



Cláusulas abusivas en la contratación bancaria

Por: D. Roberto Garcíá Martínez. Profesor de Derecho Empresa de la Empresa de Estudios Empresariales de la Universidad de Zaragoza. Miembro del equipo jurídico de ADICAE

El mercado de crédito

El mercado es la institución nuclear de nuestro sistema económico; así lo declara el artículo 38 de la Constitución Española.

Con el término mercado se hace referencia al lugar donde se realizan las contrataciones, (transacciones económicas) pero, además, y sobre todo, el sistema dentro del cual se sitúan los sujetos que operan en él.

El mercado objeto de nuestro estudio ha sublimado la idea de lugar, para encontrarse ubicuo allí donde se encuentran sus protagonistas (agentes económicos) desarrollando, mediante ciertos instrumentos idóneos, la actividad que les es propia.

En la economía actual, la actividad crediticia se manifiesta por doquier y, bajo infinitas formas. La actividad económica de una economía post-industrial exige del elemento dinero, en tanto que medio universal de pago, para la adquisición de bienes y servicios. La aportación de este elemento dinerario a los distintos agentes económicos constituye la actividad crediticia o de financiación.

De las tres líneas que existen en la actividad crediticia: el crédito para la inversión, el crédito para la distribución y el crédito para el consumo, únicamente esta tercera línea merecerá nuestra atención; los créditos concedidos a particulares que destinan el crédito recibido a la atención de necesidades personales o familiares y por ello calificables como consumidores a los efectos de encontrar protección de sus legítimos intereses económicos en la Ley 26/84 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

La formalización jurídica de la operación económica arriba descrita se realiza a través de la genérica figura del préstamo regulada en los Códigos Civil y de Comercio.

Sobre la distinción entre préstamo como contrato real y crédito (o apertura de crédito) como contrato consensual no se va a realizar especial mención; a los efectos que aquí interesan ambas figuras se instrumentan, de ordinario, en el documento contractual denominado

póliza y atienden a la misma finalidad económica; si bien y justo es citarlo, con ventaja, de ordinario, para la apertura de crédito por su especial dinámica de ejecución que hace posible acomodar la financiación a las necesidades sentidas en cada momento por el acreditado.

La característica fundamental del mercado que se ha descrito es su sometimiento a la actividad interventora de las distintas Administraciones Públicas que tienen competencia en la materia, de acuerdo con la Constitución Española; los argumentos que sostienen esta disciplina administrativa en el mercado, van, desde la garantía de la buena fe de los depositantes, pasando por razones de protección al ahorro, hasta la ordenación general de la política crediticia y financiera. Razones éstas últimas de orden macroeconómico de un contrato en particular (piénsese como ejemplo en la variación obligada de determinado tipo de interés).

Presentado a grandes trazos el Mercado de Crédito; conviene a continuación destacar algunos de los fallos que se han detectado en su funcionamiento.

En primer lugar la extrema fragmentación, proverbial de este mercado, con la consiguiente secuela de una falta de transparencia en la presentación de las diferentes ofertas.

Un segundo fallo detectado se halla en la falta de competencia efectiva. Al parecer, hoy día, aun permanecen reminiscencias del periclitado "status quo" bancario.

Por último merece destacarse la posición claudicante del consumidor de servicios financiero, que le impide, según dicta la teoría económica, actuar como arbitro en el mercado. La complejidad de la oferta que aparece bajo nombres distintos (productos financieros) cuando su esencia es la misma, unido al estado de necesidad en que suele encontrarse el consumidor, hacen imposible en la práctica su actuación arbitral.



La protección del crédito como bien jurídico

La protección del crédito supone la defensa del acreedor y de sus derechos subjetivos. El Código Civil es ley plagada de normas que atienden a la tutela del acreedor; entre otras, la indemnización por mora, la pérdida del derecho al plazo por el deudor para el caso de insolvencia presente o latente, las instituciones de garantía, prenda e hipoteca, y por fin, la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

Las entidades de crédito, en los contratos estudiados, asumen invariablemente la posición acreedora en el tracto sucesivo del contrato. Esta posición activa tratan de defenderla a ultranza, en detrimento, naturalmente, de su clientela, en nuestro caso, el consumidor. Este afán de recuperar lo previamente entregado (el capital) con el máximo beneficio (los intereses) conduce a que se introduzcan en los contratos-tipo, ofrecidos por las entidades de crédito a su clientela, cláusulas que pueden ser juzgadas de lesivas o al menos de abusivas por suponer en el contrato una merma en los derechos del cliente sin obtener por tal pérdida ninguna contrapartida.

El nuevo orden público económico

Frente al desinterés del Estado Liberal por la economía, y su regulación, el nuevo Estado intervencionista se convierte en impulsor y creador de mercados. Así, crea un nuevo orden público económico que consiste e incluso fomenta su intervención. Este nuevo orden en o económico, configura en palabras de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, una limitación a la libertad genérica de los particulares, una frontera a las relaciones interprivadas.

La idea de orden público como quietud en las calles ha sido abandonada por un nuevo orden que atiende los intereses de los colectivos, clases o grupos sociales que el mercado, abandonado a sus propias reglas, no defiende.

El orden público económico así definido se nutre de materiales heterogéneos; destacando de entre ellos, la protección de los consumidores y usuarios; que ha pasmado en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante L.G.). No es ésta la única norma que compone el orden público económico, podemos citar otras sin ánimo exhaustivo.

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989, la Ley de Competencia Desleal de 1991, la Ley de Marca de 1988 recogen, todas ellas, los nuevos enfoques de la dogmática moderna, que atienden no solo al interés del profesional, del empresario, sino que amparan bajo su ordenamiento a todos los sujetos que actúan en el mercado. Y por último, y fundamental, la Ley 7/1998, de 13 de Abril

sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La protección patrimonial directa del consumidor y la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios

La LG tiene, como paladinamente declara su art. 1.1., como objeto la defensa de los consumidores y usuarios. Esta defensa se realiza allí donde el consumidor la requiere, en el mercado.

La figura del consumidor es definida por el art. 1.2. como "aquella persona física o jurídica, que adquiere, utiliza o disfruta como destinataria final bienes, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza de quienes los producen, suministran, facilitan o expiden". El ocupar la posición de destinatario final es determinante para calificar a un sujeto como consumidor.

Refiriéndonos, al objeto de nuestro estudio, es preciso cuestionarse si, en la actividad desarrollada por las entidades de crédito surge la figura del consumidor (o usuario) y, por consecuencia, si las reglas específicas dictadas para su auxilio tienen aplicación en la contratación bancaria.

Atendiendo a la distinción, dentro de la actividad bancaria, de operaciones de activo, pasivo y neutras; nos referiremos únicamente a las denominadas de activo, por suponer un crédito de la entidad financiera frente al cliente que computará en el activo de su balance.

No requiere especial elucidación, considerar como consumidor o usuario al sujeto que contrata en calidad de prestatario un préstamo bancario o, quien resulta acreditado en un contrato de apertura de crédito. Naturalmente, tal consideración, requiere una exigencia, que el bien recibido (dinero) lo destine no para integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a tercero, sino para utilizarlo en la satisfacción de sus necesidades personales o familiares. No impide esta consideración como consumidor, el hecho de que el dinero necesariamente vuelva al mercado; proceso lógico dentro del flujo financiero, ya que nadie adquiere dinero solo para guardarlo.

En la actualidad, resulta innegable que, los servicios bancarios han quedado adscritos al ámbito de protección de la LG.

En efecto, la LG dedica una panoplia considerable de disposiciones que resulta de directa e inmediata aplicación, entre otras:

- art.2.1.b., que considera derecho básico del consumidor la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

- art.2.1.d., que califica como derecho básico el de información, en íntima relación con el art. 13 que exige que los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios incorporen una información veraz del precio completo. Información ésta, de trascendencia extraordinaria para el prestatario o acreditado.



- art.2.2., que recoge la protección prioritaria de los derechos cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

- art.2.3., que proscribe, declarándola nula, la renuncia previa a los derechos reconocidos por esta Ley.

- art. 7., que exige respeto, de acuerdo con esta Ley, a los intereses económicos sin olvidar el resto de normas jurídicas que desde otras ramas del Derecho atienden a la protección del consumidor.

- art. 10., que somete a regulación las condiciones generales de la contratación.

Como colofón, señalar que toda la polémica suscitada entorno a la aplicación o no de la LG a los servicios bancarios ha sido zanjada por el legislador mediante el desarrollo reglamentario de la LG. La promulgación del Real Decreto de 9 de marzo de 1991 que contiene el catálogo de bienes de naturaleza duradera, ha incluido los servicios bancarios.

La protección patrimonial indirecta del consumidor y la normativa sectorial bancaria

El principio constitucional de protección a los consumidores ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento por una pléyade de normas, de rango, naturaleza y procedencia heterogéneas.

Esta dispersión normativa, consecuencia lógica del carácter plurisectorial del derecho del consumo acarrea ciertas incertidumbres a la hora de rastrear la normativa de tutela del consumidor.

En el ámbito financiero la Ley de 29 de julio de 1988 de Intervención y Disciplina de las Entidades de Crédito acoge en su art. 48.2 el objetivo de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito; y a tal fin, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para dictar la normativa de ejecución que desarrolle el principio protector.

La O.M. de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España 8/90 del 7 de septiembre, relativa al tipo de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad son el fruto reglamentario de la habilitación legal.

Partiendo del principio de libertad en la definición de los tipos de interés y comisiones, considera el legislador reglamentario necesario dotar de información suficiente al cliente de la entidad de crédito, para que pueda elegir la mejor oferta entre las distintas que le ofrece el mercado.

Es indudable que al usuario de un servicio bancario caba calificarlo como cliente y por ello resultar protegido por esta normativa sectorial.

Corresponde a los aplicadores del Derecho integrar esta normativa sectorial con la general recogida en la LG. Esta integración normativa, producirá, sin duda, efectos benéficos de cara a la finalidad última, que no es otra que la defensa del contratante débil.

Las cláusulas abusivas

La cláusula abusiva es una categoría jurídica de difícil aislamiento. Es difícil encontrar una cláusula abusiva per se, lo más usual, es la cláusula abusiva "per relatinen", es decir, aquellas cláusulas que evidencian su carácter abusivo, consideradas no en sí mismas, sino junto a otras que con ellas conforman el equilibrio financiero del contrato.

Sobre su concepto discute la doctrina entre distintas orientaciones. Todas ellas parten de la doctrina del abuso en el ejercicio de los derechos; sancionada en nuestro Derecho por el Título Preliminar del Código Civil, donde se recoge en su art. 7.1.

El abuso como exceso, como uso desmedido, sin límite tiene multitud de plasmaciones en cláusulas contractuales que establecidas unilateralmente por la entidad de crédito se revelan como abusivas.

Todo ejercicio abusivo supone lesión, merma de otro derecho, o de otro interés jurídico merecedor de tutela. En el caso de las cláusulas abusivas se produce un claro abuso del derecho de libre contratación.

La doctrina más autorizada considera adecuado vincular la cláusula abusiva a la llamada cláusula lesiva recogida y proscriba por el art. 3 de la Ley 50/80 de contrato de seguro; en esencia ambas categorías se nutren de la misma fenomenología reconducible a la limitación arbitraria de los derechos del consumidor, sea de crédito, sea de seguros.

Concepto Legal.

Es difícil encontrar una noción tan amplia que agote el concepto de cláusula abusiva. En este campo no son útiles los conceptos apriorísticos. Será la investigación del juez quien apreciará la existencia de una cláusula potencialmente abusiva.

El legislador español ofrece en la LG un concepto legal abierto que ofrece un terreno abonado a la libre apreciación del juzgado. Así y de acuerdo con el art. 10.bis 1, introducido por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se entiende por abusiva aquella cláusula no negociada individualmente que en contra de las exigencias de buena fe



perjudique de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o, comporte en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor o usuario.

Las Exigencias de la Buena Fe.

Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones son dos requisitos de fondo o materiales que la LG exige para considerar lícitas las condiciones generales de la contratación. El principio general de la buena fe contractual está consagrado en el art. 1258 del Código Civil cuando afirma que por el mero consentimiento ya obligan los contratos no sólo a 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.

En los contratos de crédito al consumo la buena fe amplía su ámbito de influencia hasta hacerse causa de rescisión del contrato, ya que éste se basa en una confianza mutua que sólo puede apoyarse en la mencionada buena fe.

El Código de Comercio en su art. 57 se refiere a la buena fe prescribiendo que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe. Este principio parece latir en los contratos bancarios mediante una cláusula adherida a los mismos:

- la de rescisión en cualquier momento del contrato cuando cualesquiera condiciones resten confianza al cumplimiento de las obligaciones por parte del cliente. Este, cualesquiera condiciones, puede introducir un portillo para el ejercicio abusivo de la facultad por la entidad de crédito.

Por último destacar en esta sede la tarea que le cumple al servicio de reclamaciones del Banco de España al tutelar de acuerdo con la buena fe las relaciones entidad de crédito y clientela mediante la elaboración de las llamadas buenas prácticas bancarias.

El Principio de Conmutatividad.

En nuestro derecho histórico existía la vieja figura de la rescisión por lesión, la cual constituía un medio para tratar de corregir el desequilibrio ocurrido entre las prestaciones de las partes contratantes.

Tal instrumento desaparece, cuando, en 1989, se publica el Código Civil, en el que no se va a admitir la rescisión por causa de lesión en los contratos realizados entre personas capaces, fuera de los supuestos de participación hereditaria.

De la ausencia de dicho mecanismo parece deducirse, que en el Derecho del Código Civil no rige el principio de equivalencia de las prestaciones, con carácter general.

Lo dicho no impide, considerar que, en sede de contratos de consumo las cosas no siguen sin embargo así. En efecto, la justicia contractual sustantiva que debe producir todo contrato se manifiesta, en los de consumo, desde una doble perspectiva.

En primer lugar la equivalencia objetiva de las prestaciones viene exigido en general por la Ley 26/1984 como requisito material exigible para declarar lícita, esto es conforme a derecho, alas CGC.

La segunda perspectiva de justicia contractual exige proporción en la distribución de derechos y obligaciones asignados por el contrato, es decir, igualdad en las posiciones jurídicas. Violan, palmariamente esta exigencia de justicia las cláusulas abusivas tal y como son definidas por el art. 10. bis de la Ley 26/1984.

Tipología

Algunas cláusulas de las aquí reunidas ya han sido merecedoras de estudio en distintas monografías jurídicas. Todas ellas se han tomado de los formularios más utilizados.

Sobre el criterio que se ha seguido para entresacarlas de los condicionados generales; solo decir que, se ha tenido en cuenta, para realizar el reproche, fundamentalmente, la L.G. y la Teoría General de Obligaciones y Contratos, recogida en el Código Civil.

Por último señalar que el juicio de valor que supone calificar a una cláusula de abusiva, es fruto de un juicio conjetural, eso sí, con alto grado de probabilidad en el acierto, de acuerdo con el sentir mayoritario de la doctrina científica y las resoluciones de nuestros Tribunales.

Pese a la ausencia de uniformidad en las estipulaciones de los contratos estudiados, podemos distinguir, con ánimo sistematizador, así:

- estipulaciones informativas que identifican a las partes y dan cuenta de la naturaleza de la operación.
- estipulaciones obligacionales que exigen determinada conducta de dar, hacer o no hacer.
- estipulaciones de garantía para una más segura realización del crédito.

En general se puede señalar que es en este último apartado donde más abundan las cláusulas eventualmente abusivas.

La dispar denominación de las operaciones

Obscurecer la verdadera naturaleza del contrato con denominaciones propias de la jerga bancaria, parece que resulta contrario a las exigencias de la buena fe.

Sería conveniente que cada contrato fuera rotundo a la hora de utilizar el nomen iuris adecuado. Concisión, claridad y sencillez son exigencias formales de la Ley de la L.G. que pretenden todas ellas ayudar al consumidor a formar con conocimiento su voluntad contractual.

Los modelos de comportamiento

A lo largo de los contratos estudiados, llama, poderosamente, la atención, el modelo de comportamiento que le es exigido al consumidor.

En Derecho español la pauta de conducta exigible es el buen padre de familia. De acuerdo con la mejor doctrina, la diligencia exigible en la ejecución de las obligaciones es la media; no sirve pues de guía el sujeto extraordinariamente escrupuloso en su obrar y tampoco aquella persona cuya despreocupación ralla en el abandono.

Pese a lo dicho las entidades de crédito exigen en el consumidor una conducta diligentísima en sus rela-



ciones jurídicas. La sanción, de ordinario establecida, es la resolución anticipada del contrato en cuestión; rozando en una violación a la confianza y buena fe que deben presidir la relación contractual.

Merece un juicio desfavorable esta exigencia unilateral, que de ordinario no tiene contrapartida. Usuales resultan en la práctica las deficiencias de información a la clientela; así como la reparación tardía de errores que solo cabe imputar a la entidad financiera.

Cláusulas que exigen garantías desproporcionadas

Parece evidente que toda la actividad contractual de la entidad de crédito está presidida por la idea de seguridad.

Seguridad económica en la devolución de lo entregado, y seguridad jurídica buscada en unas condiciones generales experimentadas en el banco de pruebas de la práctica.

Los bancos garantizan su posición acreedora exigiendo un cúmulo desmedido de garantías. Rara vez se concede crédito sin que exista una garantía. De ordinario, en los contratos estudiados, se recoge la garantía personal de acuerdo con las normas de la fianza. Los bancos exigen la fianza solidaria, sin que, haya lugar a la excusión del art. 1831, ni a la división del art. 1837 ambos de Código Civil.

Aquí, merece especial consideración las denominadas "Cláusulas de Cuenta Única", que constituyen como garantía a favor de la Entidad de Crédito todas aquellas Cuentas que tengan el Acreditado, incluso en el caso de titularidad compartida con terceros, considerándolas como una sola a los efectos de su compensación recíproca. La operación se realiza mediante una transferencia que recibe el nombre de "traspaso". Es evidente, la ilicitud de esta cláusula de acuerdo con la L.G., que predica la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, y también, con el Código Civil, que sanciona en su Art. 1257 el Principio de Eficacia Relativa de los Contratos.

Cada vez esta resultando más frecuente la exigencia de la formalización simultánea de un contrato de seguro que garantice la devolución del préstamo. En otro punto de este trabajo se tratará el tema con más extensión.

En este sentido ver la D.A. 1ª de la Ley 26/1984, número 18.-"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."

Cláusulas de resolución anticipada y tipos de incumplimiento

Atendiendo a la literalidad del art. 1255 del C.c., se deben entender, en principio, como válidas las estipulaciones que fijan vencimientos anticipados.

No merece reproche la cláusula que estipula el vencimiento anticipado de la obligación para el caso de impago de las cuotas de amortización del capital e intereses. El incumplimiento de la obligación principal que al deudor acreditado incumbe, es razón más que suficiente para declarar vencida la operación.

Este pacto no es extraño en nuestro Derecho que reconoce la licitud de los pactos comisorios, en cuya virtud lo contratantes establecen que, si acontece determinado suceso, las partes se facultan mutuamente para resolver antes del tiempo fijado la obligación.

El abuso puede aparecer, en las estipulaciones que comentamos, a la hora de determinar que evento o suceso se erige en supuesto de hecho para ejercitar la facultad resolutoria.

Se puede, desde este punto de vista, considerar como abusivas las siguientes cláusulas:

La prohibición de enajenar o transmitir bienes del acreditado sin autorización de la entidad de crédito, castigándose la contravención con vencimiento anticipado del crédito. La libertad económica y de comercio, así como la desamortización de los bienes exigen, como señala la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, un interés serio y legítimo para toda limitación de disponer.

El vencimiento anticipado por disminución de la garantía a juicio del banco. Parece lógico que la disminución debe ser sensible, suponiendo una merma importante del Activo del Acreditado.

La resolución anticipada del contrato por aplicación del dinero prestado a un fin distinto del establecido en el contrato.

Como se observa, todos los supuestos citados suponen otras tantas obligaciones accesorias que pesan sobre el cliente-consumidor pareciendo fuera de medida la resolución por incumplimiento de aspectos accesorios.

En este sentido ver la D.A. 1ª de la Ley 26/1984, número 2.-"La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del



contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.”.

Cláusula de sometimiento a determinados tribunales

Es usual, en los contratos estudiados, encontrar estipulaciones que exigen la renuncia al fuero propio; para el supuesto de un eventual juicio originado por el contrato. A esta cláusula se agrega otra que contiene limitaciones a los medios de defensa utilizables en juicio a través de las oportunas excepciones. Resulta evidente el cariz claramente abusivo de estas cláusulas que se apartan no ya del derecho dispositivo sino del propio derecho imperativo ya que todo el derecho procesal es materia de orden público, salvo raras excepciones como pueda ser, precisamente, la renuncia al fuero propio. El derecho del seguro, adelanto, en los temas de defensa del consumidor no consiente en la ley de contrato de seguro la renuncia al fuero, siendo fuero obligado el domicilio del asegurado. Parece, en definitiva, que se produce una merma en la posición jurídica procesal del consumidor de créditos de difícil explicación.

Por último, señalar que los pactos, sobre las costas judiciales también recogidos en los contratos estudiados pueden considerarse como abusivos utilizando el razonamiento arriba expuesto.

En este sentido ver la D.A. 1ª de la Ley 26/1984, número 26.-La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

Cláusulas que determinan el tipo de interés. La determinación de los tipos de interés y sus posibles variaciones

El interés es, o puede ser una prestación recíproca, y suele ser desigual - el tipo de interés es vario -. El interés remunera un dare, un prestar dinero.

En términos económicos se define el interés como el precio que debe pagarse por la utilización de bienes de capital, habida cuenta que éstos, constituyen factores de producción. Jurídicamente el interés es el precio que se paga por la utilización o retención de un capital ajeno expresado en dinero.

El interés, así definido, puede cumplir en el ámbito económico una doble función: retribuir o indemnizar. Se considera retributivo el interés, cuando su causa, sea la compensación por la utilización temporal de una suma de dinero, y tiene, en este caso, de ordinario, un origen contractual. Será indemnizatorio el interés, cuando su causa se encuentre en el comportamiento moroso del deudor, que, por ello, debe indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Este interés moratorio puede tener origen legal o convencional.

Ambas especies de interés, retributivo e indemnizatorio, aparecen en los contratos formalizados por las entidades de crédito con su clientela. Se consideran, de ordinario, obligaciones accesorias a cargo del consumidor de crédito (la obligación principal consiste en la devolución del capital).

El legislador, en materia de intereses, acepta el principio de autonomía de la voluntad sancionado por el art. 1255 del C.C y más explícitamente en el art. 315 del C.Com. según el cual: “los contratantes podrán convenir el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie”.

No obstante, lo dicho, los intereses devengados por un crédito están sujetos a determinadas limitaciones: señaladamente las derivadas de la legislación represora de la usura; además las que se puedan alojar en la LG y últimamente las limitaciones derivadas de una normativa específica, emanada principalmente del Ministerio de Economía y Hacienda, y desarrollada mediante circulares del Banco de España.

La L.G. cuando se trate de préstamos concedidos a personas que quepa calificar como consumidores y usuarios, proscribió en el art. 10.1.c.4 las condiciones abusivas de crédito; y tal proscripción tiene su correspondiente sanción en el párrafo 4º de dicho art. 10, donde se declara: “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos”. La aplicación de este último apartado podría llegar a convertir el préstamo en un mutuo gratuito, sin intereses; pero ante esta eventualidad, la entidad de crédito siempre podría alegar el párrafo siguiente del mismo apartado y artículo según el cual: “no obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo”. La aplicación de este párrafo podría provocar



boletín de suscripción

Fecha:
 Nombre: Apellidos:
 Domicilio: CP:
 Ciudad: Teléfono:
 D.N.I.: Firma:

Precios suscripción (marque la opción deseada):

Conjunta a 11 números de La Economía de los Consumidores y 4 de impositores USUARIOS: 28 euros
 La Economía de los Consumidores: 20 euros/11 números
 impositores USUARIOS: 10 euros/4 números

Forma de Pago (marque la opción deseada):

Giro Postal N.º por euros
 Transferencia bancaria a nombre de ADICAE, c/c 0182183415020625797, BBVA Sucursal Avda. América, 54. 50007 Zaragoza.
 Domiciliación Bancaria Muy Sres. Míos: Les ruego que con cargo a mi cta. atiendan hasta nueva orden los recibos que presente ADICAE en concepto de suscripción a la/s revista/s La Economía de los Consumidores y/o impositores-Usuarios

Titular: Banco/Caja:
 Agencia: Dirección:
 Población: C.P.: Fecha:/200.....
 Código Cuenta Cliente (C.C.C.):
 Firma del titular:



una situación semejante a la que se produce en el supuesto de vencimiento anticipado, esto es, a la obligación del prestatario-consumidor de devolver el capital, sin intereses; esta solución evidentemente resultaría un grave perjuicio para el consumidor al que se pretende proteger. El remedio estaría en reconocer al juez facultades para moderar la elevada cifra de intereses y mantener la vigencia del contrato.

La normativa propia de intervención y disciplina de entidades de crédito se orienta en la actualidad hacia un sistema de liberalización y libre competencia; el número 1 de la O.M. 12-12-89, recogiendo el criterio de la anterior O.M.03-03.87 señala que "los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito serán los que libremente se pacten, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto...".

Partiendo de la libertad de fijación de los intereses por parte de las entidades de crédito, la normativa específica de éstas se cuida especialmente del momento precontractual, exigiendo determinada información que será suministrada al cliente acerca del interés efectivo de la operación y, especialmente del interés efectivo anual postpagable. Este sistema de información adolece de graves imperfecciones, ya que la formulación matemática del TAE puede violentar el requisito formal de concreción, claridad y sencillez que el art. 10 L.G. exige a las CGC.

Suele ser frecuente, en los formularios estudiados, la aparición de cláusulas de interés variable. A estas cláusulas vino a referirse la O.M. 17-01-81 para imponerles la fijación de un tipo de referencia y una cláusula de rescisión y por otra parte, para delegar en el Banco de España, la fijación de los criterios a que deberían someterse estas operaciones. El tipo de referencia que más arriba se ha citado debe ser objetivo, esto es, la entidad de crédito acreedora no puede determinar el tipo aplicable unilateralmente; ya que se produciría un subjetivismo intolerable proscrito por el art. 1256 del C.C según el cual el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de una parte; más específicamente el art. 10.1c.4 proscribía, entre otras, las condiciones abusivas de crédito. En definitiva siempre que la entidad prestamista puede intervenir de forma decisiva en la fijación del tipo aplicable que sirva como referencia, hay también falta de objetividad. Declarada judicialmente la falta de objetividad, la cláusula podría ser calificada como abusiva y, en consecuencia, declarada nula, y tenida por no puesta, con subsistencia de la operación de crédito al interés pactado.

El art. 10.1.c.3 prohíbe las cláusulas abusivas que "perjudiquen de manera desproporcionada o no

equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios". Aplicando esta norma a la cláusula que recoge el tipo de interés variable, podrían considerarse como abusivas:

Las incongruentes con la operación, esto es, las que se establecen de acuerdo a tipos que no respondan a una fluctuación del mercado monetario, o que establezcan una variación del interés en beneficio de una sola de las partes.

La que previenen el aumento del tipo de interés, pero no la disminución.

Por último, sobre los denominados interés de demora, señalar que dado su carácter indemnizatorio como sanción al incumplimiento contractual del deudor, les será de aplicación el art. 1154 del C.C., según el cual: "el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Las comisiones

La comisión es aquella prestación unilateral que realiza el acreditado que remunera un facere; como vimos anteriormente, el interés remunera un dare, un prestar dinero.

Por naturaleza jurídica, la comisión no es un interés suplementario; representa, una remuneración a la obligación que asume el banco de realizar determinadas actividades.

La normativa sectorial bancaria establece la libertad de las entidades de crédito para la fijación de comisiones. El número 5 de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 señala que "las comisiones por operaciones o servicio prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente."

Esta libertad se encuentra atemperada en la propia O.M. Las tarifas de comisiones y gastos repercutibles al cliente deberán, previo registro en el Banco de España, hacerse públicas para conocimiento de cualquier interesado. Además queda proscrito cargar tipos o cantidades superiores a las publicadas. De tal suerte que; en el supuesto de fijar condiciones superiores en una condición particular del contrato, el usuario, de acuerdo con el art. 10.2 de la LG conforme al cual la condición general prevalecerá sobre la particular cuando sea más beneficiosa para el usuario, podrá exigir la aplicación de lo publicado.

La Circular del Banco de España 15/88, por su parte exige en su Norma 3.3 que "las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".



Las consecuencias de la infracción a lo establecido pueden ser:

Falta grave a la disciplina bancaria, de acuerdo con la Norma 10 de la Circular 15/88.

Nulidad de pleno derecho de la cláusula, de acuerdo con el art. 10.4 de la LG.

La suma de las comisiones ilegítimas cobradas y de los intereses puede llevar a considerar la operación como usuria, según determina el art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura.

Como se ha dicho, las comisiones no pueden ser, sino remuneración de servicios efectivamente prestados o gastos realmente habidos; por ello, resulta evidente, como más arriba se había anticipado, que no cabe confundir comisión e interés. Su única semejanza proviene de su forma de determinación, de ordinario un tanto por ciento o por mil del capital presado. Para la determinación de la comisión es irrelevante el dato temporal, tan esencial en la fijación de los intereses.

En las pólizas estudiadas el impago de comisiones suele vincularse a la facultad de resolución anticipada del contrato que se reserva la entidad de crédito. Esta vinculación, resulta ser una grave alteración del justo equilibrio de las contraprestaciones, así como, un grave atentado a la buena fe objetiva. No parece proporcionado que el incumplimiento de una obligación accesoria resuelva un contrato en el que las obligaciones principales del acreditado se vienen ejecutando a satisfacción de la entidad.

Cláusulas que imponen contratos de seguro

Con frecuencia surge en los contratos estudiados la cláusula que exige al prestatario contratar un seguro de vida o de amortización del crédito por causa de muerte, incluso con amenaza de vencimiento en caso de incumplimiento; en ocasiones las previsiones se refieren no solo a la muerte, sino también a la incapacidad. Parece, en principio, un supuesto claro de sobregarantía.

La práctica bancaria viene exigiendo como condición para conceder un crédito la necesaria contratación de un seguro de vida, naturalmente con la compañía aseguradora de la propia entidad de crédito. El juicio que merece tal práctica es necesariamente de reproche. Supone una deslealtad hacia el cliente y un aprovecharse de su buena fe, ya que, se le ofrece un producto que está bien en sí mismo, como si fuera algo que necesariamente se otorga desde la entidad financiera. La opción está clara: se puede decir que no y perder el crédito.

La libertad de competencia en todos los sectores económicos defendida por la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 queda violada ya que se exige una vinculación de contratos heterogéneos.

En general, este tipo de cláusulas merecen una valoración negativa. La LG considera abusiva ex art. 10.1c. las cláusulas que comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones entre las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Además, hemos podido constatar, que algunas entidades de crédito ni siquiera expiden la oportuna póliza de seguro, tal y como exige la Ley de Contrato de Seguro de 1980. La LG incide en esta constancia documental de la operación al exigir en su art. 10.1.b la entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación.

Las cláusulas que exigen la firma al consumidor de un pagaré en blanco

Comienza a ser una práctica habitual, que las Entidades de Crédito sustituyan la Póliza Intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, por un Pagaré Cambiario firmado en blanco por el consumidor. Para el caso de impago de una o varias cuotas, la Entidad rellenará el pagaré con aquella cifra que ha obtenido determinando unilateralmente la liquidación de la operación de crédito. Este tipo de cláusulas pueden defraudar la Ley Procesal Civil, que exige determinados requisitos a los Títulos que llevan aparejada ejecución.

La sanción de las cláusulas declaradas abusivas se recoge en el apartado 4 del art. 10 de la LG a tenor del cual: Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos; no obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

Como se observa, el precepto acoge decididamente la teoría de la nulidad parcial del contrato; categoría jurídica que hunde sus raíces en el principio que subyace en los art. 6.3 y 1255 del C.c.

En definitiva el legislador español opta por la pervivencia del negocio jurídico a pesar de la nulidad de la cláusulas abusivas.

La desaparición en el contrato de las cláusulas declaradas abusivas tiene como lógica consecuencia la aparición de lagunas que deberán ser colmadas por el Juez mediante el expediente de la integración lo que dará lugar, no cabe duda, a una creación judicial del derecho.

En este sentido, el artículo 10. bis 2. de la Ley 26/1984 dice " Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos el Juez que declara 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 o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato."