



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LAS OPERACIONES BANCARIAS Y EL DEBER DE TRANSPARENCIA CON LOS CLIENTES

Alumno: Rafael Espejo Barranco

Enero, 2017

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO PRIMERO. OPERACIONES BANCARIAS MERCANTILES	
1. Concepto	8
2. Aspectos esenciales	9
2.1. Elementos personales	
2.2. Objeto de las operaciones bancarias	
2.3. Forma de las relaciones concluidas con las entidades de crédito	
CAPÍTULO SEGUNDO. OPERACIONES ACTIVAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO CON EL CONSUMIDOR O CLIENTE BANCARIO	
1. Préstamo bancario	13
2. Apertura de crédito	16
3. Descuento bancario	19
CAPÍTULO TERCERO. OPERACIONES PASIVAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO CON EL CONSUMIDOR O CLIENTE BANCARIO	21
CAPÍTULO CUARTO. OPERACIONES NEUTRAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO CON EL CONSUMIDOR O CLIENTE BANCARIO	25
CAPÍTULO QUINTO. DEBER DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN LAS OPERACIONES BANCARIAS	
1. Disposiciones normativas aplicables	26
2. La transparencia en las operaciones bancarias	28
CONCLUSIONES	35

JURISPRUDENCIA CONSULTADA	37
LEGISLACIÓN	38
APLICACIÓN PRÁCTICA	40
BIBLIOGRAFÍA	42

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es la aplicación de la obligación de información y transparencia que diversos textos normativos imponen a las entidades de crédito, con independencia de su naturaleza, en cuanto a la conclusión de operaciones activas, pasivas y neutras o de gestión con los clientes bancarios. Y, dentro de estos últimos, con los que son calificados de consumidores. En este sentido, va a ser fundamental el estudio de los presupuestos jurídicos contenidos en la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de crédito al consumo, al igual que se analizará la Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Palabras clave: obligación de información y transparencia, entidades de crédito, operaciones activas, operaciones pasivas, operaciones neutras, consumidores.

ABSTRACT

The main objective of this paper is the application of the obligation of information and transparency that several normative texts impose on credit entities, regardless of their nature, in terms of the conclusion of active, passive, and neutral operations, or management operations with banking clients. And, among these, with consumers. In this respect, it is fundamental to study the legal assumptions appearing in the Law of Sustainable Economy and the Law of Consumption Credit, as well as to analyse the Order of Transparency and Protection of Banking Clients.

Keywords: *obligation of information and transparency, credit entities, active operations, passive operations, neutral operations, consumers.*

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
DDC	Directiva de Defensa de los Consumidores
DOUE	Diario Oficial de la UE
EHA/2899/2011	Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LES	Ley 2/2011, de Economía Sostenible
LCC	Ley 16/2011, de crédito al consumo
Orden EHA/1718/2010	De regulación de la publicidad de los servicios bancarios
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo titulado “Las operaciones bancarias y el deber de transparencia con los clientes”, se va a poder conocer tanto de forma particular, como general las operaciones que realizan las entidades financieras en su actividad propia de intermediación en el crédito. De manera específica, atenderemos a la especial tutela de los clientes bancarios que ostentan la condición de consumidores y usuarios teniendo presente que este concepto se refiere a las personas físicas cuya finalidad sea realizar una actividad comercial, empresarial o el desempeño de una profesión.

El interés de la materia indicada trae su causa en la situación actual que se ha generado en relación con la conclusión de operaciones activas con las entidades de crédito y el perjuicio que han sufrido numerosas familias. Nos referimos a la concesión de préstamos, garantizados con distintas formas, siendo la principal la hipotecaria y el contenido del contrato que ambas partes asumen. A este respecto, como es sabido, los contratos que se concluyen con las entidades de créditos con contratos de adhesión o lo que es lo mismo que decir que el contenido de los mismos es redactado en su mayor parte por la entidad de crédito habiendo escasa posibilidad de negociación, estableciendo condiciones generales, que son iguales para todos los clientes, y condiciones particulares, como pueden ser las comisiones o el tipo de interés.

En los últimos años, este mercado ha crecido en exceso beneficiándose de las condiciones abusivas que no están negociadas por el cliente y las entidades financieras y los intermediarios en el crédito., así como por las actitudes imprudentes de muchos de los clientes que se exponían a firmar dichos contratos. Esto dio lugar a un brutal sobreendeudamiento tanto por parte de las familias como de las empresas.

La metodología seguida para desarrollar el estudio propuesto va a ser forma y contenido, posteriormente las fuentes consultadas (bibliografía y normativa), las conclusiones y por último una aplicación práctica.

En razón de lo anterior, el contenido del trabajo que se presenta está dividido en cinco partes. Las tres primeras hacen un estudio del conjunto de operaciones que es posible concluir con las entidades de crédito, centrándonos en cada caso en las particularidades que las distinguen y el contenido de la relación contractual que vincula a las partes contratantes puesto que en el caso de las operaciones activas será la entidad la que preste recursos a sus clientes, en el de las operaciones pasivas, será el banco el que reciba un crédito por parte

del cliente, y por último, en las operaciones neutras, que son aquellas en las que la entidad no adopta la posición de acreedor ni de deudor, simplemente presta unos servicios por los que cobrará unas comisiones.

Tras dicho análisis, se procede a la valoración del deber de información y transparencia por parte de las entidades de crédito, ocupándonos de forma particular de la especial protección del consumidor en su condición de cliente bancario. La importancia del tema principal nos ha hecho analizar, en un primer momento, la normativa y otras referencias menores en relación con esta imposición en la celebración de contratos bancarios en sus diversas modalidades (activa, pasiva o de gestión). Y, a posteriori, concretar una explicación sobre la transparencia y la obligación de informar como uno de los presupuestos fundamentales para valorar la licitud del contenido del contrato que compromete a los clientes bancarios y a las entidades con las que se llevan a cabo.

En definitiva, los objetivos que nos planteamos en este trabajo y la metodología de estudio empleada para su elaboración van a concluir con una aplicación práctica, lo cual consideramos que es de utilidad práctica e interés para, fundamentalmente, los trabajadores de este ámbito.

CAPÍTULO PRIMERO. OPERACIONES BANCARIAS MERCANTILES

1. Concepto y caracteres de las operaciones bancarias.

Nuestro ordenamiento jurídico carece de un concepto legal de contrato bancario aunque tenemos diferentes definiciones por parte de la doctrina. De algunas de las delimitaciones conceptuales recogidas de autores de reconocimiento en el ámbito mercantil para definir los contratos bancarios, cabe hacer una alusión expresa al profesor Garrigues que acota este ámbito como: *"todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria"*¹. Adaptando esta definición a la normativa actual, se puede decir que el contrato bancario es un acuerdo de voluntades entre un cliente y una entidad de crédito que crea, modifica, extingue una relación jurídica que instrumenta una operación bancaria realizada dentro del ámbito de actividades típicas de las entidades de crédito².

Por su parte, contamos con conceptos más precisados en los que se pone de manifiesto la necesidad de que sea un negocio jurídico entre dos partes, es decir, bilateral, cuya finalidad sea la de entablar relaciones bancarias³. Es decir, para poder crear una relación jurídica será necesario alcanzar un acuerdo entre dos partes en el que se establezca el compromiso de hacer, no hacer o dar una determinada cosa. Por ello, el contrato es la fuente principal de las obligaciones, sin olvidarnos de la Ley.

De estas definiciones generales, cabe indicar algunos aspectos que caracterizan las operaciones bancarias y, entre ellos, podemos destacar los siguientes. En primer término, se puede observar que la actividad típica de las entidades de crédito es la intermediación directa en el crédito que se realiza a través de la conexión entre las operaciones bancarias pasivas y las activas y, por ello, el contrato bancario será el acuerdo de voluntades que instrumenta una operación de intermediación indirecta en el crédito o una operación accesoria a la misma. Por tanto, si reconocemos el contrato bancario como un contrato habitual que se realiza en el mercado bancario, hemos de tener en cuenta que pueden operar otras entidades legalmente típicas, que, aunque no son entidades de crédito en sentido estricto, realizan operaciones que pueden considerarse "bancarias", tal es el caso de las entidades de dinero electrónico, que se están implementando en la actualidad. Por lo

¹ Garrigues J. (1975), *Contratación bancaria*, Madrid, p. 31.

² Sánchez Calero, F. (2006), *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, p. 386. Stiglitz, Ruben S. (2010), *Contratos de consumo y cláusulas abusivas*.

³ De Martinos. (1976), *La operación bancaria en general. Operaciones y títulos de deuda bancaria*, Tema 2, Roma-Milán, p. 3.

general su carácter siempre es oneroso aunque puede pactarse la gratuidad, es decir, será gratuito cuando el tipo de interés fijado por la entidad sea cero o no se hubiera pacto ninguno.

En relación con lo anterior, cabe indicar que se trata de contratos regidos por condiciones generales, ya que las entidades de crédito fijan el contenido de los contratos hasta que se llega a un acuerdo respecto a la prestación y al pago. Estas condiciones generales pueden ser declaradas como abusivas si contienen un desequilibrio contractual entre las partes contratantes cuando una de ellas ostenta la condición de consumidor o usuario en los términos de la norma⁴. Por ello, conforme a lo establecido en la normativa sobre condiciones generales de contratación⁵, serán declaradas nulas de pleno derecho las condiciones generales que resulten abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. La inclusión de las condiciones generales en los contratos ha de tener una redacción clara, concreta, sencilla y, sobretodo, transparente para que de esta manera el consumidor sepa realmente a lo que se expone y lo que está realmente firmando.

Además de estas notas esenciales de las operaciones bancarias, hay que tener en cuenta que se trata de contratos calificados de atípicos en la medida en que no tienen una expresa regulación en las normas mercantiles. Y que, en todo caso, estamos ante contratos de empresa en cuanto a que a través de estas relaciones jurídicas las entidades desarrollan su propia actividad económica. Por ello, en su mayor parte son bilaterales, en cuanto que ambas partes de la relación contractual asumen, desde la celebración del mismo, compromisos con la contraparte. En consecuencia, van a ser duraderos y basados en la confianza de las partes “intuitu personae”. Es decir, se trata de contratos prolongados en el tiempo en los que se contrata según el nivel de confianza que la entidad genera en el cliente, razón por la que la pérdida de la confianza trae como consecuencia que la relación jurídica se cancele o extinga.

2. Aspectos esenciales de los contratos bancarios.

Un contrato bancario es la relación que se establece entre la entidad financiera y el cliente, de la que nacen una serie de obligaciones para ambas partes.

2.1. Elementos personales.

⁴ Art. 1 TRLGDCyU. (BOE núm. 287, de 30/11/2007).

⁵ Art. 8.2 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación. (BOE núm. 89 de 14 de Abril de 1998).

Las partes en un contrato bancario son esencialmente dos: las entidades de crédito y los clientes bancarios. En cuanto a las primeras, las entidades de crédito, son las que prestan un servicio financiero mediante la intervención en el crédito. Las entidades de crédito son empresas cuya principal ocupación es percibir dinero del cliente, así como la concesión de créditos. Este dinero que es recibido por la entidad, deberá ser restituido posteriormente⁶. Estas operaciones que realizan las entidades de crédito se pueden hacer a través de una sucursal o agencia, que es donde se lleva a cabo la contratación del servicio financiero del que se trate.

Tienen la consideración de entidad de crédito las que a continuación se detallan⁷: bancos; cajas de ahorro; cooperativas de crédito; y el Instituto de Crédito Oficial. Por tanto, estamos hablando de empresas financieras que tienen como actividad habitual recibir fondos, los cuales son obtenidos mediante depósitos, y que son destinados para conceder préstamos y realizar operaciones similares.

La segunda parte de la relación contractual, como se ha adelantado, la ocupa el cliente bancario. Cual es, toda persona física o jurídica que tenga una relación con una entidad de crédito, con independencia del destino de la financiación o de las operaciones formalizadas. El cliente será el que reciba el importe previamente solicitado y se comprometerá mediante las condiciones establecidas en contrato a su restitución.

2.2. Objeto de las operaciones bancarias.

El objeto de los negocios contractuales que se ejecutan con las entidades de crédito, cualquiera que sea la consideración de las mismas va a ser esencialmente el crédito. Si bien, en razón de la actuación o participación de la entidad crediticia en los mismos, la finalidad se va a centrar en las siguientes: la entrega o puesta a disposición por parte de la entidad de crédito a favor del cliente, la recepción del mismo por la entidad y que deposita el cliente bancario o, en su caso, la prestación de un servicio financiero o de gestión que realiza la entidad de acuerdo con las indicaciones que le facilite su cliente. En cambio, en el caso de las operaciones pasivas, como es el depósito, la entidad de crédito únicamente lo recibe y se hace titular del crédito depositado como veremos más adelante.

⁶ Art. 1.1 de la Ley 10/2014, de 26 junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito. (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014).

⁷ Art. 1.2 de la Ley 10/2014.

En la práctica, los contratos bancarios tienen por objeto prestaciones enlazadas de forma directa o indirecta con el crédito, salvo algunas excepciones, como puede ocurrir en el caso del alquiler de las cajas de seguridad en las que se puede llegar a prohibir la mera introducción de dinero. La particularidad de las cajas de seguridad es que se trata de una relación jurídica en la que la entidad de crédito pone a disposición de un cliente el uso particular de un determinado compartimento o caja, ubicado en su establecimiento y se ocupa del mantenimiento de la misma, a cambio de una retribución.

El núcleo del contrato bancario está conformado por crédito, valores y/o especies, que constituyen el denominado objeto material y que ha de ser cierto a efectos de la validez del contrato; y, en segundo lugar, conviene tener en cuenta que de las operaciones que se realizan en estos supuestos devengan unos intereses, los cuales pueden favorecer a la entidad de crédito o, cuando corresponda, al cliente. Es por ello que puede afirmarse que los intereses mencionados, así como las comisiones que se imponen por la realización de determinadas operaciones con las entidades de crédito, también forman parte de la esencia del negocio bancario⁸.

En función del objeto, el contrato bancario puede ser de tres tipos: de activo, cuando se proporcionan recursos al cliente; de pasivo, cuando es la entidad la que capta recursos que se proporcionados por el cliente; y neutro, cuando ni se proporcionan ni se perciben recursos, simplemente se presta o se realiza un servicio. De forma somera, recordamos que son operaciones activas aquéllas en las que la entidad se convierte en el acreedor de la relación con el cliente (préstamo, apertura de crédito y descuento). Serán pasivas las operaciones en las que la entidad de la que se trate se convierta en deudora de la relación (depósito bancario y redescuento). Por su parte, las neutras son operaciones en las que el banco no se considera ni acreedor ni deudor (giros y transferencias, cuenta corriente bancaria, arrendamiento cajas de seguridad). Del estudio de las mismas nos ocupamos con detenimiento a continuación.

2.3. Forma de las relaciones concluidas de las entidades de crédito.

La forma de celebración de los contratos bancarios, como norma general, es libre. De acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio⁹, los contratos bancarios se rigen por el principio de libertad de forma. Por ende, esta libertad de forma significa que se

⁸ Vázquez de Castro, E. (2002), *Determinación del contenido del contrato. Presupuestos y límites a la libertad contractual*. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 73.

⁹ Art. 51 del Código de Comercio.

podrán celebrar relaciones jurídicas de forma escrita o verbal. Aspecto que necesariamente hay que vincular con las disposiciones del derecho común en la materia, en cuyo caso se establece la exigibilidad de los contratos con independencia de su forma, salvo determinadas excepciones¹⁰. Así, expresamente se recoge que: *“los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*. En consecuencia, las partes contratantes disponen de autonomía para manifestar su voluntad de quedar legal y libremente obligados con el contenido del mismo. Aunque, como se ha indicado, hay contratos que por disposición legal deben de realizarse por escrito, tal y como ocurre con el contrato de crédito al consumo; o mediante escritura pública, que es lo que sucede con el préstamo hipotecario.

El principio de libertad de forma tiene sus excepciones entre las que destacan los contratos con forma impuesta, es decir, aquellos que con arreglo al Código de comercio requieran formas o necesiten escritura para ser eficaces; los contratos con forma libre, que son los contratos celebrados fuera del territorio nacional; y por último hay que hacer referencia a los contratos reales, que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa, como el depósito¹¹.

CAPÍTULO SEGUNDO. OPERACIONES ACTIVAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO CON EL CONSUMIDOR O CLIENTE BANCARIO.

Las operaciones de activo son aquellas en las que las entidades de crédito al proporcionar liquidez o numerario al cliente y, por ello, recibir un beneficio derivado de los intereses que hubieran pactado, cabe entender como una forma de inversión realizadas por las mismas. Si bien, ésta a su vez proporciona una ventaja patrimonial al cliente, en la medida en que a través de estas operaciones podrá financiarse a corto, medio o largo plazo en función de sus necesidades y del riesgo que quiera adquirir. Para llevar a cabo cualquiera de estas operaciones será necesario un estudio previo de la solvencia, así como del patrimonio del cliente, como veremos posteriormente.

Las principales operaciones de activo son el préstamo, la apertura de crédito, el descuento y también, aunque menos frecuente, la gestión de la cartera de valores. Éstas serán detalladas a continuación.

¹⁰ Art. 1278 del Código Civil.

¹¹ Art. 52 del Código de Comercio.

1. El préstamo bancario.

1.1. Elementos fundamentales.

El contrato de préstamo bancario cabe definirlo desde la perspectiva del derecho común, por lo tanto es la cesión por parte de la entidad financiera, que sería la parte prestamista, al cliente bancario (prestatario), de una suma determinada de dinero comprometiéndose este último a restituir la cantidad recibida en la misma especie y calidad y a pagar el importe de los intereses que expresamente se hubiesen pactado¹². El prestatario podrá disponer de lo que le ha sido entregado durante un tiempo determinado, el cuál ha sido establecido, y deberá reintegrarlo a su titular al vencimiento. Razón que nos lleva a considerar que se trata de una relación jurídica unilateral, en cuanto que sólo surgen obligaciones para una de las partes contratantes¹³.

A este respecto, los contratos de préstamos son contratos de adhesión por cuanto las cláusulas que conforman su contenido son impuestas por las entidades de crédito, teniendo el cliente que limitarse a la aceptación de las mismas¹⁴. Este tipo de relación jurídica o contrato, como operación activa bancaria, siempre es de carácter mercantil¹⁵. Los aspectos que definen la mercantilidad de la relación contractual son: de un lado, la existencia de una referencia al préstamo de dinero en el código de comercio. De otro, porque objetivamente la finalidad de facilitar dinero o un crédito es un acto de comercio. Si bien, conviene atender a la intención del prestatario para así facilitar el conocimiento del destino de lo prestado, puesto que si el objeto del contrato no se destina a un acto de comercio, no nos encontraríamos ante un contrato mercantil. En este sentido, sin la manifestación expresa por parte del cliente no se podrá saber el destino de las cosas prestadas, con lo que la calificación del contrato se realizará “a posteriori”. La principal duda que se establece en relación con ello es que si realmente se debe tener en cuenta en los préstamos realizados por cualquier entidad de crédito. Es decir, si hacemos una interpretación literal de la exigencia normativa, no serían mercantiles los préstamos realizados a las personas. En

¹² Art. 1750 del Código Civil.

¹³ En algunos casos se ha hablado de un bilateralidad del préstamo *sui generis*, ya que no nace la obligación del prestatario hasta que el prestamista no haya cumplido con la suya de entregar el dinero (González Palomino, J.).

¹⁴ Ley 13/1998 sobre Condiciones Generales de contratación. (BOE núm. 89 de 14 de Abril de 1998).

¹⁵ Arts. 311 a 324 del Código de Comercio.

cualquier caso, la mayoría de la doctrina¹⁶ considera que cualquier préstamo que se realice será mercantil independientemente del destino del dinero. Por último, desde la perspectiva subjetiva se establece que el préstamo será mercantil cuando al menos una de las partes sea comerciante. De este último presupuesto, la doctrina ha señalado que contradice el criterio establecido en artículo 2 del Código de Comercio, ya que se exige la presencia de un comerciante para la calificación del contrato como mercantil.

A pesar de la existencia de una diversidad de modalidades del contrato de préstamo en razón del contenido que las partes hubieran determinado, resulta relevante la distinción entre los dos tipos de préstamos a particulares: los personales, cuando la entidad pone a disposición del prestatario el dinero; y los hipotecarios, en los que el cliente tendrá como garantía el inmueble que está hipotecado y en caso de no pagar lo establecido en contrato, la entidad se quedará con el mismo. En cuanto al tipo de interés, debemos diferenciar entre el interés fijo, que es cuando se mantiene constante y las cuotas siempre serán las mismas, o variables cuando pueda sufrir variaciones sobre la cantidad que deberá abonar el cliente al momento de restituir la cantidad recibida.

Por ello que en el Código Civil se señala que se trata de un contrato real que consiste esencialmente en la entrega por una de las partes de dinero u otra cosa fungible, con la obligación de devolver el dinero en la misma cantidad y en la misma especie¹⁷. Por tanto, su perfección no supone únicamente la concurrencia del consentimiento de las partes contratantes¹⁸, sino que es precisa la entrega de la suma de dinero, por parte del prestamista al prestatario. Es un contrato unilateral, ya que con la entrega mencionada, surgen únicamente obligaciones para el prestatario. Derivado de esta primera idea, es su carácter *traslativo de dominio* puesto que se considera que las cosas prestadas parten de la propiedad del prestamista para que las tome el prestatario, aunque realmente lo que adquiere en el contrato de préstamo bancario es una facultad de disposición de la cantidad establecida en el contenido del contrato¹⁹. El derecho de propiedad que tiene el prestamista se transforma, posteriormente, en un derecho de *crédito al tantumdem*²⁰. Esto es, el

¹⁶ Garrigues, J. Sánchez Calero, F. Broseta, M. Macías Castillo A. (2007), *Deber de información por parte de la entidad bancaria en la formalización de crédito hipotecario*, Actualidad civil, N° 13, págs. 1596-1599.

¹⁷ Art. 1750 del Código Civil.

¹⁸ Art. 1261 del Código Civil.

¹⁹ Martí Sanchez, N. (2007), *El préstamo bancario de dinero*, p. 390.

²⁰ “Frase latina que indica la obligación de devolver en la misma cantidad, misma especie y la misma calidad lo que se ha dado”

prestatario deberá devolver el dinero que le hubiere sido entregado en la misma calidad y especie en la que lo hubiese recibido²¹.

No obstante las consideraciones realizadas, llama la atención que el contrato de préstamo bancario no es una relación contractual de carácter formal, aunque en la práctica se realiza por escrito en póliza o escritura formalizada ante fedatario público. En esa póliza de préstamo se establecen las dos obligaciones básicas que asume el cliente prestatario: en primero lugar, restituir la cantidad que se le hubiese facilitado y según las condiciones estipuladas. En cuanto al aspecto temporal de la restitución, puede hacerse de una vez o en los plazos que se hubiesen señalado y si no se hubiesen indicado ningún plazo, la devolución no se le podrá exigir al prestatario hasta pasados 30 días desde el momento en el que el prestamista se lo ha requerido notarialmente²². Se exige el protesto notarial para poder comenzar el plazo de restitución, en el caso de que no se pacte plazo.

Respecto a lo que hay que restituir, el cliente tiene la obligación de devolver la misma cantidad en la moneda que lo recibió y según el valor que ésta tenga en el momento de la devolución, salvo que expresamente en la póliza de préstamo se haya pactado el tipo de moneda en el que debería de hacerse la restitución. El segundo de los deberes esenciales de esta relación contractual es el abono de los intereses que se hubiesen pactado o los que legalmente se establezcan, pero que en todo caso se hubieran previsto en la póliza de préstamo y, por tanto, que consten por escrito²³. De esta exigencia deriva el mencionado carácter oneroso del préstamo bancario puesto que refleja que no habrá, salvo que se hubiere realizado por escrito, un préstamo que devengue interés²⁴.

1.2. Contenido del préstamo bancario

El contrato de préstamo, por la especialidad de la modalidad contractual que nos ocupa, consiste en una relación jurídica que sólo genera obligaciones para una de las partes del contrato (el cliente bancario). En este sentido, corresponde a la entidad de crédito únicamente la facilitación al cliente de determinada información periódica de la situación del préstamo. Esto se realizará cuando el cliente haya facilitado una cuenta corriente en relación con la operación para así poderle enviar los extractos de los movimientos y el saldo. Sin embargo, es el cliente quien ha de soportar los deberes esenciales de dicho

²¹ Díez Picazo, L. y Gullón, A. (2002), *Instituciones de derecho Civil*, p. 724

²² Art. 313 del Código de Comercio.

²³ Arts. 1755 y 1756 del Código Civil.

²⁴ Art. 311 del Código de Comercio.

contrato. Nos referimos a que cumpla con la necesaria restitución de la cantidad prestada en función de lo que establezca el contrato realizado. Es así como lo recoge el Código de Comercio, al considerar que el deudor al que le ha sido prestado un dinero, deberá devolver el mismo de la misma forma en la que le fue entregado, respetando en cualquier caso el valor legal de la moneda, a excepción de que la especie de la misma hubiere sido pactada. En caso de una perturbación del valor de la moneda, el prestador será beneficiado o damnificado²⁵.

Es fundamental en la restitución la determinación de la fecha de vencimiento, así como de las prórrogas o los distintos vencimientos parciales. Es por ello, que de forma habitual en la práctica bancaria, se realice un calendario de amortización del préstamo para ir produciendo la devolución de manera progresiva de la cantidad prestada. Es decir, se establece una cuota de amortización que se deberá pagar de forma trimestral, mensual o de la forma que se hubiese establecido y puede estar formada por capital e intereses en caso de encontrarnos con un calendario de amortización mediante el método francés o por intereses exclusivamente.

En consonancia con lo indicado, será una obligación fundamental para el cliente bancario el abono de los correspondientes intereses que se hubiesen establecido por escrito en el contrato. Normalmente, el interés será un porcentaje de la cantidad que se hubiere prestado, que podrá ser fijo o variable en función de los criterios elegidos, y cuya liquidación es factible hacerla de una vez o de forma periódica en función de los periodos de interés establecidos.

Por último, conviene aclarar que es esencial que haya total libertad para ambas partes para el establecimiento de la obligación del pago de los intereses y su cuantía, puesto que en caso contrario, en el que se pactasen intereses excesivos con los consumidores que pudieren afectar a los mismos nos encontraríamos ante una cláusula abusiva.

2. Apertura de crédito

Nuestro ordenamiento jurídico no nos ofrece un concepto de apertura de crédito. Debido a esta ausencia de concepto legal, la doctrina tradicional la define como aquél contrato por el cual la entidad de crédito se obliga, dentro del límite pactado y a cambio de una comisión, a poner a disposición del cliente una suma de dinero o a realizar otras

²⁵ Art. 312 del Código de Comercio.

prestaciones que le permitan obtenerlo²⁶. Por tanto, a la apertura de crédito le serán aplicables tanto las reglas generales de contratación de Código de Comercio²⁷ como del Derecho común²⁸.

Parece obvio que la apertura de un crédito no convierte al cliente (acreditado) en propietario de la suma que le ha sido acreditada. He aquí la diferencia esencial con el préstamo, ya que en la apertura de crédito, la conclusión del contrato no conlleva el otorgamiento de una suma de dinero ni la transmisión de la propiedad, mientras que en el préstamo hablamos de un contrato de carácter real, que se materializa con la entrega de la cosa. Por tanto, será el banco el que posea la cantidad establecida hasta que el cliente ordene una disposición²⁹. Originándose, de este modo, un crédito a favor del cliente frente al banco acreditante.

El cliente, en la apertura de crédito, podrá decidir si prefiere disponer del crédito de una sola vez, o si por el contrario, lo va a ir utilizando poco a poco en función de las necesidades que vaya teniendo. También puede decidir no disponer del mismo. En cualquier caso, cuando el cliente disponga del crédito, siempre deberá de hacerlo de acuerdo a lo establecido en el contrato.

Cuando se concluye una relación jurídica de apertura de un crédito, nos estamos refiriendo a una disposición de una cantidad determinada de dinero, por lo que también se les designa como aperturas de crédito de caja o de efectivo. Por tanto, lo esencial no es la entrega de dinero, sino la creación de una cierta disponibilidad, satisfaciéndose los intereses en función de la cantidad efectivamente dispuesta³⁰.

En cuanto a la naturaleza y las características fundamentales de este contrato. La opinión general de la doctrina, es que estamos ante un contrato *sui generis*³¹, único y definitivo cuyo objeto es el crédito en sí mismo, valorable económicamente³². La mayoría de los autores entienden que la apertura de un crédito es un contrato diferente del préstamo, aunque también tengan sus similitudes, puesto que se centra principalmente en adaptarse mejor a las necesidades de financiación propias del ámbito empresarial³³. La diferencia más importante entre ambos reside en el objeto, como se ha indicado. En el préstamo, el

²⁶ Garrigues, J. (1958). *Contratos bancarios*, p. 185.

²⁷ Arts. 311 a 319 del Código de Comercio.

²⁸ Arts. 1740 y 1753 a 1757 del Código Civil.

²⁹ Garrigues, J. (1958). *Contratos bancarios*, p. 185, 186.

³⁰ STS. De 19 enero de 2006[RJ.2006, 2658], la SAP de La Coruña de 1 febrero de 1995[AC. 1995, 439].

³¹ Que es muy peculiar, que no coincide exactamente con lo que designa, sino que es algo distinto.

³² Alfaro Águila Real J. (2000), *Apertura de Crédito*, cit. p. 495.

³³ Sánchez Miguel M^a. C. (1991), *Préstamos* p. 274 y 276.

objeto del contrato es la suma que le es entregada al prestatario y los intereses que resultan de dicha cantidad en su totalidad. Mientras que en la apertura de crédito, no hay entrega de ninguna cantidad, y los intereses que se satisfagan dependerán de la cantidad de que se ha dispuesto.

Nos encontramos ante un contrato de carácter *atípico y bilateral*, es decir, que no hay un régimen general regulador de esta figura y que desde el momento de su celebración surgen obligaciones tanto para la entidad crediticia como para el cliente. Si hablamos de las obligaciones en la fase previa la entidad deberá de cumplir con las indicaciones del acreditado en cualquier momento y lugar, respecto de cualquier cantidad, siempre que encajen con las condiciones del contrato. Así como el acreditado debe abonar la comisión por tener a su disposición el crédito máximo acordado en la ejecución del contrato y el cliente deberá restituir la cantidad utilizada incrementada con los intereses pactados.

El contrato de apertura de crédito es también un contrato *consensual*, ya que se celebra con el consentimiento de las partes. Aunque lo habitual es que se instrumente en escritura notarial. A estas notas singulares cabe añadir que se trata de una vinculación contractual enmarcada en las conocidas como *intuitu personae*³⁴, puesto que la entidad de crédito siempre tiene en cuenta las condiciones económicas y personales del cliente-acreditado. Uno de los aspectos más importantes de este contrato es la confianza. Por ello, antes de la finalización del contrato, se realizarán por parte de la entidad formularios, información económica y personal, lo cual permanecerá durante toda la duración del contrato. Al mismo tiempo, la entidad de crédito estará autorizada para revocar el contrato en los casos en los que el cliente tenga un cambio negativo en su situación económica perjudicando de esta manera a su solvencia, y en consecuencia a la entidad. Con esta condición, se podrá, extinguir el contrato por fallecimiento o disolución del acreditado, sin ser posible una sustitución por un tercero, salvo que estuviese establecido de forma expresa en el contrato³⁵.

La apertura de crédito es de carácter *oneroso*. En primer lugar, porque el crédito normalmente favorece al banco en forma de intereses y comisiones, así como para la entidad es una forma habitual de obtener beneficio de forma considerable.

³⁴ Término usado en derecho para describir contratos por obligación. Proviene del latín y significa “Atención a la persona”.

³⁵ Cachón Blanco, J. E. (1998), *El contrato bancario de apertura de crédito*, cit, p.549.

En último lugar, decir que la apertura de crédito se separa del concepto tradicional de contrato ya que se caracteriza por ser un contrato de adhesión³⁶, es decir, que las condiciones generales en este contrato se establecen por una de las partes, que es la entidad, y el aceptante, que sería el cliente, será quien decida si se adhiere o no en la totalidad de su contenido. Esto será lo habitual salvo en supuestos excepcionales en los que si pueda existir realmente capacidad negociadora de cada una de las cláusulas por parte del acreditado³⁷.

3. La relación jurídica de descuento bancario

El contrato de descuento bancario se ha convertido en la actualidad en un instrumento accesorio que, vinculado a otros contratos principales, se utiliza en la operativa bancaria como una garantía añadida de la contratación³⁸. Es una relación contractual que se sigue utilizando y que ayuda de forma eficaz a facilitar la financiación.

El contrato de descuento presenta en el ámbito del ordenamiento mercantil un inconveniente esencial, cual es la falta de una regulación específica del mismo. A pesar de la ausencia de una regulación concreta, el Código de comercio alude a este contrato como una de las operaciones fundamentales de los bancos como entidades de crédito³⁹. Ante la inexistencia de un concepto legal de este contrato, para delimitar terminológicamente su contenido hemos de acudir a la jurisprudencia y a la doctrina más destacada en el ámbito de las relaciones de intermediación en el crédito. Los pronunciamientos de referencia que nos indican los elementos que caracterizan el descuento se recogen en la jurisprudencia, que singulariza el contrato de descuento como un contrato bancario, oneroso, atípico, autónomo y bilateral⁴⁰. De manera que tiene que existir un crédito a favor del cliente que va a ser realizado por el banco, deduciéndole el interés por el tiempo que falta hasta el vencimiento, llegado el vencimiento, el banco exigirá el pago. Es un contrato consensual puesto que se formaliza con el acuerdo de voluntades, sin ser necesaria la forma escrita.

³⁶ SAP de Cádiz(Secc 6ª), de 10 enero de 2006, [JUR. 2006,180907].

³⁷ Cachón Blanco, J. E.(1998), *El contrato bancario de apertura de crédito*, cit, p.555. Stiglitz, Ruben S. (2010), *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*.

³⁸ Betancor Sánchez, V. /Estupiñán Cáceres, R. *De la esclavitud documental a la ausencia de documento en el descuento bancario*. Miguel Embid Irujo, J. (1997), *Contrato bancario y cuenta corriente bancaria: Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad*.

³⁹ Véanse los artículos 175 a 183 del Código de Comercio.

⁴⁰ Recogido de forma literal en STS de 14 abril 1980 (R 1415/80), y posteriormente en STS de 12 diciembre de 1987 (R 418587).

En otro orden, la doctrina de relevancia en la materia ha ido más allá, en la medida en que, partiendo de la concepción del contrato de descuento bancario a la que nos hemos referido, lo ha configurado atendiendo a las relaciones jurídicas próximas. Tal es el caso del préstamo o la compraventa, teniendo en cuenta que en el contrato de descuento existe un anticipo de efectivo, a la misma vez que se produce la cesión de un crédito a favor de la entidad de crédito⁴¹.

La naturaleza jurídica no es una cuestión unánime en nuestra doctrina. La jurisprudencia ha calificado en repetidas ocasiones a este contrato como un contrato de crédito y liquidez que permite convertir un activo financiero en un activo monetario⁴². No obstante, también han sido relevantes en la conceptualización del descuento bancario las previsiones normativas del Derecho comparado. En concreto, algún sector ha acudido al ordenamiento italiano, en cuyo el Codice civile prevé la regulación de esta modalidad contractual como un contrato con el banco en el que se anticipa al cliente un crédito, que aún no ha vencido, con previa deducción del interés que en cada caso corresponda⁴³.

Por tanto, podemos considerar que se trata de una operación bancaria que es utilizada por parte de las entidades de crédito para obtener un lucro. El beneficio obtenido por parte de la entidad será la diferencia entre el interés que pagan a sus depositantes y el más elevado que perciben de sus clientes. La entidad también podrá, sin tener que esperar al vencimiento de los créditos descontados, ponerlos en circulación mediante un nuevo descuento con el Banco de España. Esta última operación se denomina redescuento, la cual regula la liquidez de las entidades de crédito. Es decir, es volver a descontar lo que se descontó y, en consecuencia, se califica como una operación bancaria de carácter pasivo que deriva de una operación activa, en cuanto que es la entidad crediticia la que recibe el crédito del título que previamente ha descontado. La entidad de crédito entrega o cede al Banco de España los títulos descontados, pero no vencidos para que se le anticipe su importe. La ventaja que obtiene la entidad de crédito es la diferencia entre el interés que el Banco de España le cobra y el interés cobrado por la entidad a sus clientes.

En cuanto a las obligaciones de las partes, como se ha adelantado anteriormente, el contrato de descuento bancario es un contrato bilateral, por ello el contenido del mismo se establece en función de los compromisos que cada una de las partes de la relación

⁴¹ García-Pita y Lastres. (1990), *El contrato bancario de descuento*, pp. 152 y ss. Salazar Revuelta, M. (2013), *El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos*.

⁴² SSTs de 21 de marzo de 1988, 1 de diciembre de 1989, 25 marzo 1993.

⁴³ Art. 1858 Codice Civile italiano.

contractual asumen en el momento de su celebración. Así, de un lado, la entidad de crédito deberá descontar los créditos no vencidos que hayan sido prestados por los clientes en función del contrato de descuento del que se trate, ser diligente en el cobro una vez llegado el vencimiento, por lo que deberá presentar las letras al deudor.

Por otro, en lo que respecta al cliente bancario, éste asume el pago por la tasa de descuento, que supone la asunción de la deducción de los intereses por el banco. Deberá también devolver al banco el capital recibido en caso de que llegado el vencimiento el deudor no pague llevando a cabo la cláusula “salvo buen fin”. Es decir, el banco tendrá una acción contra su cliente en caso de impago por parte del deudor.

CAPÍTULO TERCERO. OPERACIONES PASIVAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO CON EL CONSUMIDOR O CLIENTE BANCARIO.

Las operaciones pasivas son aquellas en las que el banco recibe capitales de diferentes clientes con la finalidad de poder disponer de ellos. Estos capitales que se reciben, son la base de cualquier entidad.

1. Depósito bancario

1.1. Definición y notas esenciales

La definición de contrato de depósito, tenemos que extraerla del Derecho común, ya que no hay una definición exacta en el Ccom. En el Código Civil se define como aquella relación jurídica que se genera entre depositante y depositario, que es quien tiene que conservar, custodiar y restituir la cosa a cambio de una contraprestación⁴⁴. Es decir, se retribuye al cliente por parte de la entidad, como ya he dicho anteriormente, con el pago de un interés así como también le puede ofrecer el uso de servicio de caja.

Para que un depósito sea mercantil, deberá cumplir los requisitos establecidos en el Código de Comercio⁴⁵, así: el depositario ha de ser comerciante, el objeto del depósito tiene que ser un objeto de comercio, y que el mismo traiga en causa una operación mercantil o que en sí mismo sea mercantil.

Esencialmente, a los efectos del presente trabajo, nos interesa detenernos en el depósito abierto de numerario que se celebra con las entidades de crédito⁴⁶. En cuyo caso,

⁴⁴ Art. 1750 del Código Civil.

⁴⁵ Art. 303 del Código de Comercio.

⁴⁶ Art. 307 del Código de Comercio.

con la suma de dinero entregada, la entidad de crédito realiza operaciones activas con otros clientes al mismo tiempo que entrega un interés, que suele ser mínimo ya que esa cantidad depositada ha de estar disponible en todo momento para el depositante. Sin la realización de depósitos, difícilmente podría el banco obtener fondos para prestar a terceros. De esta manera, la custodia del dinero pasará a ser de la entidad de crédito. Por eso el carácter de esta modalidad de depósito es irregular, en la medida en que no sólo se deposita una cantidad de dinero para que se conserve y custodie, sino que se entrega la disponibilidad del mismo. De manera que, una vez que se cumple el plazo del depósito, la entidad tiene que restituir otro tanto de ese dinero, pero no el mismo que se le entregó. Eso sí, deberá entregar la misma cantidad. La irregularidad deriva de que la finalidad del contrato (conservación y custodia) se ve complementada con el uso y gestión del dinero que se deposita. Sin embargo, esta finalidad, unida a las medidas legales de defensa y garantía del ahorro, hace que la figura se desvincule del préstamo (se le está cediendo la titularidad del dinero para que lo administre y posteriormente lo restituya).

La entidad de crédito tiene la capacidad de utilizar el saldo positivo para compensar el negativo que tenga en otras cuentas. Es lo que se denomina *compensación entre cuentas*, lo cual tiene que ser pactado. De hecho, utiliza esta relación jurídica de depósito, que se caracteriza en que el elemento esencial es la cesión de la disponibilidad de lo depositado, para obtener capital, lo que constituye el segundo rasgo de irregularidad.

En cuanto a los tipos de depósitos bancarios según su titularidad se pueden clasificar en individuales o colectivos. En primero lugar, nos referimos a un depósito indistinto o solidario que supone que cada una de las personas tiene titularidad individual y separada de los demás en cuanto a lo depositado, de esta manera cualquiera de las partes podrá disponer de lo depositado. En segundo lugar, hablamos de depósito mancomunado, que destaca por la necesidad de la firma de las demás partes para que una de ellas pueda disponer del depósito.

Si nos referimos al crédito de depósito que se constituye lo podemos clasificar en los que se relacionan: depósito a la vista⁴⁷, en el cual el depositario debe restituir el dinero depositado en el momento en el que el depositante lo solicite. Normalmente va vinculado a la constitución de una cuenta corriente o libreta de ahorro. El saldo fluctúa en función de los pagos y cobros que se realicen de acuerdo con las órdenes del depositante. Lo normal

⁴⁷ Art 15. Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

es que sea de carácter indefinido o que se renueve de forma periódica. Además, habrá una liquidación periódica de los intereses que se hubieran generado. El interés es mucho menor que en un depósito a plazo, ya que la entidad no sabe hasta cuándo va a disponer de ese crédito.

La segunda forma es el depósito a plazo⁴⁸, en el que la entidad asume la liquidación de un interés mayor, ya que conoce el tiempo que va a poder disponer de la cantidad depositada. Es una forma de inversión para el cliente y para la entidad. En función de ello, se constituyen otras formas de depósito que le generan mayor rentabilidad al cliente: depósito de bolsa y estructurado. Se constituyen unas libretas de crédito y las entidades emiten unos certificados de depósito, que son unos documentos que incorporan el derecho del cliente a la restitución del depósito. Es un mecanismo de inversión, ya que la entidad abona al depositante unos intereses mayores debido a la duración del depósito. En el caso de que se solicite la restitución antes del tiempo pactado, el depositante será penalizado. Para la entidad de crédito es una forma de inversión, ya que le permite realizar gestiones que con el depósito a la vista no podía. Esta modalidad posee naturaleza *sui generis*, puesto que presenta rasgos característicos con el contrato de préstamo, debido a la temporalidad vinculada al depósito. Este contrato se diferencia del préstamo, en la obligación de custodia de lo depositado, lo que hace que predominen las características del depósito frente al préstamo.

1.2. Contenido obligacional

El contrato de depósito bancario genera obligaciones para ambas partes de la relación contractual, pues se trata de un contrato de carácter bilateral. En este sentido, el que ostenta la condición de depositario que es la entidad de crédito se compromete a la conservación y custodia de la cosa depositada, salvo que por autorización se pueda delegar. Dicha autorización, la tiene que realizar el depositante. Esta obligación permite distinguir el depósito de otras relaciones jurídicas, donde la custodia no es la obligación esencial.

Le corresponderá también a la entidad de crédito la vigilancia sobre la correcta conservación de las cosas depositadas ya que se pretende evitar que la cosa se vea involucrada en algún riesgo, así como restituir cualquier avería o perjuicio, informando en todo momento al depositante del estado de las cosas. También debemos mencionar el régimen de responsabilidad del depositario⁴⁹, en virtud del cual, se le imputa la asunción de

⁴⁸ Art 16. Orden EHA/2899/2011.

⁴⁹ Art. 306 del Código de Comercio.

los perjuicios debidos a su culpa o negligencia, y también los propios de la naturaleza de las cosas depositadas y sus vicios si no hizo lo necesario para evitarlos. No respondiendo, sin embargo, en los supuestos de cosa fortuita o fuerza mayor, aunque debe cargar con la prueba respecto de haber empleado las medidas necesarias para conservar y custodiar diligentemente las cosas. Al igual que también deberá defender la cosa ante posibles riesgos externos.

Otra de las obligaciones del depositario será la de restituir la cosa según los términos del contrato, incrementada en los casos en los que el objeto depositado tenga un aumento de valor. Si no hay disposiciones en el contrato, se acude al Código de Comercio. En el caso de que no se consiga resolver el problema, se acudirá al régimen de las normas generales del Derecho común.

En cuanto al cliente bancario (depositante) es el que constituye el depósito de su numerario con la entidad de crédito, ha de cumplir con la obligación esencial de entregar la cantidad que es objeto del depósito. Es decir, deberá retribuir lo que hubiese convenido⁵⁰. La onerosidad caracteriza a esta modalidad contractual, por tanto en el supuesto de que no se hubiere pactado nada al respecto, la cuota de retribución se hará de acuerdo a los usos de comercio. Lo normal es que en los contratos de depósito, las tarifas estén prefijadas.

También deberá asumir el reembolso de los gastos ocasionados por la conservación de la cosa y la indemnización por los posibles perjuicios que el depósito le hubiese ocasionado. En el depósito, estas actividades de colaboración que realizan las entidades de crédito son más que necesarias para que el cliente pueda trasladar a otras entidades las operaciones financieras más frecuentes que empleen como soporte un depósito a la vista.

En relación a los depósitos a plazos, los documentos incluidos en el contrato deberán reflejar de forma clara que la entidad tiene la obligación de reembolsar el depósito al vencimiento y su tipo de interés nominal. En cuanto a la publicidad y a la información contractual que se debe dar en un depósito, será de vital importancia la referencia y la adhesión por parte de la entidad al Fondo de Garantía de Depósitos⁵¹.

⁵⁰ Art. 304 del Código de Comercio.

⁵¹ Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. (BOE núm. 307, de 21 de diciembre de 1996).

CAPÍTULO CUARTO. OPERACIONES NEUTRAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO CON EL CONSUMIDOR O CLIENTE BANCARIO.

Las operaciones neutras o también denominadas de gestión que los clientes llevan a cabo con las entidades de créditos son relaciones contractuales en las que éstas ni ofrecen ni reciben créditos, únicamente lo que hace es gestionar el crédito ajeno. Es decir, a diferencia de las operaciones que ya hemos visto anteriormente, aquí la entidad no se sitúa ni como acreedora ni como deudora frente al cliente bancario.

Algunas de las operaciones neutras de mayor relevancia en la práctica van a ser: el giro, la transferencia y la domiciliación de recibos. En el primer caso, el banco recibe o carga en la cuenta de su cliente una cantidad de dinero que pone a disposición de otro en una plaza distinta. Hay uno presta a disposición de dinero sin necesidad del traslado de dinero. Se realiza a través de órdenes de pago que las entidades de pago dirigen a su sucursal. Por su parte, la transferencia supone el traspaso de un crédito de una cuenta bancaria a otra en la misma entidad o en otra distinta. Se entra en el servicio de caja. El banco recibe órdenes de su cliente y el banco debe cumplirlas, con las anotaciones correspondientes de cargo y abono. Por último, la domiciliación de recibos consiste en el pago que realizan los bancos respecto de las deudas de sus clientes de los pagos que estos tengan pendientes con distintas entidades. El banco ha de cumplir las indicaciones que realice el cliente respecto de la domiciliación. A cambio el banco cobra una determinada comisión al cliente. El cliente se obliga a tener habilitada la cuenta correspondiente para que el banco pueda hacer dichos pagos.

Las cuentas corrientes son otro tipo de operación neutra en las que se estipula un acuerdo para compensar créditos y deudas que tienen los clientes en un banco. Se pierde la individualidad de las operaciones de debe y haber y se compensan de forma automática. Se distingue entre bancaria, que se produce cuando hay un saldo inmediato en la cuenta; mientras que en la mercantil no hay saldo inmediato y es necesario esperar para compensar. Es necesario como condición previa que haya un saldo a favor del cliente con independencia del origen, que permita la compensación de las operaciones. También tiene un servicio de caja. La entidad realiza los pagos y abonos en función de las instrucciones que le dé el cliente.

En todas ellas existe un denominador común y es que se trata de relaciones en las que el cliente le da unas indicaciones a la entidad de crédito para que ésta lleve a cabo una operación mercantil o acto de comercio, a cambio de una remuneración (salvo que se pacte expresamente la gratuidad).

La entidad de crédito, respecto de las operaciones neutras o de gestión a las que hemos aludido, actúa como comisionista. En el sentido de que, debe cumplir con las órdenes del cliente, realizar los asientos, anotaciones contables, dar información del saldo de la cuenta, dar extracto. El cumplimiento del encargo siguiendo las indicaciones implica que el comisionista queda liberado aunque se exige al comisionista la diligencia de un buen profesional y actuar de acuerdo con los intereses del comitente. Además, al ser un contrato basado en la confianza de las partes, se exige que el cumplimiento lo haga el comisionista, no siendo posible que delegue el encargo en un tercero a menos que haya una autorización expresa por parte del comitente. La entidad deberá de compensar sin ningún coste los saldos de acreedor y deudores que derivan de las operaciones de cobro y pago. En cambio, el cliente, tal y como se establece en el Código de Comercio, debe realizar la provisión de fondos aunque esta no sea de carácter obligatorio. Sólo lo será una vez que el comitente ponga a disposición del comisionista la suma que se necesitare⁵². También deberá abonar la parte correspondiente por el servicio realizado, tener un saldo favorable y debe de conservar los cheques de forma diligente. En cuanto a la información, la entidad deberá proporcionar al cliente una información periódica en la que debe contener la cantidad, el concepto y la fecha del extracto, así como deberá ser de forma gratuita, y al menos de forma mensual.

Es una operación que se realiza entre tres partes: empresario (arrendatario) que tiene la necesidad de determinados bienes, el fabricante o vendedor de bienes y las sociedades de leasing (entidad de crédito). La entidad adquiere del fabricante los productos como titular, porque el arrendatario no dispone del crédito necesario para adquirirlo. Lo adquiere y se lo cede al empresario a cambio de abonar unos pagos periódicos y teniendo la posibilidad de realizar la compra en el plazo estipulado. Llegado el plazo el empresario puede abonar el precio residual y adquirir la titularidad.

CAPÍTULO QUINTO. DEBER DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN LAS OPERACIONES BANCARIAS.

1. Disposiciones normativas aplicables.

El estudio del deber de transparencia que asumen las entidades de crédito en sus relaciones de intermediación en el mercado del crédito con sus clientes hace necesario

⁵² Art 250 del Código de Comercio.

analizar diversos textos jurídicos de referencia. Se trata de disposiciones que, no obstante, se encuentran recogidas en diversas normas y otras que emanan de órdenes ministeriales. Si bien, de manera somera haremos referencia a las normas de mayor relevancia y que indicamos a continuación distinguiendo entre leyes y otros textos de trascendencia práctica.

En primer término, las normas de relevancia en este sentido son:

Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecario que supone la regulación de la subrogación de las entidades financieras por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos.

Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores en la que se regula el régimen específico que se utilizará en los contratos con los mismos.

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

Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo que trata sobre la regulación del mercado hipotecario, así como normas del sistema financiero.

Ley 2/2009 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.

Ley 16/2009 de servicios de pago y de transparencia e información respecto a los consumidores.

Real Decreto 712/2010 de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

Real Decreto-ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Real Decreto-ley 6/2013 de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Además de este grueso normativo, conviene detenerse en las órdenes ministeriales de importancia en la materia de la información. Cuales son:

Orden ECO/734/2004 sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

Orden EHA/1608/2010 sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Orden EHA/1718/2010 de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

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

Orden ECC/2502/2012 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.

Orden ECC/2316/2015 relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.

Por último, cabe hacer alusión a textos jurídicos menores, como lo son las circulares, en cuyo caso destacan:

La Circular 6/2010 del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios; y la Circular 5/2012 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.

2. La transparencia en las operaciones bancarias

2.1. Textos legales de referencia

El estudio del deber de transparencia que asumen las entidades de crédito en sus relaciones de intermediación en el mercado del crédito con sus clientes hace necesario analizar diversos textos jurídicos de referencia. Se trata de disposiciones que, no obstante, se encuentran recogidas en diversas normas y otras que emanan de órdenes ministeriales. Si bien, de manera somera haremos referencia a las normas de mayor relevancia y que indicamos a continuación distinguiendo entre leyes y otros textos de trascendencia práctica.

En primer término, Ley de Economía Sostenible (en adelante, LES)⁵³ establece que las entidades de crédito antes de celebrar un contrato de crédito o de préstamo con los clientes bancarios, debe que estudiar y analizar la solvencia, así como de la conveniencia

⁵³ Ley 2/2011 de Economía Sostenible. (BOE núm. 55 de 05 de Marzo de 2011).

para el sujeto en particular del que se trate. Para lo cual es esencial disponer de una información suficiente. Esta información también será la facilitada por el propio cliente, así como se tendrán en cuenta las normas específicas sobre control interno que le son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica⁵⁴. La LES intentó llevar a cabo una mejora esencial a la hora de analizar la situación de los clientes, por ello es a partir de esta Ley cuando se empieza a conocer en España el “préstamo responsable”, esto es que la persona que solicite un préstamo deberá hacerlo de forma razonable y estando seguro de que va a ser capaz de atenderlo, para lo que necesitará estar bien informado así como formado. La LES, ha dado lugar a que las entidades de crédito se vean obligadas a evaluar la solvencia en la celebración de los contratos, normalmente a la hora de conceder créditos y préstamos, de esta manera, se protege a aquellos clientes a los que se le han proporcionado préstamos abusivos e irrazonables. Ya que no deberían haber sido concedidos por las circunstancias personales del cliente, así como por los intereses que se hubieren establecido. Por tanto, se puede decir que la LES, además de haber supuesto un avance en materia de la transparencia bancaria, también ha dado lugar a que las entidades de crédito asuman una mayor responsabilidad a la hora de conceder los préstamos.

En consecuencia, la finalidad de la LES es la tutela del cliente por parte de las entidades de crédito para que en las situaciones en las que el cliente sea un consumidor o usuario se obligue a la entidad a facilitar la información previa al contrato correspondiente, y las explicaciones que se necesiten para ver si los productos bancarios que se le ofrecen se adaptan realmente a sus necesidades, bien se trata de un depósito a plazo, un crédito o un préstamo (hipotecario o personal).

Por otro lado, la Ley de Crédito al Consumo⁵⁵ es de aplicación a los contratos en los que el prestamista concede a un cliente un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o alguna forma similar de financiación. También se incluyen, para mejorar la información que recibe el consumidor, de manera que regula de forma específica la información que debe aparecer en la publicidad y en los anuncios de las ofertas en los que se ofrezca la celebración de un contrato de crédito.

2.2. Otras disposiciones jurídicas

⁵⁴ Art. 29 Ley 16/2011 de crédito al consumo. (BOE núm. 151 de 25 de Junio de 2011).

⁵⁵ Ley 16/2011 de crédito al consumo.

Atendiendo al contenido de las órdenes ministeriales, conviene detenerse en la Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ⁵⁶, la cual tiene como principal objetivo la protección de los clientes bancarios frente a las entidades de crédito, así como garantizar una mayor transparencia que asegure claridad y facilidad para cualquier persona. Es en ella en la que se desarrolla lo anteriormente mencionado con respecto a la LES. Para que exista esta facilidad, será necesario que se produzca un asesoramiento efectos de que el cliente pueda elegir la mejor opción en su beneficio y en función de sus condiciones personales. Esta Orden no es una clasificación de las prácticas bancarias, sino que es una normativa imperativa de ordenación y disciplina y su incumplimiento es sancionable, tal y como se regula en la LDIEC.

La publicidad de los servicios bancarios ha de ser clara, transmitida de manera objetiva y en ningún caso podrá ser engañosa, lo que implica que, en caso de no ser así, la persona afectada podrá ponerlo en conocimiento del Banco de España⁵⁷. En cuanto a la información que deberá recibir el cliente con anterioridad al contrato, la información precontractual, deberá ser gratuita para poder comparar con las ofertas realizadas por otras entidades de crédito.

Una vez formalizado el contrato, las entidades de crédito entregarán al cliente el contrato en que se formalice el servicio recibido sin ser necesario que el mismo lo solicite. Se deberá informar de forma implícita al cliente, principalmente y de manera específica en los contratos de crédito, préstamos y en los depósitos en los siguientes aspectos:

- El tipo de interés nominal, conforme a lo que establece el Banco de España.
- Las fechas de devengo y liquidación de los intereses.
- Las comisiones con la correspondiente información de la cuantía, así como las fechas de devengo y liquidación.
- La duración.
- Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación de algunos de los apartados anteriores.
- Los derechos y obligaciones del cliente si cancela la operación que realice.

La entidad deberá transmitir la información de manera clara, no podrá omitir ningún tipo de información que beneficie sus intereses y perjudique los del cliente, y deberá asegurarse de que da las explicaciones suficientes y adecuadas para que sea

⁵⁶ EHA/2899/2011.

⁵⁷ Orden EHA/1718/2010 de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. (BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010).

comprendido su servicio bancario, que en consecuencia, pueda dar lugar a una decisión informada.

De forma particular respecto de la materia que nos ocupa, conviene destacar las previsiones contenidas en la Circular 5/2012, del Banco de España, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. En dicho texto se indica la necesidad y la obligación de informar al público mediante el envío de manera trimestral de los tipos de interés y comisiones al Banco de España, así como la información precontractual, contractual y posterior al contrato. Este deber resulta de obligado cumplimiento y se deberá reflejar e informar también de los tipos de interés establecidos en el momento del contrato⁵⁸. Por consiguiente, el principal objetivo de la presente Circular es la prudencia y la responsabilidad por partes de las entidades a la hora de realizar cualquier tipo de contrato, teniendo en cuenta, por supuesto, la solvencia del deudor.

El ordenamiento jurídico exige respecto de la celebración de contratos que su contenido cumpla con el deber de transparencia. Esta exigencia tiene como objetivo dar al consumidor la información necesaria en el momento de la realización de un contrato para que tenga conocimiento claro y preciso del elenco de cláusulas con las que se vincula al momento de contratar.

En consecuencia, la transparencia es un requisito esencial y previo para garantizar que ambas partes serán beneficiarias del contrato a realizar, así como para asegurar que haya un equilibrio entre ambas. En particular, en el caso de los contratos bancarios, al ser relaciones jurídicas tipo que se celebran imponiendo al consumidor condiciones generales. Las normas de inclusión de las mismas establecen los requisitos que se deben de cumplir. El cumplimiento de estas normas corresponde al empresario y una vez que se acepten por parte del cliente bancario, quedará vinculado a las mismas. Ahora bien, el incumplimiento de los presupuestos normativos no supone la anulación del contrato, pero sí la anulación de las cláusulas que sean consideradas como abusivas por resultar opuestas a Derecho.

La transparencia está muy relacionada con el deber de información, es decir, con el derecho que tiene el usuario o consumidor de conocer lo que se establece en el contrato. En caso de que falte información o hubiere dificultad para acceder a ella, se estaría

⁵⁸ Circular 5/2012, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. (BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012).

limitando al consumidor una facultad reconocida en las disposiciones normativas de aplicación y a las que nos hemos referido con anterioridad. Es importante hacer referencia a la buena fe cuando se habla de la información que se debe proporcionar al cliente bancario, puesto que es un elemento de indudable trascendencia en el momento de celebración del contrato.

La transparencia de los contratos tiene como finalidad la defensa del consumidor. La confianza en la contraparte es un punto esencial para cliente, a partir del cual el mismo decidirá si contratar o no. Se trata de un concepto reciente, de hecho, muy pocos países han establecido una política de transparencia en los contratos bancarios que se concluyen con los consumidores. Es esencial que haya una gran exigencia a la hora de no omitir información, es decir, las condiciones generales de la contratación deben incluir todo tipo de información que cualquier cliente pueda comprender fácilmente. A mayor transparencia e información, más fácil será la observancia y cumplimiento de la relación entre las partes contratantes. Las principales consecuencias de la falta de transparencia en la celebración de contratos con los consumidores son generalmente respecto de los intereses económicos del empresario, lo que da lugar a la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor.

En cuanto a la transparencia en los contratos bancarios, es esencial la existencia de una información clara, suficiente y completa debido a que los contratos bancarios son contratos de adhesión. Razón que incrementa la exigencia de la observancia y seguimiento de las propias condiciones generales que componen la relación contractual. Por ello, toda entidad financiera se encuentra sometida a supervisión por parte del Banco de España. Dicha entidad también deberá vigilar que estos requisitos y condiciones se cumplan por las entidades financieras, así como se encarga de analizar las relaciones que se concluyen con los clientes.

El Tribunal Supremo considera que la falta de transparencia en contratos bancarios con los consumidores es una cláusula abusiva que no determina la nulidad del contrato por completo, pero sí la nulidad de la cláusula que se trate. Sin embargo, y a pesar de que los consumidores cada vez son más exigentes, también deben ser responsables de sus decisiones siempre que cuenten con la información necesaria y adecuada para poder tomar una decisión racional en función de las preferencias que se tengan en función de cada caso en concreto.

Las operaciones bancarias activas, como se ha indicado, se caracterizan por cuanto son las entidades de crédito las que actúan proporcionando crédito a los clientes a través de

distintas modalidades (préstamo, apertura de crédito o descuento bancario). En este sentido, el deber de transparencia e información que pese sobre la parte que ostenta la condición de prestamista hace referencia a diversos momentos de la relación contractual.

Previamente a la celebración del contrato de activo de que se trate, la entidad prestamista precisará de un estudio sobre la situación del cliente para así determinar si se encuentra en condiciones de cumplir las obligaciones que resultan de la celebración del mismo.

La transparencia de los servicios bancarios en materia de crédito, se encuentran regulados en la Ley de contratos de crédito al consumo⁵⁹. De la misma manera, a lo no previsto en esta Ley, le será de aplicación lo previsto en la orden tratada.

Una de las fuentes de esta información que necesita la entidad, será la facilitada por el propio cliente. Toda entidad de crédito tiene un determinado procedimiento destinado a evaluar la situación del cliente. Esta información que deriva de la investigación al principio de la relación entre ambos, se irá realizando de forma periódica. En esta información sobre el cliente deberán aparecer algunos factores como la situación de ingresos, ahorros, empleo; se deberá valorar la capacidad del cliente así como si dispone de activos en propiedad; gastos fijos u otras deudas que pudiera tener pendiente. Este análisis de la situación del cliente no debe perjudicar en ningún momento la contratación, simplemente tiene la única finalidad de prevenir una situación de insolvencia posterior perjudicando gravemente al mismo.

El contrato de crédito al consumo se caracteriza por el deber de evaluación de la solvencia, que se exige por la Orden EHA/2899/2011, en la que se refiere a cualquier contrato de préstamo y, por tanto, se incluye el crédito al consumo, se establece la necesidad de evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones que derivan del propio contrato. Además, se regula en la Ley de contratos de crédito al consumo⁶⁰ en la que se establece que el prestamista se compromete a conceder, o concede a un consumidor un crédito mediante cualquier medio de financiación, así como excluye de este tipo de contratos a aquellos cuyo objeto sea proporcionar bienes del mismo tipo o prestar de forma habitual servicios. Para que exista crédito, por tanto, el pago deberá realizar posteriormente a la entrega de la cosa o prestación del determinado servicio. Su finalidad es la regulación de aquellas relaciones entre una persona física o jurídica y un consumidor. El primero concede un crédito al consumidor en forma de préstamo, pago aplazado u otra forma de financiación, siempre que tenga como finalidad satisfacer necesidades personales.

⁵⁹ Ley 16/2011 de crédito al consumo.

⁶⁰ Art 1.1 y 1.2 Ley 16/2011 sobre contratos de crédito al consumo.

El consumidor es ajeno a cualquier actividad empresarial. la información, la cual se recoge en la base de datos, en este tipo de contrato deberá ser establecida en papel o en soporte duradero independientemente de si es con carácter previo al contrato, durante su vigencia así como para su extinción. El deber de información previo que existe para este contrato es el mismo que el establecido en el contrato de crédito⁶¹.

Por otro lado, una vez que la operación activa de que se trate se hubiera concluido, el deber de información y transparencia también ha de observarse. En este sentido, nos referimos en el caso del préstamo bancario a la necesidad de que Las entidades de crédito comuniquen al cliente de forma mensual y sin ningún tipo de coste, los movimientos que se hayan producido en su cuenta corriente. En la misma, deberá constar la fecha, cuantía así como el importe de la operación que se hubiere realizado. Asimismo, se tendrá que facilitar al cliente una copia de todas las operaciones que se realicen.

⁶¹ Arts 10 y 12 Ley 16/2011 sobre contratos de crédito al consumo.

CONCLUSIONES

La pérdida de capacidad económica durante los años de crisis, ha dado lugar a que numerosas familias y clientes bancarios no hayan podido hacer frente a las cuotas que derivaban de los préstamos que le habían sido concedidos y que, en su mayor parte, están garantizados mediante derechos reales, como el de hipoteca. Es cierto que en múltiples casos se podría haber evitado esta situación si las entidades hubieran actuado con diligencia y responsabilidad a la hora de analizar la solvencia del cliente e informarles debidamente en el momento de la celebración de esta operación activa en la que les han proporcionado el crédito necesario. Consecuencia de lo cual, se ha originado una pérdida de confianza en el sistema financiero español. Más aún, si tenemos en cuenta que no sólo las personas físicas han sido las afectadas por la situación indicada, sino que también ello ha abarcado empresas de construcción, así como el Estado, las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos u otros entes públicos, los cuales se han visto inmersos en un sobreendeudamiento.

Las entidades financieras no dejan de ser empresas que tratan de obtener un beneficio patrimonial de las operaciones contractuales que concluyen con sus clientes. Si bien, en particular en el caso de los que ostentan la condición de consumidor, el contenido de los contratos concluidos entre ambas partes puede generar un desequilibrio relevante en los intereses particulares de estos últimos, dando lugar a las calificadas como cláusulas abusivas. A este respecto, la falta de observancia del deber de información y transparencia por parte de las entidades de crédito supone una desventaja para el consumidor que, pese a haberse comprometido con los términos o condiciones del contrato, el ordenamiento jurídico trata de proteger. Siendo requisito fundamental para evitar estas situaciones, que el Banco de España asuma que la protección del cliente bancario es esencial para la estabilidad y confianza del sector bancario.

Pues, la declaración del carácter abusivo de una condición, como es el caso de las cláusulas suelo en las que no se hubiera informado debidamente al cliente ni cumplido las exigencias de transparencia, es declarada nula de pleno Derecho. De hecho, actualmente, hay varias disposiciones que forman el marco normativo aplicable al planteamiento indicado en relación con las operaciones bancarias. Éstas son: la LES cuyo ámbito de aplicación afecta a cualquier entidad prestamista y otras referencias normativas como la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012 que sólo han de atender las entidades bancarias, y la Ley en 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. lo aplica tanto a las entidades bancarias como no bancarias.

De acuerdo con lo anterior, las conclusiones que de la elaboración de este trabajo podemos extraer son las siguientes:

- Los contratos bancarios son relaciones contractuales tipo, es decir que su contenido será fijado por escrito y normalmente será la entidad financiera la que imponga los modelos de contratación, debiendo el cliente adherirse a los mismos en función del Banco o Caja que se trate. Y ello, en ocasiones, implica un desequilibrio de los intereses de las partes contratantes.

- La declaración de abusivas de una condición general en un contrato da lugar la nulidad de la misma, manteniéndose vigente e íntegro el resto del contrato.

- Las características mencionadas y que distinguen los contratos u operaciones que se concluyen con las entidades de crédito y, en particular, los celebrados con consumidores hace que sea preciso tutelar los intereses particulares de estos últimos.

- El ordenamiento jurídico, a tal fin, prevé de forma amplia un deber de información y transparencia como compromiso exigible a las entidades de crédito en las relaciones contractuales que celebren con los clientes.

- Necesidad de buscar una solución porque la normativa es demasiado amplia y hay un grueso de textos normativos menores (Circulares, recomendaciones del Banco de España, etc).

- Finalmente, concluimos con la necesaria reforma normativa en un doble sentido: aprobando un único texto en relación con el deber de información y transparencia en cualquier tipo de operación bancaria que concrete las exigencias a cumplir y que, al mismo tiempo, unifique la diversidad normativa existente en este sentido. O bien, una reforma menor de textos específicos como la Ley Hipotecaria con la pretensión que suponga un incremento del deber de transparencia para evitar la opacidad que existe en ciertos supuestos.

JURISPRUDENCIA

- STS de 14 abril 1980 (R 1415/80), y posteriormente en STS de 12 diciembre de 1987 (R 418587).
- SSTs de 21 de marzo de 1988, 1 de diciembre de 1989, 25 marzo 1993.
- STS. De 19 enero de 2006[RJ.2006, 2658], la SAP de La Coruña de 1 febrero de 1995[AC. 1995, 439].
- SAP de Cádiz (Secc 6ª), de 10 enero de 2006, [JUR. 2006,180907].

LEGISLACIÓN

- Ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación.
- Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecario que supone la regulación de la subrogación de las entidades financieras por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos.
- Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores en la que se regula el régimen específico que se utilizará en los contratos con los mismos.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo que trata sobre la regulación del mercado hipotecario, así como normas del sistema financiero.
- Ley 2/2009 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.
- Ley 16/2009 de servicios de pago y de transparencia e información respecto a los consumidores.
- Real Decreto 712/2010 de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.
- Ley 16/2011 sobre contratos de crédito al consumo.
- Ley 2/2011 de Economía Sostenible.
- Real Decreto-ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Real Decreto-ley 6/2013 de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.
- Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 10/2014, de 26 junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

- Orden ECO/734/2004 sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- Orden EHA/1608/2010 sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.
- Orden EHA/1718/2010 de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.
- Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Orden ECC/2502/2012 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.
- Orden ECC/2316/2015 relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.
- Circular 6/2010 del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.
- Circular 5/2012 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.

APLICACIÓN PRÁCTICA

En la actualidad, un claro supuesto de aplicación práctica sobre la materia es el surgido en relación con determinadas cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria y que han sido calificadas de abusivas. Tales como: el vencimiento anticipado (el prestamista puede pedir lo pactado antes de la fecha que se haya fijado, en el caso de que haya existido un incumplimiento del pago), la imposición del interés de demora, la liquidación unilateral de la deuda, las comisiones y las conocidas como cláusula techo y suelo que van a indicar límites a la variación del tipo de interés (si es el mínimo es el suelo y si se trata del máximo será el techo). Aunque, como es sabido, la que mayor repercusión ha tenido es la referida al suelo.

En estos momentos, la situación que se están dando con las entidades financieras españolas es que se les ha impuesto la devolución íntegra del dinero que fue cobrado en su día gracias a las cláusulas suelo, que han sido declaradas abusivas en las hipotecas. Esto provocó un perjuicio a los clientes ya que no se pudieron beneficiar de las rebajas de los tipos de interés. Por ello, el TJUE ha ordenado la devolución total de aquellas cláusulas que se aplicaron en el momento de su celebración sin cumplir con el deber de transparencia impuesto por la norma.

La sentencia que marca un hito en la materia es la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013, en la que se declara el carácter abusivo de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, esencialmente por la falta de transparencia en la redacción de las mismas y de información clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. A pesar de ello, el TS declaró la irretroactividad de la resolución, por lo que la nulidad de las cláusulas no tenía efectos en cuanto a la continuidad del contrato ni a los pagos ya efectuados. Le siguieron otros pronunciamientos en un sentido similar, SSTs de febrero y marzo de 2015.

No obstante, el TJUE ha cambiado este pronunciamiento (STJUE de 21 de diciembre 2016, por la que se obliga a las entidades de crédito, además, a devolver lo cobrado indebidamente a los clientes por la falta de transparencia de las cláusulas suelo. Es decir, desde el momento de la suscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

En este sentido, nos encontramos en una situación de incertidumbre tanto desde la perspectiva de las entidades de crédito, como de los clientes y es por ello que en este momento el Gobierno está trabajando para alcanzar medidas de carácter extrajudicial (acuerdos entre clientes y entidades de crédito) que –como mecanismo alternativo a la vía judicial- permita solventar las situaciones particulares en cada caso. Aunque se trata de una opción que debemos calificar de positiva y acertada, consideramos que lo deseable sería una reforma normativa del texto de la Ley Hipotecaria que suponga un incremento del deber de transparencia para evitar la opacidad que puede surgir de una cláusula suelo o de

cualquier otra que esté en un contrato hipotecario y que unifique la diversidad normativa existente en este sentido.

BIBLIOGRAFIA

- ALFARO ÁGUILA REAL J. (2000), *Apertura de Crédito*, cit. p. 495.
- BETANCOR SÁNCHEZ, V. /ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. (2006), *De la esclavitud documental a la ausencia de documento en el descuento bancario*.
- BROSETA PONT, M., MARTINEZ SANZ, F. (2011), *Manual de Derecho Mercantil, Madrid*.
- CACHÓN BLANCO, J. (1998), *El contrato bancario de apertura de crédito*, en *Contratos bancarios y parabancarios*, Nieto Carol, Valladolid.
- GARRIGUES, J. (1975.), *Contratos bancarios*, Madrid.
- GUTIERREZ GILSANZ, J. (2007), *El contrato de apertura de crédito en La Contratación Bancaria*, Madrid.
- MACÍAS CASTILLO A. (2007), *Deber de información por parte de la entidad bancaria en la formalización de crédito hipotecario*, Actualidad civil, Nº 13, págs. 1596-1599.
- MIGUEL EMBID IRUJO, J. (1997), *Contrato bancario y cuenta corriente bancaria: Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad*.
- SALAZAR REVUELTA, M. (2013), *El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos*.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J., (1978), *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Ed. Montecorvo, Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2012), SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, Navarra*.
- SÁNCHEZ MIGUEL M^a. C. (1991), *Préstamos*, p. 274 y 276.
- STIGLITZ, RÚBEN S. (2010), *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2002), *Determinación del contenido del contrato. Presupuestos y límites a la libertad contractual*. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 73.