

NORMAS DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN CREDITICIA

Miguel Ferre

I. SOBRE LA TRANSPARENCIA EN GENERAL

La transparencia es una virtud que se predica respecto de los contratos cuando de los términos de éstos se deducen nítidamente el alcance y la naturaleza de las obligaciones que de ellos nacen.

Así, la transparencia, entendida como obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos, es presupuesto de un consentimiento libre y reflexivo y, por tanto, garantía de la mejor calidad en la contratación. Consecuentemente, la transparencia facilita el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y un ágil y justo ejercicio de las acciones a ejercitar en caso de incumplimiento.

Pero no sólo desde un punto de vista jurídico resulta esta virtud apreciada, ya que desde una perspectiva económica se acepta pacíficamente que cuanto mayor sea la transparencia en la contratación en mercados organizados, mayor será la eficacia de éstos.

Estos y otros argumentos hacen deseable lograr la mayor transparencia posible en la contratación.

Pero nuestro Derecho privado de la contratación, construido sobre los principios de libertad de pacto y de libertad de forma, no considera esta virtud esencial para la validez de lo contratado. Simplemente la recibe como conveniente para su eficacia. Así lo establece el artículo 1281.1.º, del Código Civil al decir que «si los términos de un contrato son claros, y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas». Es por ello por lo que nuestro Código Civil considera igualmente válidos aquellos contratos dotados de escasa transparencia, estableciendo un conjunto de preceptos hermenéuticos destinados a extraer de sus entrañas el auténtico alcance y la auténtica naturaleza de sus pactos.

Es el derecho del consumo el que impone por vez primera en nuestro ordenamiento la transparencia como necesidad para la plena validez de lo contratado. Reconociendo la Ley General de Defensa

de Consumidores y Usuarios (LGDCU) como la norma en torno a la cual se vertebra el derecho de los consumidores, aceptaremos que su aplicación supone, en algunos supuestos, la imposición de la transparencia como característica esencial de los contratos de consumo. Pero esta imposición no deriva del ensalzamiento de la bondad intrínseca de la virtud, sino de la consagración del principio de reconocimiento de las reales desigualdades que existen entre la parte contratante profesional y el usuario o consumidor profano.

Debemos advertir, sin embargo, que el derecho del consumo no es siempre de aplicación a toda la contratación crediticia. De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.º2 de la LGDCU, sólo es consumidor cualquier persona que disfrute como destinatario final un producto, aclarando que sus disposiciones no son de aplicación a las personas que no los utilicen como destinatarios finales, es decir, a quienes decidan integrarlos «en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros». Así, queda al margen de su protección un consumidor nato de productos financieros, el empresario, y éste, en muchos casos, pacta en la misma situación de desigualdad que el sujeto protegido por la LGDCU.

Más cicatera resulta la norma especial —la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo— que resulta de ámbito de aplicación confuso, pero que en ningún caso alcanza a proteger a los consumidores personas jurídicas por transposición literal de la Directiva comunitaria 102/1987, de Crédito al Consumo.

No logra, por tanto, esta legislación imponer con generalidad en la contratación bancaria la transparencia que ésta reclama desde el punto de vista de los consumidores.

Pero este déficit de objetivos del conjunto normativo en materia de consumo resulta suplido parcialmente por normas de derecho público que promueven y propician actitudes en los sujetos económicos encaminadas a que contraten en términos de fácil inteligencia para sus clientes. Las razones que motivan las disposiciones están cercanas a la importancia vital del sector, a la eficacia de la asignación

de los recursos económicos, al mejor funcionamiento del sistema y al reconocimiento de la supremacía de la parte contratante profesional (1).

Estas normas definen un código de conducta para aquellos sujetos que ejercen una actividad profesional que les exige una actuación masiva en el mercado que tiene por consecuencia una gran contratación, lo que obliga, en razón a la eficacia, a que aquélla sea clara como presupuesto de eficiencia. Buen ejemplo de estos preceptos es la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Pero observaremos que estas normas de derecho público imponen la transparencia como una obligación de conducta de los sujetos que contratan profesionalmente, sin pretender afectar los aspectos jurídico-privados de las relaciones contractuales.

II. LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN CREDITICIA

Lo antedicho para la contratación en general resulta válido para la contratación crediticia. Pero existen razones que justifican reflexiones especiales y reglas singulares en materia bancaria.

Éstas derivan de la dificultad de comprender el auténtico precio o contraprestación a satisfacer por la financiación recibida, o el auténtico precio a percibir como consecuencia de la remuneración de un depósito constituido.

Este obstáculo nace tanto de la complejidad intrínseca de los contratos de financiación como de la ausencia en nuestro ordenamiento de disposiciones o reglas normalizadoras en materia financiera.

La sofisticación creciente de los productos financieros ha resultado muy beneficiosa para el sistema financiero, pero ha convertido nuestros simples contratos típicos —préstamos, apertura de crédito, descuento— en otros mucho más complejos, en los que resulta difícil averiguar su auténtica naturaleza, y determinar y cuantificar las contraprestaciones. Y esto ocurre de tal suerte que la ventaja que supone poder elegir el producto financiero que más se ajuste a la circunstancia particular queda contrarrestada por la dificultad de comprender las diferencias entre los distintos productos y, por tanto, de elegir con acierto. Unas adecuadas normas de transparencia mitigarían, sin duda, la dificultad en la elección.

Pero la cabal comprensión del alcance de las obligaciones de los contratos bancarios también trae causa en la ausencia de una disposición de normalización financiera. Como veremos, en otras disciplinas dedicadas a la valoración de realidades económicas, se considera su existencia como presupuesto de racionalidad.

Dos son las técnicas económicas que más tras-

cendencia tienen en el campo de la contratación mercantil: la contabilidad y la matemática financiera. La primera, mediante la utilización de instrumentos alfanuméricos (cuentas), nos permite describir la realidad económica de un negocio considerado tanto estática como dinámicamente. La segunda, mediante una aplicación específica de las matemáticas, facilita determinar con precisión las contraprestaciones financieras. Para la contabilidad, un conjunto normativo —Código de Comercio, Plan General de Contabilidad, planes especiales, leyes especiales, etc.— establece unas convenciones por las que sus resultados se pueden proyectar a la sociedad de forma que permitan que cualquier sujeto formado pueda comprender el alcance exacto de su contenido. Pero para el cálculo financiero nuestro sistema jurídico no establece convenciones que nos permitan tal proyección del resultado. Por ello, circulamos por la carretera de la financiación guiados por señales que expresan las velocidades aleatoria y alternativamente en kilómetros/hora, metros/segundo, leguas/día, etc., provocando frecuentes siniestros fácilmente evitables. Para circular por las carreteras con seguridad, hay que convertir toda la señalización a la misma unidad de medida. De igual manera, para determinar el precio de un producto financiero a partir de su tipo de interés, es necesario deducir previamente si el tipo es simple o compuesto, se aplica vencido o anticipado, se capitaliza con una u otra frecuencia, utilizando años naturales o comerciales, resulta nominal o efectivo, etc., lo que exige un pocos conocimientos, y sería fácilmente evitable con una Ley de normalización financiera.

La solución al problema, sin embargo, se pretende a través de un sistema de determinación comparativa de costes en términos anuales: la tasa anual equivalente (TAE), a la que más adelante nos referiremos. Por el mismo, y mediante la utilización de técnicas que no se encuentran al alcance de la parte contratante no profesional, se comparan las rentabilidades que la parte profesional obtiene con la contratación del producto financiero observado.

Estas y otras razones han justificado la existencia de normas jurídicas que exigen la claridad en la contratación bancaria, y culminan un conjunto normativo de distinto origen, naturaleza y ámbito de aplicación que a continuación enunciamos cronológicamente.

1. Ley Reguladora de las Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de 17 de julio de 1965

Esta Ley contiene normas de transparencia que afectan a determinada contratación, pero sin provocar efectos sustantivos sobre ella. Si en los contratos de financiación de adquisición de bienes muebles no se cumplen con las especiales formas

contractuales que la Ley exige, el contrato pierde la posibilidad de acceder a un registro especial y, en consecuencia, los privilegios que tal anotación provoca. Corresponde a un modelo legislativo en desuso para proteger al consumidor, por el cual se le restringen sus posibilidades reales de actuar. Resulta contrario al principio de libertad de pacto que preside nuestro derecho de los contratos.

2. Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984

En la contratación bancaria, resulta de aplicación cuando el contratante utiliza el producto financiero como destinatario final del mismo, sin integrarlo en proceso empresarial alguno. Por tanto, no es de aplicación a los empresarios.

Éstos, diariamente, en miles de casos, conciertan pactos con las entidades de crédito. Y estos empresarios, generalmente pequeños y medianos, están tan necesitados de protección como los consumidores de la Ley. Por automatismo tendemos, al representarnos el concepto de empresario, a imaginar a un sujeto altamente preparado y eficiente que decide con racionalidad, conocimiento e independencia. Pero la realidad es otra muy distinta, pues el tejido empresarial está formado por multitud de pequeños negocios que contratan financiación en la misma situación de inferioridad y con el mismo desconocimiento con el que contratan el resto de los consumidores.

Como la contratación bancaria, habitualmente se formaliza sobre clausulados generales, que sustituyen el elemento personal de la relación contractual, como dice Uría, por «un elemento objetivo y uniforme incorporado de antemano a las condiciones generales, las cuales vienen a funcionar, prácticamente, a modo de preceptos de carácter abstracto, que dotados de una cierta coacción se imponen con carácter general a quienes contratan con los empresarios», debemos resaltar, por su importancia, el artículo 10 de la Ley, que establece los requisitos que deben cumplir las cláusulas generales de los contratos.

La consecuencia legal del incumplimiento de dicho precepto es sustantiva: será nula la cláusula no transparente, y si esta nulidad parcial determina una posición no equitativa de las partes, será ineficaz el contrato.

Tal determinación supone un evidente avance en materia de transparencia en la contratación, pero se observa una tendencia a que la norma no sea invocada ante los tribunales ni aplicada por éstos. Este hecho puede derivar de las paradojas que su injusto ámbito de aplicación causa. Como ejemplo, valga que un condicionado general que sea contrario a lo establecido en el artículo 10 citado será nulo si se

pacta por un consumidor final que, por su independencia patrimonial y por su cultura, a buen seguro, lo asumió libremente, y será perfectamente válido incluido en un contrato que relacione a un gran empresario con uno pequeño, extremadamente necesitado y sin la suficiente formación para discernir con precisión sobre el alcance de su contenido.

3. Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 26 de julio de 1988

Desde el punto de vista jurídico público, es la norma básica del sistema de transparencia obligatoria en la contratación bancaria, al facultar al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: *a)* exigir la formalización por escrito de los contratos, imponiendo la entrega de un ejemplar al cliente; *b)* establecer la obligación de comunicar a las autoridades administrativas y a la clientela las modificaciones en las condiciones contractuales; *c)* regular la publicidad de las operaciones activas y pasivas, etcétera.

En uso de esta delegación se dictan las siguientes órdenes ministeriales:

A) Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito

Esta disposición establece para las entidades de crédito la obligación de mantener una conducta de transparencia en sus relaciones contractuales con sus clientes.

La disposición final primera de esta Orden Ministerial faculta con amplitud al Banco de España para que desarrolle y ejecute la Orden. Supone la primera norma de transparencia en la contratación bancaria de contenido preciso y concreto, y presupuesto de la Circular número 8/1990 del Banco de España. Perfila un concepto dinámico de transparencia, exigiéndola no sólo para la manifestación de voluntad más libre y eficaz en la perfección del contrato, sino también para presidir las relaciones entre las partes propias de la ejecución de los contratos.

B) Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios

La disposición establece normas de transparencia específicas para algunas contrataciones. La ne-

cesidad de estas normas especiales de transparencia se establece tanto en relación a circunstancias accesorias a la contratación, como relativas al tipo de contrato, al sujeto contratante o a la cuantía de la obligación. Sistematizando el artículo 1.º.1 de la Orden, sólo quedan afectados aquellos contratos de financiación cuya naturaleza jurídica sea la del préstamo cuando en garantía de su cumplimiento se otorgue, por cualquier persona, hipoteca sobre un determinado tipo de bienes inmuebles (la vivienda), y el otorgamiento de la garantía se produzca simultáneamente al del contrato principal. Se observa que la Orden Ministerial no afecta a gran parte de la contratación bancaria con garantía real inmobiliaria. Pero aun la afectada no lo es con carácter general, pues hace falta además que el prestatario sea persona física y que el préstamo sea inferior a veinticinco millones de pesetas.

Aceptándose pacíficamente en la doctrina el carácter fragmentario de la legislación sobre transparencia, convendremos que esta norma resulta paradigmática de tal condición. Con las reservas con las que hay que aceptar este sistema de transparencia y control de los contratos privados, en tanto en cuanto pueda afectar a la libertad de pacto esencial a los mismos (2), creemos que hubiera sido más eficaz si se aplicara con criterios más generales, o no tan fácilmente eludibles (3).

No obstante lo anterior, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 supone un avance en materia de transparencia, al obligar a que los contratos sujetos a ella contemplen su contenido financiero debidamente separado del resto, en cláusulas que no podrán ser desvirtuadas, en perjuicio del deudor, por las restantes. Estas cláusulas seguirán el orden y tendrán el contenido que impone la Orden Ministerial.

Conviene destacar que esta Orden Ministerial otorga también amplias facultades en materia de su ejecución y desarrollo al Banco de España, en los términos que reflejan sus disposiciones adicionales. Éste ha utilizado dichas facultades para modificar el régimen de transparencia. Impone la Orden la mejor y más perfecta descripción de los aspectos financieros de un contrato. Lástima que no sea de aplicación general.

4. Ley de Crédito al Consumo, de 23 de marzo de 1995

Esta Ley fue motivada por la necesidad de trasponer a nuestro Ordenamiento las directivas comunitarias 87/102, de 22 de diciembre y 90/88, de 22 de febrero, relativas a aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros de la Comunidad Europea en materia de crédito al consumo.

No es una disposición que se aplique sólo a la

contratación bancaria ni a toda contratación bancaria. Muy al contrario, regula un crédito finalista, el de consumo, tanto si es otorgado por un financiador profesional como si el crédito es otorgado por el empresario oferente del producto financiado.

A) *Ámbito de aplicación*

La Ley se aplica a los contratos en los que un empresario concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional (art. 1.1).

Parece indicar la Ley que somete a su disciplina a todos los contratos en los que concurren los elementos esenciales del concepto jurídico de crédito, que, según Garrigues, son: «La transmisión (actual o prometida) de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor con contrapartida económica diferida, la pausa o dilación entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, y por último el interés como parte del precio que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia». Pero esto sólo sucederá cuando el acreedor sea un empresario en el ejercicio de su actividad típica y el deudor sea una persona física consumidor actuando con propósito ajeno a su actividad profesional o empresarial.

Se considera que la norma no alcanza a regular aquellos contratos que autorizan a practicar las contraprestaciones deudoras a lo largo del tiempo durante el cual el empresario realiza la prestación que motiva la obligación del deudor; *verbi gratia*, una relación de suministro.

Así, en principio, y sin perjuicio de las excepciones que enunciaremos, a la Ley se someten todo tipo de contratos de financiación (préstamos, aperturas de crédito, operaciones cambiarias, compraventas con pago aplazado, *leasings* financieros, etcétera). Pero para que se produzca una efectiva aplicación de la norma es necesario que en los sujetos de la contratación concurren las siguientes circunstancias:

a) Por lo que se refiere a la parte acreedora, es necesario que actúe en el ejercicio de su actividad típica. Cuando un empresario concede crédito para enajenar un bien sin resultar esta actuación típica —*v. gr.*, facilidades crediticias dirigidas a facilitar la enajenación de activos inmovilizados improductivos—, este crédito no queda sometido a la disciplina de la Ley.

Pero la actuación empresarial típica a la que se refiere la norma no es la crediticia, sino la destinada a producir bienes que sirvan para satisfacer necesidades personales; de tal suerte que no resulta

acreedor típico, a los efectos de esta Ley, sólo el financiero, sino cualquier empresario que ofrezca facilidades financieras para estimular la colocación de sus productos o servicios en el mercado.

b) Por lo que se refiere a la parte deudora, ésta debe ser persona física y financiar la satisfacción de necesidades no causadas por su actividad profesional o empresarial. Al margen del carácter restrictivo de esta definición de consumidor, debemos resaltar que obliga al observador de los contratos a calificarlos como propios de la Ley de Crédito al Consumo basándose en las manifestaciones de las partes; en especial, en las de la parte deudora.

Como muestra de la necesidad, advertiremos, por ejemplo, que la compraventa de un vehículo con precio aplazado realizada por un panadero —persona física— se someterá, o no, a la norma analizada en razón del destino que éste piense dar al bien adquirido. Así, si lo destina a su uso particular, estará sujeto; por el contrario, si lo destina al reparto, no estará sujeto.

Surgen muchas dudas a la hora de aplicar el concepto de consumidor enunciado, entre las que destacaremos las referentes a la utilización mixta del bien financiado o las relativas a la dificultad de interpretar la finalidad de muchas operaciones financieras en las que no hay declaraciones de las partes, o éstas son incorrectas.

B) Exclusiones del ámbito legal

Predefinidos los contratos a los que se aplica la Ley 7/1995, debemos advertir que ésta regula numerosas exclusiones de su régimen por motivos heterogéneos, que trataremos de clasificar atendiendo al alcance de la exclusión.

1) Supuestos de exclusión absoluta:

a) Los referidos al plazo o al sistema de amortización (art. 2.1.b).

No se aplicará la Ley cuando el aplazamiento concedido no rebase los tres meses y se reembolse el crédito con una sola amortización. Tampoco procederá la aplicación cuando, concedidos más de un plazo de amortización y menos de cinco, se deba reembolsar el crédito en plazo no superior a doce meses.

b) Los de crédito gratuito y algunos de interés implícito (art. 2.1.d).

No se aplicará la Ley cuando el aplazamiento no devengue intereses o cuando, devengándolos implícitamente, sea amortizable de una sola vez.

c) Los de pequeña cuantía (art. 2.1.a).

No se aplicará la Ley cuando el importe del crédito sea inferior a 25.000 pesetas.

2) Supuestos de exclusión relativa, aun cuando

en materia de transparencia suponen, en muchos casos, una exclusión cuasi absoluta:

a) Los relativos a la cuantía (art. 2.1.a).

Para los contratos cuyo crédito supere los 3.000.000 de pesetas, sólo será de aplicación lo dispuesto en el capítulo tercero de la Ley (otras disposiciones, arts. 16 a 19).

b) Los motivados por el tipo de contrato y el sujeto acreedor (art. 2.1.c).

A los contratos de crédito en cuenta corriente, cuando el acreedor sea entidad de crédito, sólo se les aplicará el artículo 19 de la Ley.

c) Los exonerados por cuestiones accesorias (art. 2.2).

Cuando los créditos otorgados estén especialmente garantizados con hipoteca inmobiliaria, no se aplicarán las disposiciones sustanciales de la Ley (capítulo II, arts. 6 al 15) ni el artículo 19.

La norma supone una evolución del régimen de transparencia en la contratación crediticia, imponiendo consecuencias en el plano sustantivo a los déficit de claridad contractual, que son siempre imputables a la parte contratante empresario.

Preocupa su utilidad práctica, pues la compleja definición de su ámbito de aplicación no augura una invocación masiva ni un empleo decidido.

5. Especial referencia a la Circular del Banco de España 8/1990

La Circular, en su capítulo primero, titulado «Tipos de interés, comisiones, publicidad y normas de actuación con la clientela», y muy especialmente en sus normas 6.^a, 7.^a y 8.^a, establece cuál debe ser el régimen de transparencia contractual que deben observar los sujetos profesionales de la relación crediticia: las entidades de crédito. Formalmente, nace para ejecutar y desarrollar normas de transparencia al amparo de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989.

Conocida es la polémica sobre el origen de la facultad normativa del Banco de España en esta materia. Podemos definir la «circular» como una disposición del Banco de España que desarrolla aquellas normas jurídicas que le habilitan expresamente al efecto. Así lo establece el artículo 3.^o.1 de la Ley de Autonomía del Banco de España, de 1 de junio de 1994. La controversia deriva de la autorización en cascada establecida por aplicación consecutiva de lo previsto en el artículo 48.2 de la LDIEC, antes transcrita, y lo previsto en la disposición final 1.^a de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989. Por ella, la delegación que la Ley establece en beneficio del Ministerio de Economía y Hacienda es aprovechada por éste para encomendar al órgano rector de las entidades de crédito que desarrolle y

ejecute sus previsiones. Tal aplicación concede al Banco de España unas facultades normativas que no se desprenden de forma directa del estatuto jurídico de la autoridad monetaria. Ríos de tinta se han vertido sobre la delegación sucesiva planteada y sobre su legalidad, pero su análisis queda para otro lugar más adecuado.

Más importante resulta afirmar ahora que la doctrina, sin embargo, es unánime al considerar que se trata de normas de carácter jurídico público, que en ningún caso pretenden afectar sustancialmente a las relaciones de carácter jurídico privado que mantienen las entidades de crédito con sus clientes (4). Por consiguiente, de su incumplimiento no se deriva consecuencia convencional más allá de la constatación de una actuación profesional no diligente o, en casos extremos, de la ausencia de la buena fe que debe presidir la contratación mercantil. Este hecho puede ser importante a la hora de dirimir una controversia en la aplicación de un contrato.

Pero, considerada de esta manera, la circular carecería de relevancia para definir el régimen sustantivo de transparencia que preside la contratación crediticia. Sin embargo, muy al contrario, resulta la norma clave, pues es la más precisa técnicamente y la más minuciosa en la descripción de las obligaciones que en esta materia se establecen para las entidades de crédito. Además, debemos advertir que el Banco de España impone obligaciones a la banca desde el respeto de las disposiciones sustantivas que al respecto establece el resto del Ordenamiento. Por tanto, la circular, en primer lugar, pretende que las entidades de crédito cumplan con las obligaciones que les exige el resto del Ordenamiento, y sólo en segundo lugar impone conductas no amparadas en leyes sustantivas. Además, estas conductas impuestas sin respaldo sustantivo suelen ser de generalización de las impuestas para ámbitos concretos de la contratación crediticia por las leyes antes citadas. Es desde este punto de vista desde el que no resulta arriesgado afirmar que el contenido de la circular supone una interpretación especialmente autorizada de las normas de transparencia en la contratación bancaria. Estudiándola desde esa perspectiva, obtendremos la más cabal comprensión de las mismas.

Pero en el estudio no debemos dejar de advertir que el incumplimiento de la circular puede, en algunos casos, ser consecuencia de la inobservancia de una disposición con efectos en la esfera de las relaciones entre los particulares, mientras que en otros casos sólo supondrá una indisciplina de una entidad de crédito, con consecuencias administrativas.

Describe, por tanto, la circular obligaciones de conducta que nacen de la LGDCU, y que, por tanto, cuando se incumplan contratando con sujetos que no tengan la condición de empresarios, producirán efectos en el alcance y validez de lo pactado.

También refleja la circular obligaciones de trans-

parencia que se establecen en la Ley de Crédito al Consumo, y que cuando se incumplan contratando con personas físicas en contratos en los que concurren las circunstancias establecidas en la norma, producirán efectos en las relaciones jurídico-privadas.

Estas obligaciones de transparencia comparten la circular con otras del exclusivo ámbito de lo público por el que se exige desde esta óptica, y con normas jurídico-públicas, un comportamiento en materia contractual determinado, y cuyo incumplimiento no afectará, en lo sustancial, a lo contratado. Por último, la circular acoge normas administrativas de conducta que tan sólo afectan a las entidades de crédito cuando celebran determinados contratos: algunos préstamos con garantía hipotecaria.

La primitiva Circular 8/1990 del Banco de España ha sido modificada por las que a continuación enunciamos:

— Circular 22/1992, de 18 de diciembre, que reforma la de transparencia en materia de publicidad de tipos de cambio sobre billetes y divisas.

— Circular 13/1993, de 23 de diciembre, por la que se adecúa el código de conducta de las entidades de crédito a las directivas comunitarias dictadas en materia de crédito al consumo. El contenido de la circular modificativa y el hecho de que, a la fecha, las directivas no estuvieran traspuestas hacen pensar que la adaptación a las directivas no fue más que la ocasión que permitió al Banco de España precisar las normas de conducta de los bancos en operaciones con remuneración variable.

— Circular 5/1994, de 22 de julio, que pretende adaptar la Circular 8/1990 a la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y sobre todo a la Orden Ministerial sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

— Circular 3/1996, de 27 de febrero, que adapta, ahora sí, la circular de transparencia a la Ley de Crédito al Consumo.

Pero las relaciones crediticias se desarrollan a lo largo del tiempo y, como sabemos, la transparencia es una virtud predicada no sólo en la perfección de los contratos, sino también en su cumplimiento, normal o anormal, y en su extinción. Este hecho eleva la probabilidad de que, a lo largo de la vida de un contrato, las pautas de comportamiento y los efectos de ese comportamiento sean distintos. Por ello, la *addenda* normativa representa gráficamente, con distintas impresiones, el origen temporal de cada precepto.

La Circular 8/1990 consta de dos capítulos. El segundo regula el funcionamiento y la organización del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, cuyo estudio no es objeto de la presente reflexión. Es en el primero —sobre tipos de interés,

comisiones, publicidad y normas de actuación con la clientela— donde encontraremos establecidas las condiciones de transparencia que debe cumplir la contratación bancaria. Dentro de este capítulo, será, fundamentalmente en la norma sexta, donde se encuentren sistematizadas las obligaciones de transparencia. De particular interés resultan, también, las normas séptima y octava sobre liquidaciones de operaciones y coste efectivo de éstas. El resto del capítulo impone distintas obligaciones de publicidad a las entidades de crédito, que, si bien no pueden considerarse propiamente normas de transparencia, indudablemente son su necesario presupuesto.

III. CONTENIDO DE LA NORMA SEXTA DE LA CIRCULAR 8/1990 DEL BANCO DE ESPAÑA

Para el mejor análisis de la norma sexta, intentaremos agrupar su contenido en torno a las exigencias que impone en los contratos, observándolas desde los siguientes aspectos:

- Documentales; la forma escrita.
- Remuneratorios; intereses y comisiones, con especial referencia a la variabilidad en la remuneración.
- Relativos a la determinación del coste o rendimiento.

1. La forma escrita

Impone la Circular 8/1990 la forma escrita como necesaria en la actuación contractual típica de las entidades de crédito. No se aplica a éstas, por tanto, el principio de libertad formal que consagra el artículo 1278 de nuestro Código Civil. Exige la norma sexta la existencia de documentos contractuales en todas las relaciones con clientes, otorgando, a estos efectos, a las libretas en que se instrumenten depósitos y a las facturas de descuento tal condición.

La excepción al principio, como no pudiera ser de otra manera, se establece en caso de descubiertos tácitamente aceptados. Pero aun en estos casos, si el descuberto se prolonga durante más de tres meses, el banco vendrá obligado a establecer por escrito las condiciones financieras del crédito otorgado.

Però la forma no se exige sólo para probar la existencia de lo convenido, sino para que el cliente tenga el mejor conocimiento posible de lo contratado. Así, las entidades de crédito se obligan a entregar copia del documento siempre que lo pida el cliente, y aunque no lo pida cuando se abran cuentas a la vista o a plazo, se concierten arrendamientos financieros, se pacten operaciones dobles sobre instrumentos financieros no cotizados, se cedan ac-

tivos no instrumentados en soportes circulables y, siempre, cuando se formalicen operaciones activas, pasivas o de mercado de importe inferior a diez millones de pesetas. Para probar el cumplimiento del mandato, las entidades deben conservar un recibí a la copia firmado por el cliente.

Cuando el contrato adopte la forma documental pública (póliza intervenida por corredor o escritura autorizada por notario), la entidad podrá enviar por correo una copia del contrato autorizado por fedatario público. En este caso, el recibí vendrá constituido por el correspondiente acuse de recibo del envío.

Enigmática resulta la referencia del último párrafo del punto primero de la norma sexta a la reglamentación notarial. Resulta reiteración de lo dispuesto en el punto tercero del artículo 7 de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989. Establece que para la obtención de copias de documentos notariales habrá que estar a lo dispuesto en la normativa notarial. Evidentemente, por simple aplicación del principio de jerarquía normativa, habría que estar a lo dispuesto aunque no hubiera previsión en la Orden Ministerial o en la circular que desarrolla ésta. Esto ha llevado a pensar que lo que se pretende es establecer un sistema especial de prueba de la entrega del ejemplar del contrato cuando éste se formaliza en escritura pública notarial. Pero la razón auténtica de la disposición resulta del intento de conciliar el sistema de documentación pública del notariado —custodia del original y circulación de reproducciones— con las exigencias de transparencia en la contratación bancaria. Así parece establecerse en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 cuando impone, con carácter general, en el primer punto de su artículo 7, la exigencia de que el ejemplar del documento contractual a entregar esté suscrito por las partes. Al no ser esto posible cuando se entrega una copia de una escritura notarial, el número tres del citado artículo excepciona la formalización en los términos luego transcritos por la circular. La técnica documental de los otros fedatarios del ámbito privado extrajudicial —los corredores— hace innecesaria una disposición de esta naturaleza para ellos, pues su forma de documentar es la típica de la banca (5).

No establece la circular consecuencia alguna por el incumplimiento de estos dos mandatos: formalización documental y entrega al cliente de una copia del contrato. En consecuencia, estaremos a las que para cada caso concreto imponga la legislación aplicable (LGDCU, LCC, etc.) o a las que, con carácter general, establece el Código Civil para ciertos contratos o para sus efectos (prenda, hipoteca, etcétera).

2. Remuneración

La contraprestación típica de los contratos finan-

cieros se denomina interés. Con los nombres de ganancia, rédito, rendimiento, provecho o interés se conoce todo aquello que el acreedor en una relación financiera percibe como consecuencia de haber puesto a disposición del deudor de la misma ciertos recursos. El concepto económico se recibe nítido en nuestro Ordenamiento a través del artículo 315 del Código de Comercio, que establece que: «Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor.»

El importe neto de las contraprestaciones se establece siempre en relación al tiempo, de tal manera que existe una relación directamente proporcional entre ambas magnitudes. Esto hace que, habitualmente, se definan los intereses como una fracción de capital relacionada con el período de disposición (capital por rédito por tiempo).

El derecho a percibir la remuneración se puede producir en cualquier momento de tiempo, siendo común el pacto del fraccionamiento de los intereses. Se denomina devengo al momento en el que se adquiere derecho a percibir la remuneración pactada. Concepto unido, consecuentemente, al de devengo resulta el de liquidación, que es el acto de ajuste formal de la cuenta que mantienen acreedor y deudor con motivo de la relación financiera.

La liquidación supone el reconocimiento contable del nuevo derecho nacido —interés— y su satisfacción. El pago se puede producir físicamente, pero no resulta extraordinario que se pacte la satisfacción del rédito por su conversión en recurso recibido del acreedor, es decir, en capital. A tal pacto, autorizado por el artículo 317 del Código de Comercio, se le denomina pacto de capitalización.

El sistema remuneratorio descrito es el esencial en las relaciones financieras, pero no el único. El acreedor también pacta la percepción de otras remuneraciones, las comisiones, que se consideran contraprestaciones vinculadas a actuaciones concretas del acreedor, y que, expresadas en porcentajes o en cantidad, únicas o periódicas, no suelen considerar como método de cuantificación la relación entre el capital y el tiempo. Conceptos típicos remunerados por comisión son los de gastos de apertura, de estudio, de reclamación de posición deudora, de premio a la disponibilidad, etc. Estas denominaciones no deben hacernos olvidar que estamos ante prestaciones pactadas a favor del acreedor y, por tanto, ante intereses.

Pero en las relaciones financieras se producen gastos para el deudor que no tienen el carácter de ingresos para el acreedor. En el pacto financiero se establecen obligaciones para el deudor cuyo coste éste tiene que asumir si pretende concertar la relación con el acreedor. Se desea con su cumplimiento, habitualmente, el aseguramiento del ejercicio de los derechos de crédito que nacen de la relación. Por tanto, estamos ante gastos exigidos por el acreedor, pero que suponen un derecho de crédito que no

nace en su patrimonio. Obligaciones típicas son las de asegurar el crédito, satisfacer los honorarios de profesionales que intervienen en el proceso de formalización y asumir las consecuencias fiscales de la operación. Por tanto, aunque bien podemos decir que todo lo que debe percibir el acreedor son intereses, no todo lo que debe satisfacer el deudor lo son. Éste debe satisfacer los intereses y los gastos que le genera la operación, y su conjunto es el que reflejará el coste de ésta. Expresado en porcentaje el concepto de tanto prestamista, nos acercará a la rentabilidad obtenida por el acreedor en una relación financiera, y el de tanto prestatario el coste que supone al deudor la misma. Ambos tantos sólo serán iguales en circunstancias extremas.

Al estudiar las normas de transparencia contractual en materia remuneratoria, nos vamos a referir tanto a la rentabilidad del acreedor (intereses y comisiones) como al coste del deudor (intereses, comisiones y gastos).

En materia de remuneración, la circular establece requisitos de transparencia comunes a todos los contratos de financiación en los que intervenga, y otros especiales a añadir a la mayoría de los contratos en los que adopta la posición acreedora (operaciones activas de la banca). También establece otros especiales para determinadas operaciones activas: las sujetas a la Ley de Crédito al Consumo y a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

A) *Requisitos comunes*

Éstos resultan de aplicación a toda la contratación bancaria, tanto activa como pasiva. Se denominan operaciones activas de la banca aquellas en las que las entidades de crédito colocan recursos entre su clientela, asumiendo una posición acreedora en la contratación; mientras que reciben la denominación de pasivas las que suponen la obtención de recursos, y en las que la entidad de crédito toma una posición deudora. Ambas categorías deben cumplir con lo que sigue, referido a:

— *Tipos de interés*

Todos los contratos deben reflejar el tipo de interés aplicable y, si es variable, la forma precisa en que se determinará en cada momento.

De igual manera, deben constar en el contrato la periodicidad con la que se producirá el devengo de intereses y las fechas de devengo y liquidación de éstos.

— *Comisiones*

Sin que quepa la remisión a tarifas, deben figurar en los contratos las comisiones aplicables con indicación de concepto, cuantía y fechas de devengo y liquidación.

— Gastos

Figurarán también los gastos repercutibles, es decir, aquellos que el acreedor ha satisfecho a terceros por cuenta del deudor. Cuando no sea posible su cuantificación, debe figurar al menos su concepto.

— Reembolso anticipado

En las operaciones financieras, el plazo de reembolso es una condición que, en principio, se pacta en beneficio de ambas partes. No obstante, se acepta que su alteración causa distinto perjuicio al acreedor que al deudor y, sobre todo, a la parte profesional que al cliente. Los profesionales de la financiación disponen de un sistema que minimiza el impacto de una devolución no esperada o del levantamiento imprevisto de un depósito: el mercado interbancario. Éste es un mercado de reasignación de recursos en el que sólo ellos participan, y en el que pueden corregir el efecto de la alteración de plazo colocando en el mismo el efectivo excedente o tomando de él la equivalencia del depósito perdido. Este hecho permite atenuar las consecuencias que la pérdida del plazo causa a la parte profesional, convirtiéndolas en un simple sobre coste incidental. Mucho más grave resulta el efecto para la parte no profesional, que no tiene posibilidad de atenuar el daño causado por la alteración imprevista del plazo, en especial, si es deudor en la relación financiera.

Estas reflexiones encaminan a considerar que si bien el plazo en los contratos financieros se pacta en beneficio de ambas partes, crea para éstas perjuicios distintos, y mientras que el daño al cliente, irreversible, parece atribuir a éste un derecho inalienable a la conservación del plazo, el perjuicio de la parte profesional tan sólo parece generar un derecho a que se le compense la lesión que a sus intereses ha causado la alteración. Y es desde esta perspectiva de derechos desiguales al plazo desde la que podemos considerar la existencia de un derecho contrapuesto propio de los clientes deudores: el derecho al reembolso anticipado. Este derecho está reconocido expresamente en todos aquellos contratos sometidos a lo establecido en la Ley de Crédito al Consumo y en algunos préstamos hipotecarios, tal y como dispone la Ley 2/1994, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

El artículo 10 de la Ley de Crédito al Consumo lo reconoce plenamente, y establece el límite máximo de la compensación a recibir por el reembolso anticipado. En caso de contratos con remuneración fija, la comisión no puede exceder del 3 por 100 del capital reembolsado anticipadamente. En caso de contratos pactados con remuneración variable, la comisión máxima se establece en el 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente.

La disposición adicional primera de la Ley de Sub-

rogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios establece el derecho para los préstamos sometidos a la ley cuando pacten la remuneración de forma variable, estableciendo una comisión máxima a percibir en caso de amortización anticipada del 1 por 100 del capital reembolsado, aunque estuviese pactada una comisión mayor.

— Tasa anual equivalente de coste o rendimiento

Su forma variable de presencia y la distinta eficacia que se le debe asignar en relación a los contratos en los que figura, reclaman para ella un análisis independiente y pormenorizado.

— Variabilidad

Con el desarrollo de nuestro sistema financiero han proliferado operaciones en las que la remuneración a los recursos se revisa periódicamente. Este hecho no es casual, pues esta forma, alterable, de remuneración da respuesta al problema planteado por el riesgo que genera la inestabilidad de tipos de interés en operaciones a largo plazo.

El valor de las monedas se altera con el paso del tiempo, tendiendo a la depreciación; siendo el índice de inflación el que nos indica cuál es la pérdida de valor en un período dado. Esta reflexión resulta necesaria para aceptar que no es válido suponer que para un acreedor la diferencia entre recursos nominales entregados y recursos nominales recibidos sea rédito o interés real. Para obtener la rentabilidad real será necesario corregir el rédito obtenido por la inflación del período dado. Como consecuencia de ello, para mantener la misma rentabilidad real en épocas de alta inflación, las rentabilidades nominales a pactar deben ser muy superiores a las que se deben establecer en épocas de baja inflación.

Esta circunstancia ha llevado tradicionalmente a las entidades de crédito, en épocas de inestabilidad monetaria, a huir de la financiación a largo plazo o a aceptarla incrementando notoriamente, como plus de riesgo, el tipo de interés de este tipo de operaciones y así compensar la rentabilidad real negativa que pudiera producir un incremento de la inflación. Por tanto, la financiación a largo plazo, fundamental para el fomento de ciertos consumos esenciales — vivienda, bienes de capital—, quedaba severamente afectada por la tradicional cultura del tipo fijo.

La aceptación de la figura del tipo de interés variable ha permitido que las entidades de crédito ajusten su rentabilidad pactando percibir unos intereses que, aun siendo nominalmente alterables, siempre les garanticen la misma rentabilidad real. Ello ha permitido definir el tipo de interés de la operación sin incremento alguno por un riesgo de inestabilidad monetario que ya no le debe afectar. Este hecho permite que los tipos iniciales de estas operaciones a remuneración variable sean más bajos que los pactados fijos. La racionalidad económica

indica que las entidades de crédito difícilmente ofrecerán, a largo plazo, tipos fijos inferiores a los variables, salvo que asuman el pleno convencimiento de una evolución mantenida de la inflación a la baja y, por tanto, del mantenimiento del valor real de los recursos prestados.

Este mejor tipo inicial no debe hacer olvidar a los consumidores las desventajas que también plantean las operaciones a tipo variable, pues transmiten el riesgo de inestabilidad monetaria al deudor.

Algunas de estas desventajas, las relativas a la comprensión del criterio de variabilidad y a la certeza del conocimiento oportuno de la variación, son reguladas, desde el punto de vista de la transparencia, por la circular.

Como principio general, se exige que en los contratos figuren los derechos que asisten a las partes en orden a la modificación de las contraprestaciones, el procedimiento al que deban ajustarse y la exigencia de que la misma sea comunicada con antelación razonable a la clientela. También deberán constar en los contratos los derechos que pudieran asistir a la clientela como consecuencia de la variación. Como la norma sexta de la circular ha sido profundamente modificada —tanto como consecuencia de la Orden de Transparencia Financiera de los Préstamos Hipotecarios como por la Ley de Crédito al Consumo—, y estas modificaciones se han producido de forma independiente y sin visión de conjunto, aparenta exigir un régimen de transparencia distinto según los casos, pero, como veremos, es sustancialmente igual y se atiene a los siguientes principios:

Precisión

Se acepta generalmente que «cuando el tipo de interés sea variable, se especificará, de forma precisa e inequívoca, la forma en que se determinará en cada momento». Más precisa, pero de igual sentido y, por tanto, reiterativa, es la circular cuando se refiere sólo a contratos de consumo al establecer que en los contratos se recogerá el diferencial que se aplicará al índice de referencia, la identificación o definición de éste y la necesidad de que el mismo se obtenga con arreglo a un procedimiento objetivo. Más concreta, pero de igual tenor, es la referencia a los préstamos sujetos a la Orden Ministerial de 25 de mayo de 1995.

Objetividad

Las entidades que conceden la operación financiera no pueden utilizar sus propios tipos como de referencia. Tal hecho sería dejar al arbitrio de una de las partes la determinación de aspectos sustanciales del contrato. Aclarando el principio, impone la circular, para las operaciones de consumo, la necesidad de un índice objetivo, y para las sometidas a

la orden de transparencia hipotecaria, con más concisión, que el índice de referencia no dependa exclusivamente de la entidad ni sea susceptible de influencia por ella, por acuerdos o prácticas consistentemente paralelas con otras entidades.

Comunicación

La variación debe ser comunicada al cliente con antelación razonable. Esta comunicación deberá ser personal, salvo que se prevea expresamente en el contrato su sustitución por la publicación en un diario de general difusión. Si la operación queda sujeta a la Orden Ministerial de Préstamos Hipotecarios, no será necesaria la comunicación previa si se utiliza como referencia uno de los siguientes tipos:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros.

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

f) Tipo interbancario a un año (Mibor).

En las operaciones de consumo no se puede sustituir la comunicación individualizada por la difusión general. Tan sólo cabe, para evitar las comunicaciones, utilizar como referencia un tipo que se publique oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España.

En cualquier caso, las entidades deben informar de la variación a sus clientes en la primera comunicación ordinaria que deban efectuar.

B) *Requisitos propios de determinadas operaciones activas*

En las operaciones de préstamo o de crédito, incluidas las instrumentadas con tarjeta —por tanto, en la mayoría de las operaciones activas—, además de los requisitos anteriores, las entidades de crédito harán constar:

— El importe, número y periodicidad o fecha de los pagos que el deudor deba realizar a la entidad para el reembolso del crédito, y el pago de los intereses, comisiones y gastos repercutibles.

— Otros elementos de coste, distintos de los an-

teriores, que el cliente deba pagar en el marco de la relación contractual, incluso por su propio incumplimiento.

— La necesidad, en su caso, de establecer un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular.

— Los especiales establecidos en la Ley de Crédito al Consumo y en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

3. La tasa anual equivalente de coste o rendimiento efectivo

El actual sistema de transparencia en la contratación bancaria introduce, en nuestra contratación financiera, un sistema de medición del coste que tiene como finalidad establecer una comparación financiera entre distintos productos. Se conoce por TAE (tasa o tipo anual equivalente) aquel que expresa el coste o rendimiento 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.

Originalmente, la TAE supone un elemento informativo que debe facilitarse a todo aquel al que tengan que entregar una copia de lo contratado (6). Esta información se debe facilitar, como establece la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, «adicionalmente..., separadamente, y a efectos informativos». Por tanto, la TAE se puede considerar como una expresión extracontractual del precio de la obtención de un recurso financiero. El precio queda establecido, en el propio contrato, por la suma de todos los conceptos de remuneración que percibe el acreedor. La TAE se concluye de estos conceptos de remuneración y, por definición, es un dato que no se puede obtener hasta que se haya perfeccionado el contrato (7).

Las consecuencias jurídicas son evidentes; la ausencia o un error en la determinación de la TAE no tiene consecuencias contractuales. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que el hecho acarree para el sujeto que produjo la ausencia o cometió el error en el ámbito de lo administrativo.

Pero el razonamiento no resulta válido para toda la contratación desde la promulgación de un régimen especial de transparencias para los créditos de consumo y para algunos hipotecarios. En éstos, la TAE ha pasado a formar parte del contrato, pues es obligatorio que, además de la determinación de la remuneración del acreedor —tipo de interés nominal, período de capitalización, comisiones, etc.— por los sistemas convencionales, figure dentro del contrato también en términos de tasa anual equivalente. En este caso, una discrepancia entre la rentabilidad expresada por mecanismos tradicionales y la rentabilidad expresada en forma de TAE, o bien

la ausencia de esta última, causa una oscuridad contractual que debemos superar, en todo caso, a la sombra del mandato del artículo 1288 del Código Civil, que establece que: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere causado la oscuridad», y del artículo 10.2.º de la LGDCU, que establece que las dudas interpretativas «se resolverán en contra de quien las haya redactado». En el caso de operaciones amparadas en la Ley de Crédito al Consumo, la sanción es más grave, pues en caso de ausencia de TAE, reduce la obligación del deudor a satisfacer el interés legal del dinero.

Podemos definir ésta como «el tipo de interés efectivo anual y pospagable que iguala, en cualquier fecha, el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término», y que tiene la siguiente expresión matemática:

$$TAE (1 + i_k)^{k-1} = \sum_{n=1}^n Dn (1 + i_k)^{-tn} = \sum_{m=1}^m R_m (1 + i_k)^{-tm}$$

Siendo: D = disposiciones, R = reembolsos, n = número de entregas, m = número de reembolsos, tn = tiempo transcurrido desde la fecha de referencia hasta la de disposición n , tm = tiempo transcurrido desde la fecha de referencia hasta la del reembolso m , i_k = tanto por uno efectivo referido al período de tiempo elegido para expresar tn y tm en números enteros, k = número de veces que el año contiene el período elegido.

La TAE ha supuesto un importante avance en la puesta a disposición de las personas que contratan productos financieros de elementos de juicio que les permitan una más libre y acertada elección. Esto no debe hacernos olvidar que no resuelve todos los problemas que se derivan de la complejidad intrínseca de los contratos financieros. Entre los pendientes destacaremos:

a) La TAE y las circunstancias subjetivas

Tal y como establece el punto décimo de la norma sexta de la circular comentada, la tasa anual equivalente se calcula bajo la hipótesis del cumplimiento normal del contrato, suponiendo que tendrá vigencia durante todo el período de tiempo acordado y que las prestaciones serán exactas y puntuales. Así, la TAE impide incluir en su determinación circunstancias subjetivas que inciden de forma determinante en el coste de la operación. Destacaremos las que se deducen de la compatibilidad cronológica de los ingresos esperados y las obligaciones de pago. Así,

un préstamo pagadero por cuotas que vencen tres días antes de recibir la nómina puede resultar más gravoso que otro con TAE superior, pero con vencimientos más adecuados al consumidor concreto. Debemos también resaltar, por su importancia, y por la facilidad de evaluación de las diferencias de coste real que ocasionan, las normas fiscales y las políticas incentivadoras indirectas, imposibles de incluir en el TAE de acuerdo con la ya citada Circular 8/1990 del Banco de España.

b) *La TAE y el interés variable*

Los intereses de una operación pueden variar con base en parámetros prefijados y conocidos (*v. gr.*, intereses decrecientes aritméticamente con una razón determinada por periodos anuales) o en referencia a índices futuros e inciertos. Ambas posibilidades son aceptables, aun cuando en el segundo caso debe quedar demostrada la imposibilidad material de influencia significativa, por parte de la entidad financiera, considerada como unidad de decisión económica, en la determinación del índice. En el primer supuesto, la TAE apuntará certeramente al coste de la operación. En el segundo, sólo obtendremos el coste de la operación, sin variación y en relación al tipo inicial de interés, o al que sería éste de aplicarse directamente el índice de referencia.

c) *La TAE y las cuentas de crédito*

En la cuenta de crédito, el consumidor remunera a la entidad de crédito por dos productos financieros íntimamente ligados: las cantidades efectivamente dispuestas, que deben devolverse, y la posibilidad de disponer de las cantidades no dispuestas que restan hasta el límite del crédito concedido. El primer servicio se remunera con el interés, el segundo con la llamada comisión de disponibilidad, y de ambas percepciones se deduce básicamente el coste de la operación. Por tanto, el coste real de la operación quedará vinculado a la disposición que efectivamente se realice de la cuenta. Al ser la disposición futura e imprevisible, las normas de cálculo de la TAE suponen la utilización de la cuenta siempre al máximo de sus posibilidades, supuesto arbitrario que necesariamente desvía la TAE del precio real de la operación. Por tanto, podemos afirmar que, en las cuentas de crédito, la TAE sólo refleja el coste en supuestos extraordinarios.

d) *La TAE y las operaciones en divisas*

En las operaciones financieras pactadas en divisas, supuesto no muy frecuente pero con grandes posibilidades de expansión, la TAE no incorpora la prima del seguro de cambio. Este seguro, de carácter opcional, cubre las diferencias de valor que se puedan poner de manifiesto con motivo de la adquisición

de la divisa necesaria para saldar la operación financiera. De no contratarse, y por cualquiera oscilación del precio de las divisas, el consumidor pudiera verse obligado a la devolución de cantidades muy superiores a las recibidas. El consumidor debiera conocer, al contratar una operación en divisas, el coste medio presunto; es decir, la TAE que incorpore el precio de la prima media del seguro de cambio para una operación idéntica a la suya.

e) *La TAE y los gastos habituales*

La TAE sólo incorpora al coste de la operación los gastos necesarios que ésta genere en beneficio de la entidad financiera, denominados comúnmente comisiones. Así pues, aquellos gastos no necesarios, pero sí habituales, y aquellos otros necesarios, pero no percibidos por la entidad financiera, no quedarán incluidos en el coste, aun cuando pueden influir significativamente en él, destacando, en especial, los impuestos. En las operaciones activas se configura como un tanto prestamista, es decir, como un sistema de expresión del rendimiento de la operación para el acreedor profesional.

IV. TRANSPARENCIA EN LA FASE PRECONTRACTUAL Y EN LA FASE POSCONTRACTUAL

La Circular 8/1990 del Banco de España no sólo establece necesidades de transparencia formal en el momento de perfeccionar el contrato. En un intento de dotar de contenido material y de eficacia a la transparencia exigida, propone un régimen de información financiera precontractual, sometida a control previo para garantizar su transparencia por el Banco de España. En algunos supuestos, se establece un sistema de ofertas vinculantes para las entidades de crédito con nitidez semejante a la exigida en la fase contractual.

De igual manera, y ante el reconocimiento de la transparencia como una virtud no sólo aplicable a la fase de perfección de los contratos, sino también a la de ejecución de los mismos, la Circular 8/1990 extiende el régimen de claridades a las comunicaciones motivadas periódicamente con motivo de la liquidación de los contratos.

Singular referencia merece la modificación introducida con la Circular 3/1996 a la norma séptima de la Circular de Transparencia, obligando a las entidades de crédito a que los documentos en los que basen sus pretensiones en los procedimientos ejecutivos cumplan con las normas de transparencia que establece para las comunicaciones ordinarias a los clientes el anexo sexto de la Circular. Hasta la reforma, las exigencias de transparencia para las entidades de crédito se establecían sólo para el cumplimiento normal de los contratos. Como conse-

cuencia de la modificación, cabe establecer que los bancos deberán basar sus pretensiones judiciales —especialmente en el ámbito del procedimiento ejecutivo— en informaciones de liquidación que contengan todas las menciones que para operaciones activas exige el citado anexo.

Esta obligación de transparencia ilumina el contenido del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues nos permite suponer cuál tiene que ser el contenido mínimo de la liquidación en la que se base el documento fehaciente que abre el proceso. Mayor importancia tiene esta conducta, obligatoriamente transparente, en los procedimientos de ejecución hipotecaria que, como se sabe, otorgan garantías mucho menores a los deudores.

V. CONCLUSIONES

El entramado normativo que pretende establecer un sistema de transparencia en la contratación bancaria tiene distinto origen y se proyecta de forma distinta, y a veces confusa, sobre los contratos.

Con todos sus defectos, esta construcción jurídica —prácticamente realizada en la última década— ha incrementado la calidad de la contratación bancaria.

Ello no nos debe hacer dejar de ver que un tratamiento unitario de la transparencia en la contratación bancaria, frente al actual trino —privado, de consumo y público—, supondría una importante mejora en la eficacia de lo contratado. Conllevaría una generalización del régimen de seguridades a todos los sujetos que contratan con las entidades de crédito.

De igual manera, no debemos olvidar que sería deseable homogeneizar el régimen de transparencia financiera para todo tipo de contratos activos. Carece de sentido exigir requisitos distintos y atribuir efectos distintos a contratos sustancialmente iguales, muchas veces difícilmente distinguibles. La

realidad nos demostrará que la auténtica naturaleza jurídica de los contratos se simulará para lograr evitar la aplicación de la ley más severa, desplazándose los contratos a la cancha de la norma más benévola. Como consecuencia, con causa en una norma de transparencia, se puede generar turbidez, no deseable, en las relaciones contractuales de carácter crediticio.

NOTAS

(1) No olvidemos que, aun cuando las entidades de crédito se relacionan con sus clientes en régimen de mercado, acceden al mercado, en cuanto parte oferente, por decisión discrecional de la autoridad monetaria, una vez cumplidos ciertos requisitos reglados. Es decir, no acceden al mercado en «régimen de mercado perfecto», sino formando un auténtico oligopolio de oferta.

(2) En los sistemas de libre mercado, es presupuesto esencial que los sujetos tomen sus decisiones con un mínimo de libertad e independencia.

(3) La simple posposición de la constitución de la garantía elude la aplicación de la norma. Este hecho no resulta tan extraño, y en puridad ocurre siempre; no olvidemos que, de acuerdo con el artículo 1875 del *Código Civil*, la inscripción del documento en el que se formalice la hipoteca en el Registro de la Propiedad resulta indispensable para su válida constitución.

(4) Al menos así ha sido hasta la última reforma de la Circular 8/1990 provocada por la 3/1996, de 27 de febrero. Como expresa su exposición de motivos, esta Circular pretende adaptar las normas de transparencia bancaria a las modificaciones exigidas por la Ley de Crédito al Consumo. De esta manera, la Circular desarrolla directamente una ley sustantiva con efectos en el ámbito jurídico-privado.

(5) No en vano, ya en el año de 1868, el Decreto de Ruiz Zorrilla se refería a los corredores como «notarios del comercio y de la banca».

(6) Por tanto, no en todos los casos. Esto hace que no se pueda considerar esencial en la contratación bancaria.

(7) Existe una operación financiera típica, el préstamo de campaña, que se utiliza para financiar el circulante de un período de producción. Habitualmente, los distintos sectores productivos pactan con entidades de crédito las condiciones comunes que recibirán en esta financiación, estableciendo un mismo tipo de interés, un mismo vencimiento y unas mismas comisiones. Pero, al formalizarse las operaciones sucesivamente, según la necesidad, en aparente paradoja, éstas presentan TAES distintas.