

**EMILIO AMEZCUA ORMEÑO***Estudiante de Licenciatura de Derecho.  
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña María del Carmen GETE ALONSO, doña María Teresa DE GISPERT PASTOR, don Agustín LUNA SERRANO, don Pedro MIROSA MARTÍNEZ, don Luis PUIG FERRIOL y doña Matilde VICENTE DÍAZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

**Extracto:**

**EL** dato relativo a la aceleración de la deuda de las economías domésticas refleja como pocos la estrecha relación habida entre banca y usuarios de crédito en un mercado concreto. En nuestro país, y según informaciones difundidas por el Banco de España, el endeudamiento de las familias españolas superó los 595.000 millones de euros en el ejercicio 2004, cifra esta equivalente al 75 por 100 del Producto Interior Bruto (PIB) y constitutiva de un incremento del 17,4 por 100 con relación al año anterior. La aceleración de la deuda de los hogares encuentra su explicación en la creciente subida del precio de bienes y servicios de primera y segunda necesidad que obliga a las familias, aprovechando los bajos tipos de interés estipulados, bien a disponer de dinero ajeno, bien a retrasar, por un cierto plazo, el pago de cantidades debidas a cambio del interés pactado. Pero la relación no es solamente económica sino también jurídica.

En efecto, al constituir la cuantía del crédito el objeto de los contratos que consumidores y usuarios bancarios formalizan con las entidades dedicadas a la intermediación financiera, el Derecho de Consumo está llamado a

.../...

.../...

proteger los legítimos intereses económicos y sociales de los destinatarios finales de aquel negocio, haciendo del cliente bancario un sujeto informado. Precisamente, el derecho a la información preside el principio *pro consumatore*, sometido a la salvaguarda de la Constitución Española de 1978 (art. 51) y que ha sido desarrollado jurídicamente a través de otros instrumentos jurídicos, siendo la disposición de cabecera la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, buscando apartar a los tutelados por esta normativa legal de inseguridades jurídicas derivadas de contratos de adhesión, en general, y cláusulas abusivas, en particular, ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles que les conduzcan a un injustificado desequilibrio de parte contractual en el negocio jurídico de que se trate y, en consecuencia, a un empobrecimiento injusto con cargo al haber patrimonial del cliente bancario.

## Sumario:

- I. Introducción.
- II. Tutela de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios.
- III. La empresa bancaria: repercusiones de sus políticas en el consumidor-usuario de servicios y/o productos financieros.
- IV. Inversión de pautas sociales como peligrosa realidad: del consumidor a crédito al crédito al consumo.
- V. Las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.
- VI. Problemas derivados de la utilización de tarjetas de crédito.
- VII. El banco como operador intermediario en las compraventas de mercaderías interempresariales: el crédito documentario.
- VIII. Otros aspectos bancarios.
- XI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Señala REYES LÓPEZ <sup>1</sup> que «la sociedad actual se caracteriza, entre otros elementos, por su rápida evolución, debido al vertiginoso desarrollo tecnológico e industrial». Precisamente, a la elevada tecnología sobre la que se asienta el mundo actual cabe exigirle una importante cuota de responsabilidad por cuanto ha coadyuvado enormemente a forjar un sistema de relaciones económicas donde la internacionalidad y la incertidumbre suponen dos notas consustanciales a aquél, con el consecuente perjuicio para el consumidor o usuario de bienes y/o servicios. Los mentados caracteres obligan diariamente a quienes ocupan la posición más débil en una relación contractual, cualquiera que sea ésta, ha adoptar decisiones no exentas de riesgo, pues el conocimiento total de las condiciones en que se va a desarrollar una operación resulta sencillamente imposible (piénsese, en este sentido, en las compraventas de mercaderías concertadas con crédito documentario cuya función principal no es otra que garantizar el pago de la cantidad acordada). Asimismo, el creciente volumen de negocio y la consecuente complejidad que han caracterizado a las sociedades mercantiles especializadas en sectores concretos (véanse banca y seguros) han conducido a la utilización, por parte de aquéllos, de instrumentos más cómodos y rápidos para la realización de transacciones comerciales, dando lugar a una nueva modalidad de contratación denominada «contratación de masa».

Por todas estas razones, se ha esgrimido una justificada finalidad de proteger la libertad del individuo, pero no la libertad en su sentido más genérico y amplio, ya contemplada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, emanada con motivo de la Revolución Francesa y ciento cincuenta años después recogida en el texto de la Declaración ONU de 1948, sino la libertad de decisión que conlleva todo individuo consumidor, condición asimilable a la de ciudadano, como expresó el presidente Fitzgerald Kennedy en el Congreso de los Estados Unidos el día 15 de marzo de 1972. Fue entonces cuando los poderes públicos, con el Estado a la cabeza, quedaron obligados a dispensar una coherente tutela jurídica en defensa de los legítimos intereses económicos y sociales de consumidores y usuarios. Y en este trabajo se quiere abordar, precisamente, cómo se ha desarrollado esa tutela jurídica del consumidor frente a un contratante poderoso cual es la entidad de crédito. Con la proclamación del principio *pro consumatore*, o, lo que es lo mismo, la defensa del consumidor-usuario en la Constitución de 1978 (art. 51), que supuso el reconocimiento y garantía de cuantos derechos e intereses asisten a aquellos sujetos partícipes en el mercado como destinatarios finales, la promoción de información y educación para con ellos por parte

<sup>1</sup> REYES LÓPEZ, María José: «La protección de los derechos de los consumidores y usuarios», en *Derecho Privado de Consumo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 19.

del poder público, y la posibilidad de fomento de organizaciones de usuarios, se inicia aquí el estudio de una relación harto difícil.

## II. TUTELA DE LOS LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Una definición válida de «consumidor medio» es aquella que se contempla en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las alegaciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, presentada por la Comisión Europea en julio de 2003<sup>2</sup>. Dice así el citado instrumento comunitario: «Se entenderá por consumidor medio el consumidor que esté razonablemente bien informado y sea razonablemente observador y prudente». A nivel estatal, el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) expresa que «a los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». De ambas definiciones cabe extraer ya dos ideas de capital importancia y a enlazar del siguiente modo: se presume que es consumidor medio aquel que, valiéndose de información, atención y perspicacia, está en condiciones de hacer uso de bienes o servicios ofertados por los distintos agentes que operan en el mercado, de forma tal que aquél se dispone a su uso o consumo personal sin volver a introducirlos en el mercado pues es destinatario final de tales artículos o productos y no profesional que busca su comercialización.

El artículo 2 de la LGDCU dispone que «Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado». Precisamente, tales derechos quieren ser tutelados por el Legislador, nacional y comunitario, frente a conductas que entrañen un perjuicio para su titular (consumidor o usuario), en forma de engaño –publicidad engañosa–, abuso –condición abusiva de crédito–, desinformación –opacidad u oscuridad en las cláusulas contractuales–, o alteración pre y contractual, atentando, claramente, contra la buena fe y el justo equilibrio de las posiciones negociales ocupadas por las partes contratantes. El artículo 8 de la LGDCU tiene dicho que «la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude». De las conductas contrarias al espíritu de la ley son responsables quienes producen, facilitan, suministran o expiden los productos o servicios objeto de uso o consumo (art. 1.2 *in fine* LGDCU). Así las cosas, la protección jurídica para con el consumidor o usuario no le será dispensada cuando «medianamente informado y avisado» lleve a cabo una conducta perniciosa para con él mismo y sus intereses (así lo expresó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 28 de enero de 1992 –caso *Ter Voort*–, relativo a la comercialización de tisanas presentadas como poseedoras de propiedades terapéuticas).

Jurisprudencialmente hablando, el principio *pro consumatore* establecido en el antes comentado artículo 51 de la CE se ha hecho un importante hueco en las resoluciones judiciales que ema-

<sup>2</sup> Documento COM (2003) 424 final, de 16 de julio de 2003.

nan de los órganos jurisdiccionales españoles con relación a supuestos donde tienen una participación directa los derechos de los consumidores y usuarios. La Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Barcelona número 761/2004, de 17 de diciembre (JUR 2005\32136) es muy ilustrativa, pues recoge con claridad en qué consiste la tutela jurídica de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores-usuarios. Dice su Fundamento Jurídico 2.º:

«La protección a los consumidores se centra, en primer término, en la publicidad, en la información a los mismos en el contenido, la forma y los supuestos de nulidad de los contratos y en la determinación de conceptos, tales como el coste del crédito y la tasa anual equivalente si se trata del concierto de una operación de crédito al consumo, que han de servir no sólo para informar mejor a los consumidores sino también para dar mayor transparencia al coste, por ejemplo, de los créditos y permitir el contraste entre las distintas ofertas. La protección a los consumidores se refiere también a la ejecución de los contratos vinculados a operaciones de consumo permitiendo que el consumidor pueda oponer excepciones derivadas del contrato que ha celebrado no solamente frente al empresario contratante, sino también frente a las empresas vinculadas con él para financiar el contrato mediante la concesión de un crédito al consumidor. Ello se plasma, por un lado, en la exigencia de forma que indica el artículo 16 de la Ley de Crédito al Consumo para los contratos de este orden, y, de otro, en el artículo 14.2 con la quiebra del principio de relatividad de los contratos, puesto que se dispone que la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b), y c) del apartado 1 del artículo 15, siendo éstas las siguientes: a) Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos; b) que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste; c) que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente.»

Como podrá comprobarse a lo largo del presente trabajo, el posicionamiento de Juzgados y Tribunales bascula claramente hacia el lado de los intereses del consumidor.

### III. LA EMPRESA BANCARIA: REPERCUSIONES DE SUS POLÍTICAS EN EL CONSUMIDOR-USUARIO DE SERVICIOS Y/O PRODUCTOS FINANCIEROS

Siguiendo a SAMUELSON y NORDHAUS <sup>3</sup>, los bancos comerciales surgieron en Inglaterra de la mano de los orfebres, quienes instauraron la costumbre de custodiar el oro y los objetos de valor del público. En no mucho tiempo, los propios banqueros-orfebres se percataron de que los depósitos custodiados por ellos no eran retirados al mismo tiempo. Fue entonces cuando las entidades financieras asumieron su condición de empresas comerciales persiguiendo como objetivo primordial la generación de beneficios para sus propietarios. Tal lucro es obtenido a partir de la diferencia habida entre el cobro de intereses activos y el pago de intereses pasivos –superiores aquéllos a estos últi-

<sup>3</sup> SAMUELSON, Paul A., y NORDHAUS, William D.: «Los bancos y la oferta monetaria», en *Economía*. McGraw-Hill, 15.ª edición, Madrid, págs. 498-506.

mos— generados todos ellos con ocasión de las operaciones y transacciones financieras que los bancos formalizan con empresas y consumidores particulares.

Ahora bien, como señala MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA <sup>4</sup>, «se impone a toda entidad de crédito una obligación de procurar al cliente actual o potencial un conocimiento general sobre las condiciones que aplica a las operaciones que realiza, para que pueda optar por la entidad que mejor sirva a sus intereses». En efecto, toda operación bancaria debe desarrollarse en el ámbito de la autonomía de la libertad, principio enunciado por el artículo 1.255 del Código Civil (en adelante, CC), si bien deberá observar los principios imperativos de la ley, la moral y el orden público de modo que quede desmitificada la máxima de GARRIGUES <sup>5</sup> que dice así: «El Derecho bancario se desenvuelve al margen del Código y al amparo de la libertad de contratación típica de la legislación liberal». Y la desmitificación de dicha máxima pasa, por lo que hace al ordenamiento jurídico español, tanto por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1989 como por la Circular del Banco de España 8/1990, que constituyen la base de la tutela del usuario de servicios bancarios o, en términos de ANDREU MARTÍ <sup>6</sup>, «el material normativo a cuyo través el legislador persigue realizar —sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas generales en materia de consumo, en particular la LGDCU— la tutela del consumidor en el ámbito bancario». En tanto que la Orden ministerial de 12 de diciembre de 1989 está dividida en tres capítulos dedicados al tipo de interés y las comisiones, al servicio de reclamaciones y a la publicidad, respectivamente; la Circular 8/1990 aborda los últimos aspectos tratados por aquélla. Lo cierto es que todas estas normas pretenden limitar el ámbito de actuación de las financieras, pese a la liberalización iniciada en 1987, a favor del cliente bancario.

#### IV. INVERSIÓN DE PAUTAS SOCIALES COMO PELIGROSA REALIDAD: DEL CONSUMIDOR A CRÉDITO AL CRÉDITO AL CONSUMO

En otros términos, el profesor RIVERO ALEMÁN <sup>7</sup> ha puesto de manifiesto que «vivir al día» constituye en la actualidad un preocupante modo de vida por cuanto las unidades familiares están recurriendo con exceso al crédito a fin de cubrir no sólo las necesidades más elementales (alimentación, vestimenta-calzado y vivienda), sino también un sinfín de necesidades secundarias cuyo común denominador no es otro que la satisfacción del capítulo «ocio» y la asignación óptima del tiempo. El crédito que aquí interesa examinar (crédito bancario) supone, en palabras de TAMAMES y GALLEGRO <sup>8</sup>, «un derecho de disposición de un dinero ajeno o, también, un derecho de retrasar, por un cierto plazo, el pago de cantidades debidas, a cambio de cierto interés». Sin embargo, este derecho posibilitado por el banco acreedor al consumidor acreditado está revelándose en estos años como un instrumento financiero no exento de peligrosidad para con las economías domésticas y el Estado

<sup>4</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, Luis: *El derecho a la información de la clientela en los contratos bancarios*. Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 773.

<sup>5</sup> GARRIGUES, Joaquín: *Contratos bancarios*. 2.ª edición (corregida por MOLL DE MIGUEL), Madrid, 1975, pág. 13.

<sup>6</sup> ANDREU MARTÍ, María del Mar: *La protección del cliente bancario*. (Tesis Doctoral), Murcia, 1997.

<sup>7</sup> RIVERO ALEMÁN, Santiago: *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*. Aranzadi-Thomson CO, Elcano (Navarra), 2002, págs. 197-202.

<sup>8</sup> TAMAMES, Ramón, y GALLEGRO, Santiago: *Diccionario de Economía y Finanzas*. Alianza editorial, Madrid, 1996, pág. 189.

mismo. Dicho de otro modo, el paso del consumidor a crédito al crédito al consumo, constatado especialmente en la última década, está traduciéndose en un abuso de crédito «justificado» socialmente por la consecución de una mayor calidad de vida, pero que al mismo tiempo conlleva elevados riesgos de sobreendeudamiento, morosidad, inflación y déficit de la balanza comercial.

La SAP de Málaga número 82/2004, de 1 de diciembre (JUR 2005\39407) define el contrato de crédito al consumo como:

«(...) Aquel por el que una parte, empresario en el círculo de su actividad profesional, concede a otra, consumidor, persona física, un crédito a través de cualquier operación de financiación, para la satisfacción de sus necesidades personales.»

De la citada resolución judicial llaman poderosamente la atención dos aspectos. De un lado, y en orden al criterio subjetivo-causal, el acreditado solamente podrá serlo todo consumidor que sea persona natural pues el Legislador está persiguiendo, como pone de manifiesto PRATS ALBENTOSA <sup>9</sup>, «la realización del objeto social de aquél». En este sentido, el crédito tiene por objetivo satisfacer necesidades que resulten ajenas a la actividad profesional o empresarial del acreditante, es decir, necesidades o propósitos personales (art. 1 Ley 7/1995, de Crédito al Consumo). De otro lado, cuando la resolución traída a colación habla de la concesión del crédito «a través de cualquier operación de financiación» está poniendo de manifiesto la onerosidad de la financiación obtenida y el pacto a que se compromete el consumidor con la entidad crediticia a restituir el precio en forma aplazada junto con el interés estipulado.

Socialmente es sabido que uno de los fines a que se destina el dinero tomado a préstamo responde a una necesidad curricular, esto es, el aprendizaje de idiomas extranjeros. Es abundante la jurisprudencia que entra a conocer de las controversias suscitadas en «relaciones triangulares» que pivotan sobre operaciones de crédito a consumo y en las que la parte más débil no es otra que el alumno consumidor o su representante legal a cuyo cargo queda fijado el reembolso del importe adelantado. La SAP de La Coruña número 199/2004, de 13 de septiembre (AC 2004\2050), se plantea las consecuencias que entraña para el consumidor una relación contractual mayormente bilateral que triangular, pues prestador de servicios y entidad financiera se hallan estrechamente ligados a través de la figura jurídica del contrato vinculado, caracterizado por la celebración por parte del consumidor de sendos contratos: uno de compraventa o prestación de servicios y otro de préstamo o financiación, entendiéndose la vinculación entre ellos en tanto en cuanto el crédito se concede con la finalidad exclusiva de obtención del bien o servicio deseado (aquí, cursos de idiomas). Estas y otras cuestiones, que hablan de un déficit de protección respecto al consumidor en supuestos como los cursos de idiomas –a fin de cuentas, compraventas de bienes a plazos–, han motivado la reacción del Legislador nacional y comunitario a través del establecimiento de mecanismos de tutela de los derechos de aquéllos. El Fundamento Jurídico 2.º de la mentada SAP de La Coruña señala lo siguiente:

«Desde la perspectiva del consumidor, tal forma de contratación no le produce beneficios, pues le resulta indiferente abonar los pagos aplazados del precio al comprador o prestador de servicios (aca-

<sup>9</sup> PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Crédito al consumo», en *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 420.

demia de inglés, aquí WSI Coruña Dos) o a la financiera (Banco Pastor), dado que su carga o esfuerzo económico es el mismo en ambos casos; *mas resulta notoriamente perjudicado, desde el punto de vista jurídico, pues de no vincular ambos contratos, de considerar que no existe una unidad de causa concreta, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador de servicios (WSI, que cierra sus locales y deja de prestar el curso de inglés) impediría al consumidor ejercitar frente a la financiera la excepción de contrato incumplido o entablar la acción resolutoria del contrato suscrito, en tanto en cuanto se encontrara con el argumento de la entidad prestamista de que ella cumplió con sus obligaciones y, por ende, no le afectan las vicisitudes por las que atravesase el iter contractual de tracto sucesivo entre WSI y su cliente (...). A más abundamiento se opera con una gran opacidad porque los consumidores al firmar el contrato de enseñanza no se dan cuenta de que han formalizado otro distinto de financiación con una entidad diferente, sin que se les dé otra opción de financiación.»*

En supuestos como el que aborda la citada resolución, la tutela jurídica del consumidor-usuario radica en un compendio normativo encabezado por el artículo 9.2 de la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, cuyo contenido jurídico se resume en la resolución del contrato de adquisición que afecta al del préstamo destinado a su financiación, y el artículo 14.1 de la Directiva 1987/102/CEE, en cuya virtud «los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se substraigan, en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva. Asimismo, garantizarán además que las disposiciones que adopten para la aplicación de la presente Directiva no sean eludidas como consecuencia de la forma en que se otorguen los contratos, y en particular mediante el procedimiento de distribución de la cuantía del crédito entre varios contratos». Una conclusión a extraer de la normativa apuntada estriba en que las necesidades de financiación del empresario de ningún modo pueden repercutir en una privación o indebida restricción de las facultades y derechos de los consumidores.

La SAP de Valencia número 377/2004, de 5 de julio (JUR 2005\9934), en otro supuesto de contrato de enseñanza y cesión de crédito desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BSCH, haciendo hincapié en que el giro de los recibos a la alumna contratante una vez ésta había puesto en conocimiento de la entidad financiera el fin en la continuación de las prestaciones a que se había comprometido el centro de idiomas (*Cambridge School*) constituye una tajante conculcación de la tutela protectora que las leyes dispensan para con el consumidor-usuario. Dice así el Fundamento Jurídico 4.º de la citada sentencia:

«El centro de enseñanza *Cambridge School* remitió carta a sus alumnos informándoles de que le resultaba imposible continuar con la prestación de los servicios contratados y que daba por resuelto el contrato con efecto de 10 de febrero de 2003. Ante tal situación, la demandante puso en conocimiento de la entidad financiera tal eventualidad al efecto de que no le siguieran girando los recibos; *no obstante, la entidad crediticia hizo caso omiso, viéndose la demandante obligada a pagar las amortizaciones hasta la cancelación del crédito en junio de 2003, ascendiendo a 416.20 euros, que es el importe ahora reclamado.»*

En parecido sentido discurre la SAP de Asturias número 15/2004, de 22 de enero (JUR 2004\80550), donde el Tribunal sentenciador desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación



procesal de la entidad financiera y da la razón al consumidor, que suscribió un contrato de matrícula para la enseñanza de inglés en la entidad *Open English* al tiempo que un contrato de cesión de crédito con BSCH, y posteriormente con base en una alteración de sus circunstancias laborales, decide resolver el contrato remitiendo carta certificada a *Open English* –entidad que deniega su petición– hasta el punto de seguir exigiendo el pago del precio a través del banco.

## V. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS

La previsión por parte de la ley –en este caso, el art. 10 bis.1 LGDCU– de una definición de «cláusula abusiva» encuentra su razón de ser en la necesidad de garantizar a todo consumidor un efectivo conocimiento de todas aquellas cláusulas estipuladas en un documento contractual. En este sentido, el Tribunal Supremo (TS) exige claridad, material e intelectual, en la redacción de toda cláusula, de forma que posibiliten una comprensión directa; también precisión para que en todo caso sean entendidas en el sentido más favorable para el adherente (entre otras, STS de 22 de febrero de 1985). Asimismo, el Alto Tribunal hace hincapié en la prevalencia de la condición particular sobre la general, caso de resultar incompatibles entre sí; y apuesta, finalmente, por una interpretación basada en la opción por la condición más favorable al adherente, y preferencia de la condición más favorable, así como interpretación más favorable a la parte más débil del contrato por no haber tomado parte en la redacción del clausulado (SSTS de 18 de julio de 1988 y 27 de enero de 1990, respectivamente).

Para que una cláusula puede ser considerada como abusiva deberá ser ésta contraria a la buena fe (art. 7 CC) al tiempo que comportar un desequilibrio contractual relevante que opere en perjuicio del consumidor. Por partes, la buena fe, objetiva que no subjetiva, queda conculcada en el momento en que la conducta desplegada por una de las partes contratantes supone, siguiendo los términos empleados por la STS de 22 de febrero de 2001, «un comportamiento humano objetivamente injusto, deshonrado e ilógico en el sentido de no estarse a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, frustrando la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata y oferta contratar (precontrato) queda obligado no sólo a lo que se exprese de modo literal sino también a sus derivaciones naturales». El desequilibrio contractual, por otro lado, se mide respecto de la regulación legal del contrato mismo, comúnmente de carácter dispositivo, por lo que aquélla puede verse desplazada por las partes. Ahora bien, los límites a la utilización de condiciones generales como instrumento a través del cual encauzar el predisponente los intereses que le son propios derivan del artículo 1.255 del CC, precepto contenedor del principio de la autonomía de la voluntad. En palabras de SERRA RODRÍGUEZ<sup>10</sup>, «se trata de que la cláusula contractual sea en lo posible el reflejo de la autonomía privada de unos contratantes en condiciones de igualdad, para lo cual resulta de enorme utilidad conocer la reglamentación que se derivaría de las normas dispositivas, de los usos, de la moral o de las buenas costumbres». Ello enlaza con la previsión del artículo 6.1 Directiva 93/13/CE, en cuya virtud «no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato».

<sup>10</sup> SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *Derecho Privado de Consumo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 335-354.

En el ámbito de las cláusulas abusivas, uno de los problemas que se ha suscitado en sede de Tribunales viene referido a si vencido el préstamo de manera anticipada respecto de las cuotas en dicho momento pendientes de pago procedería su abono en su integridad, esto es, comprensivo del capital aún no pagado con los intereses remuneratorios correspondientes a dicha cuantía, o por el contrario sólo procedería exigir el pago de dicho principal con la exclusión de los referidos intereses. Tal cuestión, controvertida, ha dividido a la jurisprudencia en dos posicionamientos antagónicos. Por ejemplo, la última de las soluciones comentadas fue adoptada en la SAP de Asturias de 27 de diciembre de 2001, en cuyo Fundamento Jurídico 4.º queda recogido:

«El pacto por el que se permite a la entidad financiera reclamar los intereses remuneratorios de las cuotas pendientes de pago tenía la naturaleza de una cláusula penal, que como tal en principio tendría la función liquidadora de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y era moderable por los Tribunales y que, además, era incompatible con los intereses moratorios, pues éstos, tal y como establece el artículo 1.101 del CC, no son más que la indemnización de los daños y perjuicios dimanantes del retraso en el cumplimiento.»

Esta resolución judicial, reproducida parcialmente, cita otra del TS de 2 de noviembre de 2000, que declara la nulidad de la cláusula aquí examinada por considerar que vulneraba el artículo 10.4 de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que proscribía las condiciones abusivas de crédito, señalando que en tales casos el prestatario debe abonar el capital pendiente y los plazos relativos a los intereses vencidos antes de la reclamación. Más aún, expresa:

«En suma, en los supuestos de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo, la devolución del prestatario ha de comprender todo el capital impagado así como los intereses aún no satisfechos relativos a las cuotas vencidas por entonces, esto es, en el momento de la liquidación anticipada.»

En cambio, la SAP de León número 219/2004, de 1 de julio (JUR 2004\288802), sintetiza sobre el tema en otro sentido:

«No cabe reputar nula por abusiva la cláusula cuarta del contrato de préstamo que liga a las partes, puesto que la facultad de resolver anticipadamente el contrato que se reserva la entidad financiera no es incondicional o arbitraria, sino que depende de una previa contravención del contrato por el prestatario, según se desprende de la lectura de esa estipulación, lo cual, además de ser trasunto del artículo 1.124 del CC (...)

(...) es acorde con la libertad de contratación plasmada en el artículo 1.255 del mismo Cuerpo Legal, ya que el mencionado pacto no es contrario a las leyes, la moral o el orden público, sino que establece un remedio frente al incumplimiento de la otra parte, puesto que también los prestatarios están vinculados y obligados en virtud del contrato al cumplimiento de lo expresamente pactado, esto es, la amortización del préstamo en los plazos acordados (art. 1.258 CC), sin que pueda dejarse al arbitrio de su voluntad (art. 1.256 CC); en consecuencia, no puede decirse que constituya una infracción del artículo 10 c).2.º de la LGDCU, donde se contempla, como paradigma de cláusula contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones, las que faculten a una de las

partes para resolver discrecionalmente el contrato, salvo las excepciones recogidas en el precepto, situación que no es la descrita en la expresada cláusula cuarta, ya que la resolución anticipada se supedita a la infracción de lo convenido por parte de los prestatarios, que es lo aquí acontecido.»

Como cierre al problema aquí abordado y que puede resumirse en la cuestión «¿qué debe comprender la devolución del prestatario vencido anticipadamente el préstamo?», cabe destacar, por la claridad de sus términos, la SAP de Toledo de 13 de diciembre de 2000, cuyo Fundamento Jurídico 5.º dice lo siguiente:

«Una de las condiciones generales de común inclusión en los contratos crediticios o de financiación es aquella que contempla, como modo de extinción, la facultad de resolución unilateral del negocio por parte de la entidad acreedora. En este sentido, la ley no considera válidas las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver "discrecionalmente" el contrato en virtud del artículo 10 c).2.º de la LGDCU. Por el contrario, y con independencia de las particulares excepciones a esta regla, que la propia norma establece, nada cabe objetar a la licitud de las cláusulas de resolución anticipada cuando tal derecho se apoye en una causa justa y objetiva, siempre que ésta aparezca expresada en el contrato, goce de la necesaria concreción, sea conforme a la naturaleza del aquél y tenga entidad suficiente como para fundamentar tan grave secuencia. Entre las causas que podemos considerar justas, al no depender de la arbitraria y discrecional voluntad de la parte que ostenta la facultad resolutoria está aquella referida a la facultad de resolver obligaciones recíprocas por incumplimiento.»

De los términos expuestos puede extraerse que el posicionamiento de la llamada jurisprudencia menor (en el mismo sentido que la SAP de Toledo se sitúan otras muchas, entre otras, SAP de Burgos de 28 de junio de 2000, y SAP de Tarragona de 30 de junio de 2001) se justifica en que el obligado, *ex ante*, sabe que de no cumplir lo que le incumbe se verá perjudicado por la resolución anticipada de la obligación bilateral y recíproca con apoyo legal en el artículo 1.124 del CC. Ahora bien, con relación a la resolución justificada en el incumplimiento de la obligación, el TS tiene dicho que para que proceda la resolución de un contrato ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, «sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin económico del contrato» (STS de 29 de diciembre de 1997).

En otra dirección, también cabe entrever cláusulas abusivas en el ámbito hipotecario, más concretamente, en lo referido a la subrogación en el pago de la carga hipotecaria para la construcción de viviendas. Aun cuando los consumidores actúen contra sus propios actos y derechos que les reconoce la ley asumiendo, a partir del pacto suscrito con la entidad de crédito contratante, la imposición de todos los gastos de constitución de la hipoteca –incluidos aquellos que impliquen la carga de los mismos a la parte destinada a financiar la fase de construcción de la vivienda–, tal cláusula cabrá reputarla nula de pleno derecho. Y ello porque se entenderá que vulnera la buena fe así como el equilibrio contractual entre las partes negociantes, normas imperativas reconducibles al principio de autonomía de la voluntad con límites del artículo 1.255 del CC. Por ello, estando previstas y, por ende, prohibidas cláusulas redactadas en el sentido comentado en el artículo 10.1.11.º de la LGDCU, la consecuencia de su nulidad, al no cumplir los requisitos de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones según el artículo 10 c).1.º de la LGDCU, deviene por imposición del artículo 10 bis.2

de la citada ley. La SAP de Madrid número 412/2004, de 1 de julio (JUR 2004\253420), analiza el hecho controvertido de haber pagado los aquí demandantes la cantidad principal en concepto de gastos correspondientes para la constitución del préstamo hipotecario, tanto en lo concerniente a la fase de construcción del inmueble como a la de su adquisición. Dice así su Fundamento Jurídico 2.º:

«El tema del presente litigio se circunscribe a determinar si, pese a incluirse en el contrato de compraventa que los compradores se subrogaban en el pago de la carga hipotecaria que gravaba la finca –estipulación 2.a– dicha cláusula es válida y, como tal, vincula a las partes contratantes conforme al principio de autonomía de la voluntad y libertad de pacto que proclama el artículo 1.255 del CC, como sostiene la sociedad demandada y ha sido admitido por la sentencia que ahora se recurre, o si, por el contrario, cabe entender aplicable a la misma (...)

(...) el apartado 11 de la regla c) del artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, y, en consecuencia, se ha de declarar la nulidad de dicha cláusula, como pretenden los actuales demandantes. Sobre dicho particular ha tenido ocasión de pronunciarse ya este Tribunal, entre otras, en Sentencia de 8 de noviembre de 1993 dictada por la Sección 21, *considerando en todos los casos –al igual que sucede en el caso que ahora nos ocupa– que las cláusulas en virtud de las que se impone a los compradores la obligación de pagar los gastos devengados por la tramitación, obtención, constitución y división de la hipoteca son nulas en cuanto merecen la consideración de abusivas y atentatorias a la buena fe o al justo equilibrio de las prestaciones de los contratantes al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 c).1.º del antedicho Cuerpo Legal. Consiguientemente se han de reputar no puestas por imperativo de la regla 4 de dicho precepto y, de conformidad con lo expuesto, se entiende que el pago de su importe por los compradores en el caso que ahora nos ocupa es indebido.»*

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del vencimiento anticipado del préstamo, analizando anteriormente, la temática referente a los gastos de constitución de hipoteca destinados a sufragar la fase de construcción de la vivienda goza de un entendimiento jurisprudencial unánime caracterizado por la tutela jurídica de los legítimos intereses económicos y sociales del consumidor-usuario. Siguiendo a TAMAYO CARMONA <sup>11</sup>, con la expresión «legítimos intereses económicos y sociales» de los consumidores y usuarios se hace referencia «a la especial posición negocial de éstos a la hora de entablar relaciones negociales con los empresarios o profesionales, con el fin de asegurar el principio de igualdad en su calidad de partes en el acto de consumo y el equilibrio de las prestaciones del negocio». Otro ejemplo que evidencia la dirección *pro consumatore* adoptada por nuestros órganos jurisdiccionales es la SAP de Valladolid de 28 de abril de 2003, cuyo Fundamento Jurídico 3.º dice así:

«Siendo la cuestión debatida en la instancia la nulidad de las estipulaciones contenidas en el contrato privado de compraventa y subsiguiente escritura pública suscritas por los actores en cuanto que imponen a los mismos la obligación de soportar los gastos derivados de la constitución de la hipoteca en la parte destinada a financiar la construcción de la finca, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 c).11 de la LGDCU es plenamente ajustada a derecho toda vez que lo cierto es que de la escritura de préstamo es contraria a las normas imperativas a que alude el artículo 1.255 del CC.»

<sup>11</sup> TAMAYO CARMONA, Juan Antonio: «La protección de los legítimos intereses económicos y sociales», en *Derecho Privado de Consumo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 252.

Las condiciones abusivas de crédito, materializadas en intereses desproporcionados, resulta ser otro de los capítulos que ha reclamado fundamentalmente la atención de la doctrina y la jurisprudencia. TAMAMES y GALLEGO<sup>12</sup> definen «interés» como «cantidad que se paga como remuneración por la disponibilidad de una suma de dinero tomada en concepto de crédito y que se justifica como retribución por el factor capital, o por la abstinencia de consumo que significa para el prestamista». Pero no debe olvidarse que el «interés» es también el origen de la renta percibida por las entidades crediticias, esto es, el beneficio obtenido a partir de la diferencia habida entre el ingreso de dinero con abono de intereses pasivos y la prestación de aquél con el cobro de intereses activos. Y es en el ámbito del «interés» donde deben perfilarse dos cuestiones: qué cabe entender por condición abusiva de crédito; y si es compatible la prohibición de aquélla con la legislación de la usura.

Abordando la primera cuestión planteada, una cláusula estipulada en un contrato bancario cabe reputarla de «condición abusiva de crédito» cuando, por ejemplo, impida que los intereses puedan ser fijados por un factor objetivo, alejado, por tanto, de los tipos de referencia utilizados por la propia entidad financiera (RDGRN de 7 de septiembre de 1988). En este sentido, la SAP de Asturias número 308/2004, de 9 de julio (AC 2004\1163), declara la nulidad de la cláusula de intereses incorporada en un contrato de préstamo que tenía por finalidad «financiaciones a familia» por considerarla abusiva al amparo del artículo 10 bis de la LGDCU. El órgano juzgador del caso de autos argumenta así en la citada sentencia:

«En el presente caso, en un contrato de préstamo orientado a la financiación de unidades familiares, celebrado el 27 de julio de 2001, se estableció como tipo de interés efectivo anual postpagable (TAE) un 22,22 por 100, muy alejado del interés legal del dinero a dicha fecha (5,5%) como del límite máximo al que se refiere el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo (13,75% de TAE), hasta el punto de que *debe considerarse claramente desproporcionado, causando en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, en el sentido previsto en el apartado primero de dicho artículo 10 bis*. Se trata, por otra parte, de contratos de adhesión, en los que no es común o usual que el consumidor pueda negociar individualmente con el banco o entidad financiera el tipo de interés aplicable, como sería necesario para evitar esa calificación de abusiva. Contraviniendo el artículo 10 bis, el aquí demandado no ha practicado la prueba que le incumbe».

Por lo que hace a la segunda cuestión planteada, esto es, resolver si en el concepto de «condición abusiva de crédito» son susceptibles de inclusión los préstamos usurarios, el TS en Sentencia de 11 de febrero de 1999, comentando algunos preceptos de la Ley Azcárate, aporta luz sentando lo siguiente:

«Afirmamos asimismo la compatibilidad de la Ley de 1908 sobre Préstamos Usurarios con la normativa protectora de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, con aplicación en este caso de la reforma operada en virtud de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la contratación; destacando cómo el artículo 7 de la citada Ley 26/1984 obliga a que los intereses de los consumidores sean respetados en los términos establecidos en ésta, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles.»

<sup>12</sup> TAMAMES, R. y GALLEGO, S.: *Diccionario de Economía y Finanzas*, op. cit., pág. 358.

La SAP de Barcelona número 510/2004, de 2 de julio (JUR 2004\219427), citando otra resolución (la STS de 7 de mayo de 2002), hace recoger en su Fundamento Jurídico 2.º la siguiente argumentación:

«Son de aplicación las limitaciones de la ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 y, por lo tanto, procede anular el préstamo del supuesto de autos en el que el interés remuneratorio es del 29 por 100 al que se añadieron unos intereses de demora del 40 por 100 adicional de cláusula penal, debiendo apreciarse el carácter usurario o abusivo de los intereses pactados en este contrato de préstamo al amparo de lo establecido en el artículo 1.755 del CC, que insta a que toda apreciación se efectúe atendiendo a las circunstancias del caso concreto.»

Ahora bien, teniendo en cuenta la compatibilidad entre la Ley Azcárate y la LGDCU y la fecha en que se concertó el contrato de préstamo de autos, como señala la propia SAP de Barcelona de 2 de julio de 2004:

«(...) No resulta de aplicación, atendida la fecha en que se concertó el préstamo, el artículo 10 de la LGDCU en su redacción original (que preveía el efecto de la nulidad de pleno derecho: antiguo inciso 4.º), sino el de la moderación, facultad concedida por el artículo 10 bis.2 de la LGDCU, de forma tal que permite la subsistencia del contrato con arreglo al principio de conservación del contrato previsto en el artículo 1.258 del CC (...). Resultando, pues, evidente la desproporción respecto del interés legal del dinero, procede la moderación de la cláusula discutida conforme al artículo 1.154 del CC, considerando procedente el interés del 18 por 100 anual.»

Tan sólo tres días más tarde, otra SAP de Barcelona aunque de distinta Sección (19.ª), con número 360/2004, de 5 de julio (JUR 2004\219353), estimaría el recurso de apelación interpuesto por la entidad de crédito actora (BSCH). En esta última resolución judicial se aborda la Ley de represión de la usura en los siguientes términos:

«El artículo 1 de la Ley Azcárate señala que será nulo todo contrato de préstamo en el que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se disponga recibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada. Las distintas resoluciones que sobre esta cuestión ha emitido el TS habían venido considerando, bien que tal precepto contiene tres distintos supuestos: a) interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; b) leoninos que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación desfavorable; y c) aquellos préstamos en los que se suponga recibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada; así, Sentencias de 21 de octubre de 1911 y 24 de marzo de 1942, o bien que sólo afronta el mencionado artículo dos supuestos, los considerados bajo las letras a) y b) que hemos expresado, por un lado, y el nominado, por otro; el efecto principal de esta última tesis es la de entender necesaria la concurrencia de la desproporción en el tipo de interés y el aprovechamiento de las circunstancias de desprotección del prestatario (...). Desde las precedentes consideraciones, analizando en el presente caso el pacto que se impugna como abusivo por establecer un tipo pactado para los intereses remuneratorios u ordinarios,

cifrado en el 13 por 100, no puede confundirse el interés "legal" cifrado en el año 2000 en un 4,25 por 100 con el interés "normal", a efectos de cifrar la manifiesta desproporción (...) por lo que concluimos que el riesgo asumido justifica el tipo aplicable respecto del señalado como normal.»

La clave para entender por qué resuelven de distinto modo los órganos jurisdiccionales en supuestos similares radica en diferenciar, forzosamente, entre los intereses remuneratorios de los préstamos de los intereses de demora por el incumplimiento de la obligación de pago de los plazos pactados –típica cláusula penal–. En consecuencia, al tener régimen distinto, no cabe la extensión de la Ley de represión contra la usura a los daños y perjuicios ni a las cláusulas penales por incumplimiento.

Otras resoluciones ilustrativas de cuanto acaba de decirse son la SAP de Barcelona número 628/2004, de 30 de diciembre (JUR 2005\55661), que señala en su Fundamento Jurídico 4.º que:

«Aunque es cierto que en 1989 un interés de demora del 25 por 100 era normal, desde hace algunos años ya no lo es, pues al haber bajado los intereses remuneratorios, el de demora que supone una sanción por el incumplimiento ya no es tan alto, por lo que debe moderarse en virtud de la facultad de los Tribunales, artículo 1.154 del CC, y el principio de protección al consumidor, por lo que se ha de corregir al 20 por 100 como límite razonable.»

Y, también, la SAP de Barcelona número 883/2004, de 30 de diciembre (JUR 2005\55652), que se hace eco de la posibilidad, abierta por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de analizar el carácter abusivo de cláusulas, por ejemplo, penales por incumplimiento de la obligación de devolver el capital y los intereses pactados en el marco de un préstamo bancario. La citada resolución judicial en su Fundamento Jurídico 6.º y respecto al supuesto de autos dice:

«Es evidente la desproporción de los intereses de demora respecto del interés legal del dinero, procediendo su moderación conforme al artículo 1.154 del CC si ésta se pretende y ha sido el contrato parcialmente cumplido por la demandada, concurriendo causas suficientes para aplicar la moderación, considerándose procedente el establecido en la sentencia recurrida, hasta el día del pago, por lo que el recurso de la actora ha de ser desestimado, con imposición a la misma de las costas de esta alzada derivadas de dicha desestimación.»

Gran parte de las desproporciones que se contemplan en cláusulas contractuales tiene su origen en la sociedad globalizada a que se hacía referencia en la introducción de este trabajo y cuyo resultado más visible, jurídicamente hablando, se ha traducido en la división de posiciones contractuales entre preeminentes y débiles y la imposición de condiciones generales necesitadas de equilibrio por tener incidencia en el tráfico jurídico. Esta idea queda recogida por la STS de 5 de diciembre de 2002 de este modo:

«Nuevas realidades sociales están dejando, a veces, malparada la libertad de contratación, por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras que perjudiquen a la llamada "parte débil del contrato", ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales.»

## VI. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

La tarjeta de crédito, aparecida por primera vez en Estados Unidos allá por el año 1894, puede definirse como un soporte plástico que, dotado de una banda magnética donde queda recogido el número de identificación personal o PIN, constituye un documento personalísimo por concurrir en él datos físicamente representados, tales como la identificación del emisor y, en su caso, de la entidad gestora; así como la identificación del titular y las fechas de emisión y caducidad. Esta definición, quizás larga, puede verse resumida y concretada en aquella otra que propone cierto sector de la doctrina encabezado por BOQUERA MATARREDONA <sup>13</sup>, quien define el contrato de tarjeta de crédito como «un contrato de adhesión, nominativo, intransferible, sinalagmático, de ejecución continuada y temporal». Todavía un afán de reduccionismo, si se quiere, economicismo en los términos, posibilita definiciones más breves. En este sentido, cabe traer a colación a BROSETA PONT <sup>14</sup>, quien consideraba las tarjetas de crédito como «títulos de legitimación o como títulos semejantes a los títulos valores o, más concretamente, como títulos valores impropios», tesis esta que ha encontrado apoyo en resoluciones judiciales varias (entre otras, la SAP de Barcelona de 17 de enero de 1992, que califica a la tarjeta de crédito como «título crediticio impropio e instrumento de pago y de crédito»).

Así las cosas, la generalidad de la doctrina coincide en señalar que una de las obligaciones que corresponden al titular de este instrumento de pago estriba en notificar a la entidad emitente las modificaciones relativas a sus datos o circunstancias personales o patrimoniales en el momento en que éstas se produzcan. Precisamente, esta obligación pone de relieve una vez más el carácter personalísimo que reviste la tarjeta de crédito en cuanto documento intransferible, por lo que ni puede ser empleada por sujeto distinto de su titular, ni puede dejarse en garantía del cumplimiento de obligaciones cualesquiera (piénsese en el contrato de prenda y los requisitos exigidos para su constitución por el art. 1.857 CC <sup>15</sup>). Con todo, sí se admite que quien realiza una operación de depósito irregular pueda pignorar un derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantenga o que contraiga con la entidad bancaria en cuestión (así lo han expresado las SSTS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, y la de 25 de junio de 2001).

También la jurisprudencia ha querido aproximarse al concepto de «tarjeta de crédito» proponiendo definiciones como la contemplada en la SAP de Madrid número 696/2004, de 5 de noviembre (JUR 2005\7091), cuyo Fundamento Jurídico 3.º tiene dicho lo siguiente:

«El denominado Contrato de Tarjetas de Crédito para compras es negocio jurídico atípico, permitido por los artículos 1.091 y 1.255 del CC, pero ni regulado en su texto ni en el del Código de Comercio vigente, participando de la naturaleza de un negocio jurídico mixto de cuenta corriente, compraventa y arrendamiento de servicios con precio aplazado, y moviéndose en la órbita conven-

<sup>13</sup> BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «El impago de la deuda por la entidad emisora de la tarjeta de crédito», en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*. Aranzadi editorial, Elcano, Navarra, 2000, pág. 386.

<sup>14</sup> BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho mercantil*. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 625.

<sup>15</sup> El artículo 1.857 del CC, también aplicable a la hipoteca, exige como requisitos esenciales para la constitución del contrato de prenda que ésta se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca, y que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.



cional de los denominados contratos de adhesión, lícitos y permitidos por nuestro ordenamiento en tanto en cuanto no generen situaciones abusivas y de desequilibrio, no es menos cierto que el actor, al suscribirlo con su firma, conoce todas y cada una de sus cláusulas.»

El uso del «dinero de plástico» por parte del usuario bancario no está exento de controversias, algunas de ellas todavía no resueltas por el ordenamiento jurídico español. Desde una perspectiva punitiva, el propio Legislador está configurando tipos penales a partir de los cuales castigar conductas cuya ilicitud derive de una utilización fraudulenta del mecanismo de realización de transacciones financieras aquí analizado. El hecho de que la mayor parte de la jurisprudencia sobre tarjetas de crédito se refiera a falsedades en documentos mercantiles (entre otras, la STS de 15 de marzo de 1994, y las SSAP de Zamora de 1 de julio de 1994 y Madrid de 27 de febrero de 1996) hace entrever que la persecución y castigo de conductas ilícitas tipificadas en preceptos tales como los artículos 237 (delito de robo), 248 (delito de estafa) y 395 (delito de falsedad en documento mercantil) del Código Penal está surtiendo efecto en un país como España que es, según informan las autoridades monetarias europeas con sede en Francfort (Alemania), el territorio que, en los últimos años, más ha desarrollado los sistemas de pago con tarjeta tanto de crédito como de débito. Según datos aparecidos en la prensa, ya en 1993 se efectuaron en nuestro país ventas pagaderas con tarjetas de crédito por un valor superior a los siete billones de pesetas, existiendo por entonces 23.000 cajeros automáticos <sup>16</sup>. Diez años después, las cifras se habían triplicado y cuadruplicado respectivamente <sup>17</sup>, y ello aun cuando Bruselas ha alertado a las autoridades españolas de que España es el país de la zona euro donde mayor número de billetes de 500 euros está en circulación. La paradoja es real aun cuando sea difícil de explicar.

Aplicando la normativa estatal sobre protección al consumidor (Ley 26/1984, LGDCU; Ley 7/1995, LCC; Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista; y Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación), las normas sobre una buena práctica bancaria y las recomendaciones de la Unión Europea 489/1997 y 590/1998 sobre sistemas de pago y relaciones entre titulares y emisores de las tarjetas de crédito, debe concluirse que la responsabilidad por el uso fraudulento de terceros de tales instrumentos de pago, en los casos de sustracción o extravío, no corresponde al titular, siempre que cumpla con unos mínimos deberes de diligencia, debiendo responder aquél sólo en supuestos de grave negligencia o cooperación, limitando incluso su responsabilidad en casos de falta de aviso a la cantidad de 150 euros, recomendada por organismos europeos. La SAP de Barcelona número 119/2004, de 27 de febrero (JUR 2004\118690), que entra a conocer sobre el aspecto de la responsabilidad con ocasión de la realización de operaciones fraudulentas, analiza a la luz de la normativa estatal y comunitaria antes citada la cláusula 6.1, que incorpora el contrato objeto de controversia en el supuesto planteado. En virtud de dicha cláusula, «la responsabilidad del contratante para las operaciones fraudulentas realizadas por terceros, durante las 24 horas anteriores a la notificación a "La Caixa", se establece en el importe definido en las condiciones particulares de cada una de las tarjetas asociadas a este contrato –en nuestro caso, 120,20 euros– a menos que se haya actuado fraudulentamente, intencionadamente, negligentemente, o no se hallan respetado las condiciones establecidas en el presente contrato, concretamente los apartados 4 y 5, relativos a las condiciones de utilización de la tarjeta y las obligaciones del contratante». Expuesta la controvertida cláusula, la citada sentencia deja dicho:

<sup>16</sup> *Las Provincias* (guía del dinero). Domingo, 19 de junio de 1994.

<sup>17</sup> *Cinco Días*. Miércoles, 25 de junio de 2003.

«La cláusula viene a establecer una responsabilidad compartida de la entidad bancaria y del usuario por las operaciones fraudulentas que se lleven a cabo durante las 24 horas siguientes a la sustracción, siempre que durante ese período se aperciba el usuario y lo comunique a la entidad bancaria, pues es en el que se entiende que este último no ha incurrido en responsabilidad por no haberse apercebido de la misma. En el supuesto enjuiciado, la actora no se apercebó de la sustracción hasta pasados 12 días –cuando recibió el extracto del banco–, pero aunque lo hubiera hecho en ese plazo de 24 horas y lo hubiera notificado al Banco, nada habría cambiado, por lo que la recta interpretación de la cláusula no permite que se utilice la demora en la comunicación como fundamento de la exención de responsabilidad de la entidad bancaria. En consecuencia, la responsabilidad de la actora debe limitarse a 120,20 euros.»

La SAP de Murcia número 276/2004, de 29 de septiembre (JUR 2005\70297), resuelve otro supuesto relativo al uso de tarjeta de crédito donde la entidad bancaria apelante («BBVA») afirma que el cliente bancario «no cumplió con las obligaciones mínimas de custodia al dejar la tarjeta en el interior del vehículo en una cartera a la vista, en una zona de playa concurrida, y que no dio aviso inmediato de la sustracción, tardando dos días en hacerlo». Sin embargo, el órgano jurisdiccional en este supuesto de autos deja claro lo siguiente:

«(...) No puede considerarse una negligencia dejar la tarjeta en el vehículo pues no existe pacto expreso sobre el lugar donde se puede llevar o dejar la tarjeta (...). Obró diligentemente don Paulino, aun cuando el robo tuvo lugar la tarde de un sábado de verano, denunciando el hecho ante la Policía y acudiendo a la entidad bancaria la mañana del lunes siguiente.»

Por su parte, la SAP de Barcelona número 452/2004, de 27 de julio (AC 2004\1460) estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del cliente bancario al entender el Tribunal juzgador que en el suceso dado la entidad crediticia no cumple con lo dispuesto en la Recomendación 87/598/CEE (LCEur 1987, 4357) que prevé que «los contratos celebrados entre emisores o sus representantes y los consumidores revestirán forma escrita», y la Recomendación 88/590/CEE (LCEur 1988, 1535) en cuya virtud «todo emisor establecerá por escrito cláusulas contractuales completas y legales, que regirán la emisión y uso de los instrumentos de pago». A mayor abundamiento, el Proyecto de Código Bancario europeo relacionado con los sistemas de pago electrónico también dispone que las condiciones generales de las tarjetas deberán estar redactadas por escrito. También la Recomendación 97/489/CEE (LCEur 1997, 2295) en su artículo 3.2 dice que «las condiciones se harán constar por escrito –y en su caso por medios electrónicos– en términos claros y fácilmente comprensibles». Finalmente, en sede de normativa estatal, cabe traer a colación la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995 cuyo artículo 6.1 dispone que «los contratos sometidos a la presente ley se harán constar por escrito» entre los que se incluyen, conforme a los artículos 1 y 2, los de cuenta de tarjetas de crédito, siendo que la exigencia lo es *ad solemnitatem*, y siendo que su inobservancia da lugar a la nulidad del contrato conforme al artículo 7 de la Ley de Crédito al Consumo. Expuesta la regulación jurídica que se entiende conculcada, es preciso señalar parte de la argumentación con que el órgano jurisdiccional colegiado defendió al consumidor:

«En el presente caso, por la entidad crediticia no se aporta el contrato de tarjeta de crédito ni a nombre de la apelante ni de otra persona en su caso, únicamente se aporta un certificado y los extractos, de emisión unilateral por la misma, en que consta el nombre de la apelante, y asimismo la referencia a un contrato "Visa", a una cuenta asociada, y un límite de crédito.»

## VII. EL BANCO COMO OPERADOR INTERMEDIARIO EN LAS COMPRAVENTAS DE MERCADERÍAS INTEREMPRESARIALES: EL CRÉDITO DOCUMENTARIO

Señala MARIMÓN DURÁ<sup>18</sup> que «el crédito documentario nace para atender la necesidad de facilitar y de asegurar el pago de transacciones comerciales de plaza a plaza, especialmente de carácter internacional». En una relación tripartita como la que se articula con ocasión de la concesión de una carta de crédito, comprador-ordenante y vendedor-beneficiario del crédito, que son sociedades mercantiles y necesitan de la intermediación de una entidad financiera a fin de que ésta efectúe, en beneficio de los intereses de aquéllos, una serie de prestaciones como pagar, aceptar letras de cambio o negociarlas, o bien autorizar a otro banco para que las realice, ostentan la condición de consumidores bancarios. El porqué a este singular y privilegiado tratamiento jurídico cabe encontrarlo tanto en la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como en los Estatutos de Autonomía de las diferentes Comunidades Autónomas (CC.AA.), así como en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación. Todo este compendio normativo, estatal y autonómico, coincide en reconocer la posibilidad de extender a la persona jurídica el tratamiento legal dado sin ningún género de dudas a la persona física como consumidor por lo que en línea de principio quedan comprendidos en el concepto de consumidor-persona jurídica tanto las asociaciones y fundaciones, como las sociedades civiles, mercantiles personalistas, mercantiles de capital, etc.

No obstante, FERNÁNDEZ GIMENO<sup>19</sup> tiene dicho que «admitir sin más a las personas jurídicas como consumidores supone un verdadero riesgo». Tal riesgo se materializa en un desequilibrio inverso, esto es, en una situación donde la posición subordinada venga ocupada por el predisponente y no por el adherente. Esta incertidumbre, motivada por una falta de claridad en los términos con que se expresa la normativa legal, se desprende, por ejemplo, del texto de la ya citada Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, cuyo artículo 3 posibilita tratar jurídicamente como consumidor a los efectos de la protección legal a aquellos sujetos consumidores que sean profesionales «sin necesidad de que actúen en el marco de su actividad». Una ley posterior en el tiempo, la Ley andaluza de protección a los consumidores, 13/2003, concreta con mayor claridad que a sus efectos son destinatarios finales y, por ende, consumidores (...) «las personas jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros, o para ellas mismas».

Para MONTÉS RODRÍGUEZ<sup>20</sup> parece obvio que no sea posible dar cabida en el concepto de consumidor o usuario bancario «ni a los profesionales ni a los empresarios que contraten con entidades bancarias en el ejercicio de su actividad en el tráfico mercantil». La citada profesora apoya su tesis en el espíritu de la ley (el art. 1.2 LGDCU entiende como consumidores y usuarios a todas las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales y que, por lo tanto, no revierten tales bienes, muebles o inmuebles, en el proceso de producción o comercialización, a ter-

<sup>18</sup> MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Planteamiento jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del crédito documentario y de las reglas que lo regulan», en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*. Aranzadi editorial, Elcano, Navarra, 2000, pág. 287.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual: «Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica», en *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 116-119.

<sup>20</sup> MONTÉS RODRÍGUEZ, Pilar: «Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Aranzadi editorial, Elcano, Navarra, 2000, págs. 73-133.

ceros) como también en lo expresado por algunos órganos jurisdiccionales en sus resoluciones (véase la STS de 26 de noviembre de 1996 que excluye la aplicación de la LGDCU a un contrato de préstamo solicitado para crear una oficina de farmacia; y también la SAP de Valencia 17 de enero de 1990, que niega cualquier equiparación entre un crédito de financiación de *stock* y un préstamo a un particular).

Sin embargo, un concienzudo estudio de la doctrina, así como de la jurisprudencia, pone de manifiesto que la cuestión aquí abordada –si profesionales y empresarios contratantes de productos o servicios bancarios con entidades de crédito en el ámbito de su actividad mercantil pueden ser considerados «consumidores» a efectos de la ley– no es pacífica. De un lado, buena parte de los autores de la doctrina ha mostrado su disconformidad con la aplicación de la normativa de protección al consumidor sólo para con los destinatarios finales, dejando de lado a pequeños y medianos empresarios. NIETO CAROL <sup>21</sup> considera que «si bien es claro que el consumidor está más necesitado de protección que el empresario, éste también se encuentra, con independencia de los medios económicos y organizativos de que disponga, en una situación de inferioridad funcional frente al que impone el clausulado general, siendo esta inferioridad que puede acarrear abuso la que es por sí digna de protección». En términos muy similares, GARCÍA CRUCES-GONZÁLEZ <sup>22</sup> defiende que «por vía de analogía también sería posible aplicar la LGDCU a relaciones en que intervengan empresas en situación de desigualdad, o por decirlo de otro modo, donde exista prepotencia de una sobre la otra parte». De otro lado, parte de la jurisprudencia menor no duda en aplicar la LGDCU a personas jurídicas con participación directa en el tráfico mercantil: es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 21 de enero de 1997, que entiende extrapolable la citada Ley 26/1984 a una póliza de crédito de la que era titular la entidad «Agraria y Ganadera Salmantina, SL».

Sea como fuere, y pese a la falta de unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en cuanto al tratamiento como consumidores-usuarios de las personas jurídicas que contratan con bancos y demás entidades de crédito, lo que sí es cierto es que el consumidor, ora persona física, ora persona jurídica, debe contratar –en palabras de CASADO CERVIÑO <sup>23</sup>– «en una situación de inferioridad frente a los establecimientos financieros que conceden el crédito; inferioridad que, si bien no es más que el reflejo de la posición general que el consumidor ocupa en el mercado, es más evidente en el sector bancario». Este argumento y aún otro más importante, cual es que la falta de diligencia en la recepción y examen de la documentación por parte de la entidad crediticia puede frustrar la satisfacción de los intereses mostrados por las otras partes integrantes de la relación jurídica triangular en que se desarrolla y resuelve una compraventa garantizada mediante crédito documentario, permiten sostener la consideración como consumidores de aquellas sociedades mercantiles que ocupan las posiciones de comprador-ordenante y vendedor-beneficiario del crédito en la relación antes dicha. Defender lo contrario supondría dar mayor poder a la entidad financiera intermediaria, restando eficacia al principio de independencia que preside la función económica así como la naturaleza jurídica del crédito documentario, todo lo cual se traduce en una separación entre las relaciones subyacente y de cobertura.

<sup>21</sup> NIETO CAROL, Urbano: *Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios*. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 25.

<sup>22</sup> GARCÍA CRUCES-GONZÁLEZ, José Antonio: «Contratación bancaria y consumo», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 30, Madrid, 1988, pág. 290.

<sup>23</sup> CASADO CERVIÑO, Antonio: «El crédito al consumo y la protección de los consumidores», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 28, Madrid, 1988, pág. 484.

Atendiendo ya al crédito documentario desde la sede jurisprudencial cabe traer a colación la SAP de Asturias número 185/1993, de 15 de diciembre (AC 1993\2505), que resultó ser la primera resolución judicial española en abordar la figura del crédito documentario una vez aprobada la última versión de las Reglas y Usos Uniformes sobre créditos documentarios de la Cámara de Comercio Internacional de París en 1993. La citada resolución judicial deja sentado en su Fundamento Jurídico 2.º cuanto sigue a continuación:

«Los créditos documentarios, que carecen de una específica regulación legal en nuestro Derecho positivo, han sido analizados por la jurisprudencia, especialmente en los tiempos más recientes. Pueden citarse, entre otras, las SSTs de 27 de octubre de 1984, 14 de marzo de 1989, 11 de marzo, 3 y 8 de mayo de 1991, y 6 de abril de 1992, que sientan, entre otras, las siguientes pautas: A) El crédito documentario se califica como una operación contractual atípica que incluye una pluralidad negocial, conforme al cual el ordenante o solicitante de la apertura del crédito ordena al Banco emisor que efectúe el pago de la cantidad representada en el crédito a un tercero, al que se denomina beneficiario, contra la entrega de los documentos que el primero indique (...).

(...) B) En cuanto fuente subsidiaria del Derecho Mercantil, a tenor del artículo 2 del Código de Comercio, se ha manifestado la "indiscutible aplicación" de la normativa contenida en las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, aprobados por la Cámara de Comercio Internacional de París. C) Igualmente, en armonía con lo establecido en el artículo 3 de dichas Reglas, se ha puesto de manifiesto su carácter abstracto e independiente o desvinculado en principio del contrato subyacente, normalmente de compraventa, al que los Bancos son ajenos, lo que no impide que éstos deban ejercer una razonable función de control en el examen de los documentos estipulados, mediante los que se evidenciará, por regla general, que el beneficiario cumplió de forma regular con las obligaciones que le incumbían. D) En este sentido se ha reiterado la aplicación del artículo 15 de las citadas Reglas Uniformes, conforme al cual los bancos deben examinar todos los documentos con un cuidado razonable, para poder discernir si aparentemente están de acuerdo con los términos y condiciones del crédito.»

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que las obligaciones del banco en esta clase de créditos (crédito documentario) pueden sintetizarse en poner a disposición del beneficiario el importe del crédito y recoger la documentación estipulada, bien entendido, dada la trascendencia del cumplimiento de esta última obligación, especialmente para el ordenante del crédito, pues es la única garantía con que cuenta para asegurar la regularidad de la operación subyacente, que previamente al pago deberá recibir los documentos en cuestión, comprobando que se aportan todos los convenidos y que, al menos externa y objetivamente, se corresponden con lo exigido y reúnen los requisitos necesarios para su operatividad. Por todo ello, cuando la entidad crediticia, como en el caso enjuiciado en la SAP de Asturias de 15 de diciembre de 1993, no lleva a cabo la inspección minuciosa de los documentos con arreglo al principio de cumplimiento estricto, debe soportar las consecuencias jurídicas derivadas de su actuación indiligente. En este sentido, destaca el Fundamento Jurídico 4.º de la citada resolución:

«Del examen suscrito por las partes fácilmente se observa la voluntad del ordenante de que el Banco exigiera no sólo la factura comercial firmada sino que bajo la expresión "otros documentos y notas al dorso" se ponía de manifiesto la intención inequívoca de que se reclamase asimismo la

documentación justificativa de los extremos que allí se indicaban. Incluso si el Banco hubiera entendido que se trataba de detalles excesivos que pudieran producir confusiones o malentendidos (...)

(...) tenía la obligación de disuadir al ordenante de su inclusión en el crédito, tal y como establece el artículo 5 de las Reglas Uniformes, lo que no hizo, asumiendo en su totalidad las instrucciones. Sin embargo, el Banco no sólo no acredita haber examinado razonablemente la documentación exigida, sino que inexplicablemente ni siquiera justifica haber recabado y recibido todos esos documentos o, al menos, alguno de ellos, lo que a él incumbía probar, pues de haber cumplido su cometido debería tenerlos en su poder, revelándose así la flagrante vulneración de las obligaciones que había asumido, determinante de la inviabilidad de repercutir el pago al ordenante».

La SAP de Las Palmas de Gran Canaria número 429/2003, de 14 de mayo (AC 2003\1593) tiene dicho en su Fundamento Jurídico 3.º cuanto sigue a continuación:

«Los créditos documentarios son por su peculiar naturaleza operaciones que, si bien relacionadas, se presentan distintas de los contratos de venta y están destinadas a garantizar su buen fin y con mayor razón de cualquier otra relación contractual, como la de comisión mercantil, y por ello tales contratos operan al margen de los Bancos intervinientes en el crédito documentario, no afectándole ni obligándole, pues tanto el Banco emisor como el intermediario (acusador y pagador) no se integraron en la relación contractual subyacente, aunque formen parte de la pluralidad negocial creada, que no atribuye a dichos Bancos la condición de deudores.»

ESPINOSA CALABUIG <sup>24</sup> señala que «el crédito documentario participa de la naturaleza de un contrato de comisión, aunque por su denominación pudiera pensarse que está más próximo al contrato de crédito». Estas consideraciones de la doctrina dejan entrever que el crédito documentario no supone una realidad pacífica debido a la multiplicidad y complejidad de las diversas relaciones jurídicas que integran la operación del crédito documentario.

Otra de las primeras resoluciones judiciales españolas en abordar la realidad del crédito documentario fue la SAP de Madrid número 645/1992, de 15 de noviembre de 1993 (AC 1993\2596). En ella, los magistrados del mentado órgano concedor del caso de autos admiten el comportamiento culposo o negligente de la Caja de Ahorros demandada.

Entienden los magistrados que «Caja Madrid» es responsable porque una vez ésta tiene conocimiento del retraso con que el Banco de España da conformidad al modelo conocido como «R-17», no remite dicho modelo de inmediato sino dos meses y medio más tarde al beneficiario, con el consecuente perjuicio económico para este último. Dice así el Fundamento Jurídico 7.º de la citada sentencia:

«A la Caja en este punto le es exigible una especial diligencia, pues se dedica profesionalmente a este tipo de actividades y por ello cobra como comisionista. Por otra parte, el daño o per-

<sup>24</sup> ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Medios de cobro y pago internacionales», en *Derecho del Comercio Internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 277.

juicio consiste en que el demandante no cobró su crédito a la fecha de sus vencimientos parciales (26 de octubre y 21 y 24 de noviembre de 1986), sino unos siete meses más tarde, en concreto, en el mes de mayo de 1987 (...). El daño real y efectivo que aquí guarda relación de causalidad con la conducta culposa desarrollada por la Caja es el no cobro del crédito por el demandante durante aquel período de tiempo, dentro del total tardado por el Banco de España en dar conformidad al modelo R-17, que el Banco de España no habría tardado en despacharlo si se hubiere actuado por el demandado diligentemente, quedando excluido el no cobro del crédito por el período de tiempo que el Banco de España habría tardado aunque la Caja hubiera actuado diligentemente. Y para cuantificar ese daño no cabe otra posibilidad real que acudir a la facultad moderadora del artículo 1.103 del CC, estableciéndola en la suma de 3.500.000 pesetas.»

De la reproducida sentencia queda claro que el examen de los documentos es la pieza central de la actividad del banco. Según establece el artículo 13 del RRU «los bancos deben examinar todos los documentos estipulados en el crédito con un cuidado razonable, para comprobar que, aparentemente, están de acuerdo con los términos y condiciones del crédito». Sin embargo, este deber de actuar con cuidado razonable entraña una dimensión cuantitativa, que se circunscribe a la determinación de la concurrencia de todos los documentos exigidos, y una dimensión cualitativa en el sentido de que deben coadyuvar las distintas entidades crediticias que tomen parte en una compraventa de mercaderías «garantizada» con crédito documentario (banco emisor, banco notificador...) a que los modelos de uso interno para la circulación y comprobación de la corrección de documentos de transporte, fitosanitarios, etc., no perjudiquen en ningún sentido ni al comprador-ordenante ni al vendedor-beneficiario <sup>25</sup>.

## VIII. OTROS ASPECTOS BANCARIOS

Otros tres capítulos bancarios que suscitan interés entre la doctrina y la jurisprudencia son los relativos a la letra pequeña, las cláusulas de redondeo al alza y el cobro de lo indebido. En cuanto al primer aspecto destacado, cabe traer a colación la SAP de Córdoba número 134/2002, de 24 de mayo (AC 2002\1214), cuyo Fundamento Jurídico 2.º dice así:

«Es necesario que en todo caso se le dé al consumidor la suficiente información, sobre cuál será el coste del crédito no sólo mensual sino anualmente, para así tener un claro conocimiento de qué es lo que paga. Pues bien, esta información no puede entenderse cubierta con las cláusulas al dorso estampadas en letra minúscula y difícilmente legible sin lupa, más aún cuando el contenido de esas cláusulas viene referido a intereses por demora leoninos.»

Por lo que hace a la segunda cuestión planteada, la SAP de Baleares número 56/2003, de 26 de marzo (AC 2003\843), expresa en su Fundamento Jurídico 3.º cuanto sigue a continuación:

«El nudo gordiano de la cuestión debatida se centra en determinar si la cláusula de redondeo al alza forma parte de los elementos esenciales del negocio jurídico, como parte integrante *per se* de

<sup>25</sup> MARIMÓN DURÁ, Rafael: *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, op. cit., págs. 338-353.

la obligación del pago de intereses. Los intereses remuneratorios no tienen otra función, como señala reiteradamente la jurisprudencia del TS, que constituir el precio o retribución que el prestatario (o mutuuario en sentido estricto) ha de pagar como compensación a la entrega de la propiedad de la suma de dinero, cumpliendo, además, en determinadas ocasiones, la función de compensar por la pérdida de valor adquisitivo del dinero. La discutida cláusula del redondeo al alza en ningún caso puede considerarse que forme parte de la obligación de pago de intereses, ya que no cumple ninguna de las funciones descritas, constituyendo una condición añadida a la obligación natural del pago de intereses y que carece de justificación como elemento esencial del negocio. Dicha cláusula constituye, pues, una condición general de la contratación, incorporada a un contrato de adhesión, por lo que respeta la buena fe y no causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.»

Finalmente, en sede de cobro de lo indebido, los tribunales tienen dicho que no puede quedar justificado tal cobro en comisión bancaria alguna (de cancelación anticipada, de subrogación, etc.), por lo que la entidad financiera estará llamada a enmendar el error cometido con base en el artículo 1.288 del CC (SAP de Madrid 199/2004).

## IX. CONCLUSIONES

El estudio realizado a lo largo de estas páginas acerca de algunas operaciones bancarias que relacionan contractualmente a la entidad de crédito, de un lado, y al consumidor-usuario-cliente de productos y/o servicios financieros, de otro lado, pone de manifiesto dos cuestiones.

Por una parte, el principio *pro consumatore* proclamado por el artículo 51 de la CE ha extendido su radio de tutela jurídica entre los usuarios bancarios de un modo notabilísimo, por no decir sobresaliente, pues rara es la resolución judicial que niega la dispensa legal para con quien ocupa la posición más débil en un contrato bancario. Dicho de otro modo, la labor de los tribunales en su tarea de control de la forma y del contenido de los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios a los que se han aplicado condiciones generales de la contratación está posibilitando, cada vez más, una mayor equiparación en las condiciones que definen a las posiciones negociales que ocupan las partes contratantes vistas a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, sin embargo, cabe preguntarse si la protección jurídica que nuestros órganos jurisdiccionales están procurando para con nosotros, consumidores y usuarios de productos o servicios bancarios, llegará a ser excesiva hasta el punto de que las entidades de crédito intenten repercutir sus «debacles» procesales a los propios clientes bancarios, presionando a los poderes públicos a fin de lograr mejores condiciones económicas en el sector financiero.

El tiempo arrojará luz acerca de cómo queda equilibrada la balanza en que se sitúan los dos actores aquí analizados. Por lo pronto, la histórica posición debilitada ocupada por cualquier particular frente a una entidad de crédito se halla en proceso de desaparición, dada la ingente labor operada por nuestros Juzgados y Tribunales.