORENO LISO, L.: "El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios", *RDBB* núm. 122, octubre-diciembre 2011.
- MUÑOZ CERVERA, M.: "La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo" en Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 17, 1995.
- MUÑOZ CERVERA, M.: "El interés y la usura". En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (Dir. U. Nieto Carol). Civitas, Madrid, 1998.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: "Abusividad, una vez más, en los contratos de préstamo hipotecario", *RDBB* núm. 135, julio-septiembre 2014.
- MÚRTULA LAFUENTE, V.: "Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo", *Negociación y perfección de los contratos* (Dir. M^a. A. Parra Lucán), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- NAVARRO CHINCHILLA, J.J.: "Nulidad del pagaré para instrumentar deudas derivadas de un préstamo mercantil", *RDBB* núm. 61, enero-marzo 1996.
- NAVARRO CHINCHILLA, J.J.: "Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria". En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.
- NIETO CAROL, U.: "Artículo 18" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- NIETO CAROL, U.: "Artículo 23" en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- NIETO CAROL, U.: "Artículo 6" en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- NIETO CAROL, U.: “Condiciones generales de los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor” en *Crédito al consumo y Transparencia Bancaria* (VVAA. Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998.
- NIETO CAROL, U.: “Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales de los contratos crediticios”, *Actualidad Civil* 1993-1.
- NIETO CAROL, U.: “Información sobre condiciones generales y cláusulas abusivas: El papel del corredor de comercio colegiado”. En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.
- NIETO CAROL, U.: “La ejecución hipotecaria. El proceso judicial sumario y la ejecución extrajudicial” en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II. Garantías Reales. Volumen 2º. Garantías inmobiliarias (AA.VV. Coord. U. Nieto), Civitas, Madrid, 1996.
- NIETO CAROL, U.: “Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios” en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (VVAA. Dir. U. Nieto). Lex Nova, Valladolid, 1998.
- NIETO CAROL, U.: *El crédito al consumo: régimen jurídico*. Conferencia pronunciada en la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito el 16 de abril de 1997.
- NIETO CAROL, U.: Introducción al libro *Contratos Bancarios y Parabancarios* (VVAA. Dir. U. Nieto). Lex Nova, Valladolid, 1998.
- NIETO DE ALBA, U.: *Matemática Financiera y cálculo bancario*. Centro de Formación del Banco de España, Madrid, 1990.
- NOVAL LAMAS, J.: “El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *RDBB* núm. 126, abril-junio 2012.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Condiciones generales de contratación: Conceptos generales y requisitos" en *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Cuadernos de Derecho Judicial VI, CGPJ, Madrid, 1993
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos en protección de los consumidores", en *Seguridad jurídica y contratación mercantil* (Coord. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1994.
- OLEO BANET, F: "Artículo 4" en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- ORDÁS ALONSO, M.: "A propósito de la conveniencia de una reforma de la legislación reguladora de los contratos de financiación", *Actualidad Civil-Mercantil Aranzadi* nº 16, 2010.
- ORDÁS ALONSO, M.: "Artículo 1.756" en *Comentarios al Código Civil*, VV.AA. -Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano-, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- ORDÁS ALONSO, M.: "El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo", *AC*, 2008-3.
- ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*. Bosch, Barcelona, 2014.
- ORDÁS ALONSO, M.: *Los contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- OSBORNE, G.R.: *The hermeneutical spiral*. Illinois, EE.UU., 1991.

- PAGADOR LÓPEZ, J.: "Incorporación de las condiciones generales al contrato. Aplicación jurisprudencial y práctica". Cuadernos de Derecho y Comercio nº 19, abril 1996.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación" en *Derecho de los Negocios*, octubre de 1998.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: "Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales" en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas (Dir. U. Nieto Carol)*. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- PAISANT, G.: "La Directiva de 23 de abril de 2008, sobre el crédito al consumo", Boletín del Ministerio de Justicia nº 2.150, enero 2013.
- PAREJA SÁNCHEZ, M.: "Capítulo 7. El ejercicio de las acciones colectivas en materia de cláusula suelo" en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- PAREJA SÁNCHEZ, M.: "Capítulo 10. Análisis jurisprudencial (II). Estado de la jurisprudencia específica sobre cláusulas suelo" en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Dir. J. M^a López Jiménez), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- PASCUAL HUERTA, P.: "Los ficheros de solvencia positivos. Una visión desde el Derecho comparado" en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- PASQUAU LIAÑO, M.: "Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y Efectos". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- PASQUAU LIAÑO, M: “Primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- PAU, A. y CURIEL, F.: “Artículo 11”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- PAU, A. y CURIEL, F: “Artículo 22”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- PAZ-ARES, C.: "La economía política como jurisprudencia racional". Anuario de Derecho Civil, 1981.
- PEÑA LÓPEZ, F.: “Artículo 22” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- PEÑA LÓPEZ, F.: “Artículo 30” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- PEÑA, L. de la y LÓPEZ-FRÍAS, J.: “Crédito responsable: un nuevo concepto, nuestro ordenamiento”, *RDBB* núm. 130, abril-junio 2013.
- PERDICES HUETOS, A. B.: “Artículo 10”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- PÉREZ CARRILLO, E.F.: “Las disposiciones generales de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVII, número 2151, febrero 2013.
- PÉREZ DAUDÍ, V.: “La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial”, *RDBB* núm. 130, abril-junio 2013.

- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Comentario al art. 80 TRLCU” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Comentario al art. 85 TRLCU” en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Hipoteca en divisas: falta de información sobre los riesgos y consecuencias contractuales”, *RDBB* núm. 134, abril-junio 2014.
- PETIT LAVALL, M.V.: “Cláusulas abusivas en los contratos bancarios”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- PETIT LAVALL, M^a.V.: *La protección del consumidor a crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996.
- PIPAÓN PULIDO, J.G.: *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- POLAINO, L. y SÁNCHEZ MONJÓ, M.: “La transformación del mercado de crédito consecuencia de la Directiva de crédito al consumo”, *RDBB* núm. 116, octubre-diciembre 2009.
- PORTELLANO DIEZ, P: “Artículo 12” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- PRATS ALBENTOSA, L.: “Régimen jurídico de los ficheros de solvencia” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

- QUICIOS MOLINA, S: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. I. 3ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- QUICIOS MOLINA, S: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. II. 10ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- QUICIOS MOLINA, S: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. II. 11ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- QUICIOS MOLINA, S: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. II. 13ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- QUICIOS MOLINA, S: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. II. 14ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- RAMOS HERRANZ, I.: Lección 17ª. Contratos bancarios celebrados con consumidores en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores* (Coord. G. Botana García y M. Ruiz Muñoz), McGraw Hill,, Madrid, 1999.
- RAMOS HERRANZ, I: "El reembolso anticipado en la Directiva 2008/48/CE y en la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo", *Derecho de los Negocios*, núm. 261-262, Junio-Julio 2012.
- RAPOSO FERNANDEZ, J.M.: "El asesoramiento notarial y la información en los contratos". *La Ley*, 13 y 14 de febrero de 1997.

- RAPOSO FERNANDEZ, J.M.: "Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios". *La Ley*, 19 de noviembre de 1996.
- REBOLLEDO VARELA, A.: "Artículo 20. Efectos de la sentencia". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- REBOLLEDO VARELA, A.: "Artículo 21. Publicación". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- RECALDE CASTELLS, A, PETIT LAVALL, M. V. y JUAN Y MATEU, F: "Cláusulas abusivas en los contratos bancarios". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- RECALDE CASTELLS, A. y JUAN Y MATEU, F: "Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 11.ª)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- REGLERO CAMPOS, F: "Artículo 19. Prescripción". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- REYES LÓPEZ, M.J.: *Manual de Derecho privado de consumo*, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2009, www.laleydigital-es.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos -Ley 7/1995, de 23 de marzo-" en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, VV.AA (Dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: "Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos". En *Condiciones Generales de la*

Contratación y Cláusulas Abusivas (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.

- ROCA GUILLAMÓN, J.: "Forma y contenido de los contratos de crédito al consumo. Reembolso anticipado y cobros indebidos". En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.

- ROCA TRÍAS, E.: "Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantías" en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil* (Coord. U. Nieto Carol y J.I. Bonet Sánchez), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996.

- RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España". *Derecho del Mercado Financiero*, Tomo II, vol. 1, Madrid, 1994.

- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el concepto de contrato de adhesión", *RDBB*, 1994.

- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Antecedentes de la ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de ley". En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas (Dir. U. Nieto Carol)*. Lex Nova, Valladolid, 2000.

- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación" en *Las Condiciones generales la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, 1999.

- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "El Derecho Bancario. Sus fuentes" en *Contratos Bancarios y Parabancarios* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 1998.

- ROMÁN GARCÍA, A: *Notas Particulares de los Contratos de Crédito al Consumo*. Jornada sobre la Ley de Crédito al Consumo. Lex Nova. Conferencia pronunciada en Madrid el 31 de marzo de 1995.

- ROY PÉREZ, C.: "El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros" en *Revista de Derecho Mercantil* 287, enero-marzo 2013.
- 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 (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.
- SALAS, M.E.: "Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2009, www.rtf.d.es.
- SALAS CARCELLER, A. (Coord): *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Aranzadi, 2012.
- SALINAS ADELANTADO, C.: "La nueva normativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios", en *Revista General del Derecho* nº 601-602, octubre-noviembre, 1994.
- SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J.A.: "Artículo 6.2". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "El control de los condiciones generales de los contratos en el Derecho comparado: panorama legislativo" R.D.M. 1980.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. I. 5ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. IV. 18ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.

- SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. IV. 19ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Primera. Seis: Disp. Adic. 1ª. V. 21ª LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, El Cano (Navarra), 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 36ª edición, vol. II, Madrid, 2013.
- SANCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho Mercantil". EDERSA, 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas", *RDBB*, 1992.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "La delimitación de la figura de «entidad de crédito» y la de otros sujetos" en *RDBB*, 1987.
- SÁNCHEZ GUILARTE, J.: "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", *RDBB* núm. 23, julio-septiembre 1986.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El art. 1435 LEC y el principio constitucional de la igualdad", *RDBB* núm. 43, 1991.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Contrato de cuenta corriente: cláusulas referidas a la aprobación del saldo y alcance probatorio de la aceptación por el cliente", *RDBB* núm. 67, julio-septiembre 1997.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El Derecho de la competencia y la contratación bancaria" en *Seguridad jurídica y contratación mercantil* (Coord. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1994.

- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Los Contratos Bancarios de Garantía” en *Contratación Mercantil*. Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico 1998.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B y DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I: “Artículo 9”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ MONJO, M.: “El nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre” en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 10, Sección Crónica del Mercado de Valores, Primer semestre de 2012, Editorial LA LEY.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M^a.P. "Aspectos económicos de la Ley 7/1995, de 23 marzo, de Crédito al Consumo en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 17, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M^a.P.: “Anexo I” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, M.: “Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, www.rtfed.es.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, M.: “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2011, www.rtfed.es, pág. 329.
- SANTILLÁN FRAILE, R.: “Reglas de funcionamiento de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)” en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Coords. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

- SANTOS BRIZ, J.: “Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 CC” en *Comentario del Código Civil*, (VVAA, Coord. I. Sierra Gil De La Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000.
- SANTOS, V.: “El Banco de hecho” en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Madrid, 1971.
- SARAZÁ JIMENA, R.: “La eficacia de la Directiva sobre Crédito al Consumo”. En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria (Dir. U. Nieto Carol)*. Civitas, Madrid, 1998.
- SEGURA ZURBANO, J.M.: “Los préstamos a interés variable”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, 1990.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2153, abril 2013.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Artículo 8” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Artículo 9” en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (Dir. M. J. Marín López), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C.: “Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 4ª)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- SEUBA TORREBLANCA, J.C.: “Disposición adicional 1.ª (cláusula 8.ª)”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- SOLÉ RESINA, J.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Coords: I. Arroyo y J. Miquel), 1999.

- SOTO MOLINA, G: *Study on the Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Credit Agreements*. European Commission Directorate-General Health and Consumer Protection. Brussels, 2009-2014, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_APR_en.pdf.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: "La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito". R.D.B.B. nº 35, 1987.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: "La armonización comunitaria de los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: la Directiva 2014/17/UE", *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: "La jurisprudencia reciente sobre comercialización de contratos e instrumentos financieros complejos por los bancos: La justicia del caso concreto", *RDBB* núm. 129, enero-marzo 2013.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: "La vigencia de la Ley de Usura como mecanismos de protección del consumidor a crédito (Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985)" en *RDBB* núm. 25, enero-marzo 1987.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: "La nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español: la ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito", *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014.
- TAPIA HERMIDA, A.J: *Derecho Bancario*. Ed. Cálamo. Barcelona, 2002.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: "Jurisprudencia reciente de Audiencias Provinciales sobre demandas de nulidad por error en la comercialización de productos financieros por los bancos", *RDBB* núm. 124, octubre-diciembre 2011.

- TAPIA HERMIDA, A.J.: "Tema III. El concepto y la clasificación de los contratos bancarios" en *La Contratación Bancaria* (Dir. A. Sequeira, E. Gadea y F. Sacristán), Dykinson, 2007.
- TOLEDANO BARRERO, V.: "La protección al consumidor sobreendeudado: la experiencia francesa". En *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (Dir. U. Nieto Carol). Civitas, Madrid, 1998.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G: y GÓMEZ URQUIJO, L: "La protección al cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza financiera europea. Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios", *Diario La Ley*, Nº 7842, Sección Doctrina, 20 abr. 2012.
- TRONCOSO REIGADA, M.: "Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusulas 23.ª y 24.ª)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- UNIÓN EUROPEA: *Guidelines on the Application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in Relation to Costs and the Annual Percentage Rate of Charge (Commission Staff Working Document)*. Brussels, 8 de mayo de 2012, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/guidelines_consumer_cr_edit_directive_swd2012_128_en.pdf.
- URÍA FERNÁNDEZ, F.: "Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007", *RDBB* núm. 112, octubre-diciembre 2008.
- URÍA, R.: "Derecho Mercantil". Marcial Pons, 1990.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Operaciones Bancarias*. EDERSA 1985.
- VEGA, F.: "La deuda de intereses". *RDBB* núm 24, 1986.
- VELASCO CABALLERO, F.: "Disposición adicional 1ª, 2 (art. 10.2 LCU) (Comentada junto con el art. 6)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

- VELASCO CABALLERO, F.: "Disposición adicional 1ª, 2 (art. 10.3 LCU) (Comentada junto con el art. 1)". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R. ("Artículos 1755-1756" en *Comentarios al Código Civil* -Dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano-, Tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VERDERA TUELLS, E.: "Las actividades parabancarias. Innovación y desintermediación en el sistema financiero español" en Restuccia, G. "Altivita parabancaria. Esperienze e prospettive", Milán, 1987
- VICENT CHULIÁ, F.: "Generalidades sobre el sistema financiero español (características, organización bancaria, fuentes del Derecho en la materia)", en *Contratos Bancarios y Financieros*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.
- VICENT CHULIÁ, F.: "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial". En *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Dir. U. Nieto Carol). Lex Nova, Valladolid, 2000.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.
- VICENT CHULIA, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Tomo I, volumen 1º. Editorial José Mª Bosch, 1991.
- VILLALBA LAVA, M.: "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil". Rev. Actualidad Civil nº 46/1992.
- VILLORIA RIVERA, I.: "Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones financieras en los préstamos

hipotecarios: tratamiento registral, procesal y concursal”, *RDBB* núm. 125, enero-marzo 2012.

- VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Artículo 3”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 2002.

- VITERI ZUBÍA, I.: *El pago anticipado de las obligaciones a plazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- YANES YANES, P.: “El control de la cláusula suelo”. *El Notario del siglo XXI* nº 43, mayo-junio 2012. http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=3012&seccion_ver=0.

- YSÁS SOLANS, M.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 24, septiembre-diciembre 1990.

- ZUNZUNEGUI, F.: “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *RDBB* núm. 129, enero-marzo 2013.

- ZURITA MARTÍN, I.: *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

- ZURUTUZA ARIGITIA, I.: “La extinción de la operación de financiación sindicada”, *RDBB* núm. 136, octubre-diciembre 2014.

ÍNDICE

SUMARIO.....v

ABREVIATURAS xvii

**CAPÍTULO I.- CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN. CONTENIDO
ECONÓMICO. OBJETO Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO.....1**

- 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS 1
- 2.- CONTRATOS BANCARIOS..... 1
 - A) CONTRATO BANCARIO. CONCEPTO 2
 - B) CONTRATO BANCARIO. OBJETO. EL CRÉDITO 5
 - C) CONTRATO BANCARIO. ELEMENTO SUBJETIVO. ENTIDADES DE
CRÉDITO..... 6
 - D) CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS BANCARIOS..... 10
 - E) FUENTES DEL DERECHO CONTRACTUAL BANCARIO 17
 - F) CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS 28
- 3.- CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN..... 33
- 4.- CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE
FINANCIACIÓN 36
- 5.- TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA..... 38
 - A) CONCEPTO DE TRANSPARENCIA 39
 - B) PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA 42
- 6.- CONTRATOS Y OPERACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE ESTE
ESTUDIO..... 47
- 7.- METODOLOGÍA DEL ESTUDIO..... 48

**CAPÍTULO II.- NORMATIVA GENERAL DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE
BANCARIO.....53**

- 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS 53
- 2.- NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE TODO CONTRATANTE BANCARIO:
LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 53
 - A) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCGC..... 59
 - a) Aplicabilidad de la LCGC a los contratos bancarios 63
 - B) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN 70
 - C) REGLAS DE INTERPRETACIÓN 73
 - D) ACCIONES CONTRA LA UTILIZACIÓN DE CONDICIONES GENERALES76
 - a) Acciones individuales 76

b) Acciones colectivas.....	76
E) REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES.....	79
F) INFORMACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES. EL PAPEL DE LOS FEDATARIOS PÚBLICOS.....	84
3.- NORMATIVA GENERAL DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	96
A) CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE.	101
a) Concepto.....	101
b) Requisitos.....	102
B) CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	109
a) Concepto de cláusulas abusivas.....	109
b) Aplicabilidad a los contratos bancarios	113
c) Cláusulas abusivas <i>per se</i>	119
c.1) Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.....	121
c.2) Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario	125
c.3) Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad	128
c.4) Cláusulas abusivas sobre garantías	130
c.5) Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.....	134
c.6) Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.	137
d) Consecuencias de la declaración judicial de abusividad.....	138
4.- NORMATIVA ESPECÍFICA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO	145
A) ANTECEDENTES	146
B) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO	150
a) Ámbito objetivo: contrato de crédito al consumo.....	151
b) Ámbito subjetivo.....	156
c) Contratos excluidos.....	158
e) Ámbito temporal.....	162
f) Aplicabilidad de la LCCC a los contratos bancarios	163
5.- NORMATIVA SECTORIAL DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA	164
A) ANTECEDENTES	167
B) LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE	175
a) Ámbito de aplicación	179
C) LA CIRCULAR 5/2012, DE 27 DE JUNIO, DEL BANCO DE ESPAÑA... ..	185

a) Antecedentes. Circ. BE 8/1990, de 7 de septiembre	185
b) Ámbito de aplicación y entrada en vigor	186
c) Contenido general.....	188

**CAPÍTULO III.- REGULACIÓN SECTORIAL DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE
LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN 193**

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	193
A) FASES DEL CONTRATO BANCARIO.....	193
B) CONCEPTOS PREVIOS	209
2.- RÉGIMEN DE COMISIONES Y DE REPERCUSIÓN DE GASTOS	210
A) CONCEPTO DE COMISIÓN Y DE GASTO REPERCUTIBLE	213
B) RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIBLES EN LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA BANCARIA.....	217
a) Libertad de fijación de las comisiones	217
b) Límites a la libertad de fijación de las comisiones.....	219
c) Publicidad e información.....	224
C) CONTABILIZACIÓN POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE LAS COMISIONES BANCARIAS	235
D) COMISIONES MÁS HABITUALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN.....	239
a) Comisión de apertura	240
b) Comisión de estudio	246
c) Comisión de reclamación de posiciones deudoras	250
d) Comisión de novación.....	253
e) Comisión/compensación por amortización anticipada	254
f) Comisión de subrogación activa o por cambio de acreedor	263
g) Comisión de subrogación pasiva o por cambio de deudor	265
h) Comisión por emisión de certificación de saldo cero para la cancelación hipotecaria.....	265
i) Comisión de mantenimiento	268
j) Comisión de administración	270
k) Comisión de disponibilidad	273
l) Comisión de excedido en cuenta de crédito.....	277
m) Comisión de renovación o de prórroga	278
n) Comisión por devolución de efectos	279
o) Comisión de riesgo.....	280
E) GASTOS REPERCUTIBLES MÁS HABITUALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE FINANCIACIÓN.....	280
a) Gastos de correo	281

b) Gastos de tasación	282
c) Gastos de intervención notarial	284
d) Gastos de documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones hipotecarias.....	288
e) Gastos de gestión.....	288
f) Costes de carácter fiscal	290
g) Gastos y costas judiciales.....	291
h) Costes derivados de la contratación de un seguro.....	292
3.- LOS INTERESES.....	294
A) CONCEPTOS PREVIOS.....	294
a) Concepto de interés.....	295
b) Clases de intereses.....	297
c) Tipo de interés nominal y efectivo.....	299
d) Interés simple e interés compuesto	300
e) Cálculo de los intereses	305
f) Tipo de interés fijo y variable	308
g) Tipo variable limitado	314
B) REGULACIÓN DE LOS INTERESES.....	315
a) Principio de libertad de fijación del tipo de interés.....	315
b) Límites al principio de libertad de fijación. La usura.	315
4.- LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE)	325
A) CONSIDERACIONES PREVIAS.....	325
a) Tipo de interés nominal y tipo equivalente	325
b) Consideración de otros costes distintos del interés	327
B) REGULACIÓN DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE.....	329
a) Aparición de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico.....	329
b) Regulación de la TAE en nuestro ordenamiento jurídico. Régimen general.....	337
5.- DISPOSICIONES COMUNES A COMISIONES, GASTOS, INTERESES Y TAE	356
A) INFORMACIÓN PÚBLICA.....	356
B) INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	367
C) INFORMACIÓN CONTRACTUAL	377
D) INFORMACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO	379

CAPÍTULO IV.- REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITO AL CONSUMO	393
1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	393
2.- FASES DEL CONTRATO BANCARIO DE CRÉDITO AL CONSUMO	394

3.- CONTENIDO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CRÉDITO AL CONSUMO.....	418
4.- EL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL CONSUMIDOR.....	421
A) COMPONENTES DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL CONSUMIDOR.....	424
a) Gastos del consumidor que son ingreso del concedente del crédito.....	425
a.1) Intereses.....	426
a.2) Comisiones.....	428
a.3) Coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito.....	431
b) gastos de consumidor que son ingresos para terceros.....	433
b.1) Impuestos.....	433
b.2) Otros gastos, con excepción de los gastos de notaría.....	436
B) CÁLCULO DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO PARA EL PROPÓSITO DE CALCULAR LA TASA ANUAL EQUIVALENTE.....	436
5- IMPORTE TOTAL ADEUDADO POR EL CONSUMIDOR.....	440
6.- IMPORTE TOTAL DEL CRÉDITO.....	442
7.- TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE).....	444
A) LA TASA ANUAL EQUIVALENTE EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO DE 1995.....	446
B) LA TAE EN LA VIGENTE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO 2011.....	449
8.- TIPO DEUDOR.....	472
A) TIPO DEUDOR FIJO.....	476
B) TIPO DEUDOR VARIABLE.....	478
a) Formas de determinación del tipo deudor variable.....	479
b) Tipo deudor variable limitado (cláusulas suelo y techo).....	482
c) La TAE en los tipos deudores variables.....	483
9.- POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL TIPO DEUDOR.....	484
A) OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE TODA MODIFICACIÓN.....	490
a) Momento y forma de la información.....	490
b) Contenido de la información.....	493
B) MODIFICACIÓN PRODUCIDA POR LA VARIACIÓN DEL TIPO DE REFERENCIA.....	495
a) Tipos de referencia oficiales.....	496
10.- REEMBOLSO ANTICIPADO.....	498
11.- CRÉDITOS EN FORMA DE DESCUBIERTO Y EXCESOS DE CRÉDITO... 508	
A) CRÉDITOS EN FORMA DE POSIBILIDAD DE DESCUBIERTO.....	510

a) Descubiertos expresos que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes	511
b) Descubiertos expresos que deban reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses	513
B) DESCUBIERTO TÁCITO	515
C) EXCEDIDO TÁCITO	523
D) LÍMITE DEL TIPO DE INTERÉS DEL DESCUBIERTO Y DEL EXCEDIDO TÁCITO	524
12.- INTERESES DE DEMORA EN LOS CRÉDITOS CON CONSUMIDORES .	531

CAPÍTULO V.- REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO CON GARANTÍA DE HIPOTECA INMOBILIARIA PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA.....	539
1.- NORMATIVA APLICABLE. ÁMBITO DE APLICACIÓN	539
2.- INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	546
A) GUÍA DE ACCESO AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO	547
B) FICHA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	550
C) FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA.....	555
D) OFERTA VINCULANTE	571
E) INFORMACIÓN ADICIONAL SOBRE INSTRUMENTOS DE COBERTURA DEL RIESGO DE TIPO DE INTERÉS.....	572
3.- TIPOS DE INTERÉS	578
A) TIPOS DE INTERÉS VARIABLES	580
B) TIPOS DE INTERÉS OFICIALES	585
C) TIPO DE INTERÉS VARIABLE LIMITADO. LA CLÁUSULA SUELO	593
a) Consideraciones previas	593
b) Obligaciones de transparencia respecto a la cláusula suelo	594
b.1) Régimen de la OM de 5 de mayo de 1994	594
b.2) Régimen de la Ley 2/2009, de 31 de marzo.....	596
b.3) Régimen de la Orden EHA/2899/2011.....	598
b.4) Régimen de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.....	602
b.5) Régimen de la Directiva 2014/17/UE.....	605
c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013	606
c.1) Las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación.....	621
c.2) La cláusula suelo como condición definitoria del objeto principal del contrato	625

c.3) Control de abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato	627
c.4) Doble control de transparencia: incorporación al contrato y comprensibilidad real de su trascendencia	632
c.5) Valoración del carácter abusivo de las cláusulas suelo	641
c.6) Nulidad parcial del contrato	647
c.7) Eficacia no retroactiva de la sentencia	650
4.- DOCUMENTO CONTRACTUAL.....	654
5.- ACTO DEL OTORGAMIENTO	659
A) Libre elección de Notario	659
B) Derecho a examinar el proyecto de escritura pública	661
C) Obligaciones de información del Notario.....	662
6.- COSTE TOTAL DEL CRÉDITO Y TASA ANUAL EQUIVALENTE	670
7.- REEMBOLSO ANTICIPADO	679
8.- INTERESES DE DEMORA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS	691
9.- RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA HIPOTECA INVERSA.....	697
A) Concepto y funcionamiento	700
B) Normas de transparencia	704
C) Beneficios económicos	707
CAPÍTULO VI.- CONCLUSIONES.....	709
BIBLIOGRAFÍA	731