

**RECENSIÓN DEL LIBRO *TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA
BANCARIA* ***

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

Fecha de publicación: 21 de noviembre del 2016

Esta obra, que comienza con un interesante prólogo en el que el autor adelanta algunas conclusiones importantes, está dividida en cuatro capítulos. El primero, dedicado al concepto de contrato bancario, su elemento subjetivo (entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito), características, clasificación, y a las fuentes del Derecho contractual bancario. Considera el autor que no es admisible que un sector del tráfico jurídico de tanta trascendencia social y económica, como es la contratación bancaria, esté totalmente huérfano de regulación sustantiva específica.

Hay que destacar la reflexión del autor sobre la evolución de la terminología jurídica hacia la expresión de “servicios y productos bancarios”, que procede de la normativa europea, concretamente de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. También se utiliza en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Este precepto emplea la denominación de “protección del cliente de entidades de crédito” y faculta al “Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios”. Así lo hace en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Esta terminología no gusta al autor, pues el término “productos” es estandarizado, hecho en serie y, por ende, despersonalizado, todo lo contrario de lo que debe ser un contrato en general, y el bancario en especial, donde el elemento subjetivo tiene que ser el prevalente.

También en este primer capítulo, distingue los conceptos de “transparencia” y “protección de la clientela bancaria que suelen tomarse como análogos aunque haya

* Referencia del libro: UBALDO NIETO CAROL, U.: *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2016, ISBN: 978-84-9099-861-8.

sustanciales diferencias. La propia exposición de motivos de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, incurre en esta confusión dando un “concepto económico” de lo que se entiende por “transparencia”.

Transparencia en sentido jurídico, dice Ubaldo Nieto Carol, es la posibilidad de conocer y entender fácilmente el contenido de la posición contractual de cada parte, de sus derechos y obligaciones. Según el Diccionario de la Real Academia Española algo es “transparente” cuando es “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

La “transparencia”, en cuanto dota de mayor grado de información a la otra parte contratante, sirve para proteger a la clientela bancaria. Pero la “transparencia” no sólo beneficia al cliente bancario; sino a todo el mercado porque lo hace más eficiente ya que “transparencia” es, también, como señala el autor, un concepto económico.

Pero no toda norma destinada a proteger al cliente bancario tiene que ver con la transparencia. Normas de protección de la clientela son también aquellas que dan cauces a las reclamaciones de los clientes, como es el caso del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, las referentes a la concesión responsable de préstamos y créditos y a la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo, la regulación del uso de condiciones generales en los contratos, lo que ocurre siempre en la contratación bancaria, la prohibición del uso de cláusulas abusivas con consumidores y usuarios o las que regula específicamente los contratos de crédito con éstos o las limitaciones cuantitativas a los tipos de interés o a las comisiones.

El capítulo segundo del libro describe la normativa general de protección de la clientela bancaria. Distingue el autor, en primer lugar, en tanto los contratos bancarios son contratos de adhesión, la regulación que protege a todo adherente (persona física o jurídica) y, por tanto, al cliente bancario en tanto en cuanto lo es. Estas normas son las de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. El autor estudia su aplicabilidad a los contratos bancarios, los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, las reglas de interpretación, las acciones contra la utilización de condiciones generales, el registro de condiciones generales, la información sobre condiciones generales y el papel de los fedatarios públicos.

El segundo conjunto normativo es el destinado a la protección de los contratantes que reúnan la condición de consumidor o usuario donde se incluye el control de las cláusulas no negociadas individualmente y, en especial, de las cláusulas abusivas (recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) y otra, todavía más concreta, para los contratos

de crédito celebrados por éstos (Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

Por último, está la normativa sectorial específicamente bancaria que regula la transparencia y la protección de la clientela que se concreta básicamente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos a cuyo análisis el autor dedica los otros dos capítulos del libro.

En el capítulo tercero estudia gran parte de la normativa llamada de transparencia y protección de la clientela bancaria recogida en la normativa antes citada. La ya señalada ausencia de normas con rango de ley que regule los contratos bancarios ha propiciado, como señala el autor, que el Derecho contractual bancario se nutra de disposiciones de procedencia administrativa. “La técnica legislativa (así el art. 48 LDIEC de 1988 y hoy el art. 5 LOSSEC) ha consistido en habilitar al Ministerio de Economía para establecer las reglas precisas a las que han de ajustarse las entidades de crédito en sus relaciones contractuales con clientes, luego desarrolladas, a su vez, por circulares del Banco de España. Esta deslegalización de la materia contractual bancaria las ha convertido, de hecho en fuentes materiales de creación del Derecho contractual bancario, con amplias facultades para la fijación de las condiciones mínimas que deben presidir la actuación de las entidades de crédito, siempre, claro está, dentro del lógico respeto a la libertad de contratación y a las disposiciones legales de obligatoria observancia (*ius cogens*)”.

La primera crítica que hace Ubaldo Nieto a esta normativa es su condición de administrativa y, por tanto, de las consecuencias que su incumplimiento conlleva. Si tuviera rango de ley su infracción podría ser directamente alegable ante los tribunales de justicia.

La segunda crítica se concreta en la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación que excluye, con carácter general, a las personas jurídicas y a las personas físicas cuando actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Y ello porque, en este último caso, las partes pueden acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Orden, lo que ocurre en la práctica siempre porque así se impone en el clausulado contractual redactado por la entidad de crédito.

Hasta la entrada en vigor de esta Orden la disciplina bancaria se refería al “cliente bancario” sin distinciones, de manera que podía entenderse como tal cualquier persona física o jurídica que concertara un contrato bancario con una entidad de crédito. Por eso el autor entiende que los redactores de la normativa vigente han roto con la noción



anterior de “cliente bancario”, se cambia de criterio y se restringe lo que debe entenderse por tal cuando al hablar de la “clientela” como destinataria de las normas de transparencia y protección de 1989, se entendía que se dirigía a toda persona que actuase como empresario (grande o pequeño), profesional o como simple ciudadano-consumidor. Continúa el autor que la Orden EHA 2899/2011 se ha extralimitado al hacer uso de la habilitación concedida por el entonces vigente artículo 48.2 LDIEC de 1988. Este precepto habla de “proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito” y el vigente artículo 5 LOSSEC se refiere a “proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito”, sin limitarlo a las personas físicas que actúan al margen de una actividad profesional o empresarial.

No se entiende muy bien la razón de la exclusión del ámbito de aplicación de la Orden EHA 2899/2011 de las personas jurídicas y de las personas físicas no consumidores habida cuenta que un profesional o un empresario, incluso una PYME con forma societaria, se encuentran en igual situación de desequilibrio frente a la entidad de crédito que un consumidor.

El autor estudia la regulación de los intereses tanto los remuneratorios como los de demora. Respecto a los primeros y sin perjuicio del principio de libertad de fijación de los tipos de interés que establece el artículo 315 C.com, históricamente los intereses bancarios han estado sometidos a límites legales por disposiciones administrativas; y ello, hasta la O.M. de 17 de enero de 1981. La regulación hoy vigente establece que los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes. No obstante, hay algunos límites legales que Ubaldo Nieto estudia; algunos específicos, como es el caso de los créditos que se concedan a consumidores en forma de descubiertos. Pero, con carácter general, el único límite que hay es el que establece la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, norma que el autor entiende que hoy es absolutamente insuficiente, dados los pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo.

El autor también critica la inexistencia de regulación en un tema tan esencial como es la determinación del precio de la financiación (interés). No tenemos una normativa que regule una cosa tan esencial como su forma de cálculo. Critica que las entidades de crédito utilicen como base el llamado “año comercial” (360 días) lo que si bien tuvo su sentido hace tiempo para facilitar los cálculos, transformándose en un verdadero uso bancario, hoy ya no lo tiene. Cabe decir lo mismo de la insuficiente regulación del llamado “redondeo” en los supuestos de tipo de interés variable que se permite en todos los créditos bancarios en los que no haya garantía personal adicional a la del deudor o garantía real mobiliaria o inmobiliaria.

Especial referencia hace el autor al método de medición del coste que tiene como finalidad establecer una comparación financiera entre los distintos créditos: la llamada tasa anual equivalente (TAE) que expresa el coste de la operación de forma normalizada (siempre como tipo efectivo anual y pospagable), incluidas las remuneraciones percibidas como comisiones y otras pactadas como complementarias al tipo de interés nominal y cualesquiera otros gastos para el deudor.

También se estudian las “comisiones” que pueden entenderse como la retribución por servicios prestados por las entidades de crédito, por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente “y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes” para añadir después que sólo podrán percibirse comisiones.

No se hace mención ni a límites cuantitativos ni a conceptos por los que pueden o no cobrarse comisión. Han sido leyes especiales y dispersas las que las han limitado y o suprimido (así, el art. 30 LCCC, los arts. 7 y 8 Ley 41/2007, el art. 10 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo en su redacción dada por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre o el RD Ley 11/2015, de 2 de octubre). En definitiva, que se regulan por Ley determinadas comisiones, pero carecemos de una Ley que regule las comisiones en general.

Luego el autor entra en el estudio particular de catorce comisiones bancarias que analiza y, en su caso, critica.

También se estudian los llamados “gastos repercutibles” que son gastos habidos por razón de servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente. Son gastos para el deudor que no tienen el carácter de ingresos para el acreedor, a diferencia de las comisiones ya que el servicio no lo presta directamente la entidad. Son gastos los honorarios de tasadores, Notarios, Registradores... El autor estudia hasta ocho de estos gastos.

El cuarto y último capítulo del libro se dedica a la transparencia de los contratos bancarios de préstamo y crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria para adquisición de vivienda, cuya regulación fundamental se encuentra también en la Orden EHA/2899/2011. La información referente a estas operaciones bancarias se estructura en las tres fases de la contratación: fase precontractual, fase contractual (especialmente el otorgamiento) y fase de ejecución del contrato (información periódica). Se destaca cómo nuestra normativa vigente potencia la información en todas las fases pero pone mucho énfasis tanto en la información precontractual como en la de otorgamiento.



El autor se detiene en cuestiones de gran trascendencia como son la llamada cláusula suelo, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los instrumentos de cobertura del tipo de interés y los créditos en divisas. También hace constar la necesaria adaptación de nuestra normativa a la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, cosa que debió hacerse antes del 20 de marzo de 2016 y realiza una comparativa de sus disposiciones respecto a las de nuestro Derecho interno.

A modo de conclusión final, que ya incluye en el Prólogo, Ubaldo Nieto entiende que se hace necesaria una Ley de Transparencia Bancaria. Tenemos, dice, los “mimbres”, la Orden EHA/2899/2011, y tenemos la oportunidad. Aprovechando la transposición de la Directiva 2014/17/UE, que se hará mediante Ley formal, con bastante probabilidad las normas de la Orden que regula los créditos hipotecarios, serán elevadas al rango de Ley y, en algunos casos desarrolladas. Podría y debería hacerse con todo el contenido de la Orden EHA/2899/2011, incluso ampliándola en algunos aspectos sustantivos y, por supuesto, ampliar el ámbito subjetivo de su aplicación a todo cliente bancario, sea persona física o jurídica, haciéndolo así coincidir con el de la Ley 7/1998 que se aplica a todo adherente, no en vano los contratos bancarios están basados en condiciones generales.

Y, como es lógico, deben tenerse en cuenta las especificidades en los créditos con consumidores o usuarios exigidas por la Directiva 2008/48/CE (hoy en la Ley 16/2011) y por la Directiva 2014/17/UE para adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. Ese mayor nivel de protección a los consumidores y usuarios no debe impedir que todo cliente bancario se vea amparado por un elevado nivel de transparencia y protección.