

EL DESCUBIERTO EN CUENTA CORRIENTE A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS

Marta Ordás Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de León

Resumen: Este trabajo aborda la regulación del descubierto en cuenta corriente ha experimentado en tiempo reciente una profunda reforma de la mano tanto de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo como de la Orden, 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular del banco de España 5/2012 que la desarrolla. Al análisis de la misma se dedica este trabajo.

Palabras clave: Descubierto en cuenta corriente. Crédito al consumo. Consumidores. Protección del cliente de servicios bancarios.

Title: The current overdraft in light of recent legal and regulatory reforms

Abstract: The regulation of the current overdraft has experienced in recent time a profound reform of the hand both Law 16/2011 of 24 June, consumer credit contracts and the Order, October 28, 2011, Transparency and customer protection of banking and the Bank of Spain Circular 5/2012 that develops. By analysis of it is dedicated this work.

Keywords: Current account overdraft. Consumer credit. Consumers. Client Protection banking.

Sumario: 1. Concepto, clases y naturaleza jurídica. 2. La regulación del descubierto. 3. La posibilidad de descubierto. 3.1. *Régimen jurídico*. 3.2 *Información básica que debe incluirse en la publicidad y comunicaciones*

comerciales. 3.3. Información previa al contrato. 3.4 Información contractual. 3.5 Información a suministrar al consumidor con carácter trimestral. 4. El descubierto tácito. 4.1. Su regulación en la LCCC. 4.2. Publicación y comunicación al Banco de España de las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a estos supuestos. 5. Los costes asociados a un descubierto y sus límites.

1. Concepto, clases y naturaleza jurídica

El contrato de cuenta corriente se caracteriza por la puesta a disposición del cliente por parte de una entidad de crédito de un servicio de caja a partir de una determinada infraestructura contable. En él, la entidad crediticia se obliga a atender las órdenes de pago emitidas por su cliente siempre que en la cuenta existan fondos suficientes. Sin embargo, y pese a no estar obligadas a hacer frente a órdenes de pago en situaciones de insuficiencia o falta absoluta de fondos, a menudo secundan dichas órdenes dando origen a un descubierto. Así, se define el descubierto en cuenta corriente como aquel estado de desequilibrio negativo en que se encuentra una cuenta corriente bancaria como consecuencia del juego de las diversas anotaciones de abono y cargo y, en concreto, como resultado de la anuencia de la entidad crediticia a ejecutar órdenes de pago o similares transmitidas por un titular que no contaba con provisión de fondos suficiente¹. Dentro de dicho concepto genérico es posible diferenciar un descubierto al que, por su origen, podríamos denominar contractual que tiene lugar cuando la existencia de un saldo negativo en la cuenta ha sido prevista y admitida expresamente por la entidad de crédito al concluir el contrato con el cliente. Un segundo tipo de descubierto constituido por una situación contable imprevista, que indica que la entidad de crédito ha realizado operaciones carentes de la cobertura que suponen las provisiones de fondos que en la cuenta realiza el cliente, dando lugar a un saldo negativo a cargo del mismo². Clasificación que se corresponde con la posibilidad de descubierto y el descubierto tácito, respectivamente, si utilizamos la terminología de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (BOE nº 151, de 25-6-2011) (en adelante, LCCC), al definir la posibilidad de descubierto como aquel contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor (art. 4.1) y considerar descubierto tácito aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida (art. 4.2).

¹- Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "Comentario al art. 19 Ley de Crédito al Consumo. Información al consumidor sobre los anticipos en descubiertos", en CAMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1\2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, p. 1582.

²- Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario a la Disposición adicional primera.Seis: Disp. Adic. 1ª.V.29ª, LGDCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 1999, p. 1290; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "Comentario al art. 19...", en *Comentarios a las Normas...*, 2011, p. 1583; MÓXICA ROMÁN, J.: *La cuenta corriente bancaria. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Formularios*, Aranzadi, 1997, p. 195-196; ORDÁS ALONSO, M.: "El descubierto en cuenta corriente y la protección del usuario de servicios bancarios", *Aranzadi Civil*, 2007, p. 17.

Desde mi punto de vista, el descubierto en cuenta corriente constituye una operación de naturaleza marcadamente crediticia³ en tanto en cuanto, si se trata de un descubierto contractual, en el sentido de que el mismo ha sido previsto y admitido por la entidad de crédito en el contrato de cuenta corriente, no hay duda de que lo que se está contemplando es la posibilidad de un crédito. Pero es más, aun en el supuesto de un descubierto originado por una concesión voluntaria por parte de la entidad al aceptar órdenes de pago en situaciones de insuficiencia o falta absoluta de fondos, lo cierto es que en el trasfondo de la operación descrita se encuentra la concesión de crédito en el sentido de entrega de numerario con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Al mismo resultado se llega si se observa lo dispuesto en el artículo 4 LCCC al calificar la posibilidad de descubierto como "contrato de crédito explícito" o al denominar "prestamista" a una de las partes que intervienen en un descubierto tácito (art. 4.2 LCCC). Igualmente, el artículo 12.1 de la LCCC impone una serie de obligaciones de información precontractual "al prestamista" y, en su caso, al intermediario de crédito, entre ellas entregar una oferta "relativa a los contratos de crédito" previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 4, esto es, a aquella posibilidad de descubierto que debe reintegrarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses. Y el artículo 12.8 impone la entrega, con algunas salvedades, de "copia del proyecto del contrato de crédito". Otro argumento a favor de dicha tesis viene constituido por el idéntico régimen jurídico establecido en la Ley 16/2011 para el descubierto tácito y el excedido tácito, por lo que ambos constituyen, en mi opinión, operaciones crediticias.

2. La regulación del descubierto

La regulación actualmente vigente del descubierto en cuenta corriente, a parte de en normas jurídicas de ámbito más general -Códigos Civil y de Comercio; Ley de usura de 23 de julio de 1908; Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones de la contratación (BOE núm. 89, de 14-4-1998) (en adelante, LCGC); Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE núm. 287, de 30-11-2007) (en adelante, TRLGDCU)-, se encuentra

³.- Operación de naturaleza crediticia compartida por ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario a la Disposición adicional primera.Seis: Disp. Adic. 1ª.V.29ª, LGDCU", en *Comentarios a la Ley de Condiciones...*, 1999, p. 1293; GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.. "La apertura de descubierto", en PULGAR EZQUERRA (dir.): *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, Marcial Pons, 2010, p. 297; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983", *C.C.J.C.*, nº 5, abril-agosto, 1984, p. 1484-1485; ORDÁS ALONSO, M.: "El descubierto en cuenta corriente...", *Aranzadi Civil*, 2007, p. 17 y ss.; VILA RIBAS, M.C.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1989", *C.C.J.C.*, nº 22, enero-marzo, 1990, p. 48-49. Naturaleza crediticia del descubierto en cuenta corriente afirmada igualmente por los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, entre los más recientes, vid. SAP Valladolid, secc. 1ª, de 28 de junio de 2004 (AC 2004\306181), SAP Asturias, secc. 4ª, de 9 de julio de 2004 (AC 2004\1163), SAP Valladolid, secc. 3ª, de 17 de marzo de 2009 (JUR 2009\207949), SAP Jaén, secc. 1ª, de 3 de mayo de 2010 (JUR 2010\372323). Discrepan, en cambio, de la opinión doctrinal mayoritaria, MÓXICA ROMÁN, J.: *La cuenta corriente bancaria. Análisis de...*, Aranzadi, 1997, p. 201; ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo", *R.D.B.B.*, nº 56, 1994, p. 1041.

específicamente contenida tanto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo como en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29-10-2011) (en adelante, Orden EHA/2899/2011), y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE núm. 161, de 6-7-2012) (en adelante, CBE 5/2012), que la desarrolla.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de una y otra norma no es, ni mucho menos, coincidente. La LCCC, a tenor de lo establecido en sus artículos 1 y 2, se aplica a los contratos de crédito al consumo, entendiendo por tales aquellos en los que un prestamista, persona física o jurídica, en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, concede o se compromete a conceder a un consumidor, persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional, un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación. Ahora bien, por lo que al descubierto en cuenta corriente se refiere, la LCCC en unos casos lo excluye de su ámbito de aplicación y, en otros, lo somete a un régimen simplificado, como tendré ocasión de poner de manifiesto en las páginas que siguen. Y ello, siempre y cuando el supuesto no encaje en alguna de las exclusiones del ámbito de aplicación enumeradas en el artículo 3 de la misma (así, por ejemplo, en atención a la cuantía, quedan excluidos los contratos de crédito cuyo importe total sea inferior a 200 €). Por último, se ha de tener en cuenta el hecho de que, pese a que la LCCC considera prestamista a toda persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, aquellas disposiciones contenidas en la misma relativas al descubierto en cuenta corriente verán su ámbito de aplicación circunscrito a las entidades crediticias, aun cuando la LCCC en general no se limita a este tipo de entidades, dado que el descubierto tiene como soporte una cuenta corriente.

La Orden EHA/2899/2011, tal y como dispone su artículo 2, será de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Entendiendo por clientes y clientes potenciales las personas físicas, sin que se exija que las mismas deban ser calificadas como consumidores⁴; si bien, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Orden, con la excepción de lo establecido en el

⁴.- Desarrollando este precepto, la norma segunda de la CBE 5/2012 considera incluidas dentro de la clientela las comunidades de bienes, como es el caso de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas. No obstante, cuando las personas físicas que integren la comunidad de bienes actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Circular, con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera a decimoquinta.

capítulo II del título III en el que se contiene la disciplina relativa a los créditos y préstamos hipotecarios⁵.

Pues bien, es del contenido de dichas normas legales del que hemos de partir a la hora de abordar convenientemente el análisis del descubierto en cuenta corriente, insistiendo en que las referencias efectuadas a cada una de ellas lo serán para los descubiertos incluidos en sus respectivos ámbitos de aplicación, en algunos supuestos coincidentes pero no siempre.

3. La posibilidad de descubierto

3.1 Régimen jurídico

Se define la posibilidad de descubierto como aquel contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor (art. 4.1 LCCC).

Diferencia la LCCC en función del plazo de reembolso entre aquellos contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo máximo de un mes, a los que excluye de su ámbito de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 12 y en el artículo 19, por un lado (art. 3.e); y los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto y que deban reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses, a los que somete a un régimen simplificado pues únicamente serán aplicables los artículos 1 a 7, el apartado 1 y las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 9, los artículos 12 a 15, los apartados 1 y 4 del artículo 16 y los artículos 17, 19, 29 y 31 a 36, por otro (art. 4.1). Si deben reembolsarse en un plazo superior a tres meses, no se encuentran específicamente mencionados en la LCCC. Ello obedece, a mi entender, a la consideración de que una facilidad de descubierto, entendida del modo expuesto, como un contrato de crédito explícito mediante el cual el prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo existente en la cuenta corriente, que deba reembolsarse en un plazo superior a tres meses, parece que no participa de la nota de coyunturalidad o provisionalidad de insuficiencia o falta absoluta de fondos que parece subyacer tras la concesión de crédito en forma de descubierto. En esta medida, estimo, dada la naturaleza crediticia del descubierto en cuenta corriente, y puesto que no se encuentran ni excluidos ni sometidos un régimen simplificado, los mismos quedarán abarcados por la total regulación del crédito al consumo contenida en la LCCC, en cuanto sea de aplicación y, específicamente, por las previsiones contenidas en los artículos 17 y 19, siempre y cuando concurran los demás requisitos necesarios para ello.

⁵.- Trasladando esta previsión a la CBE 5/2012, prevé su norma segunda, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Circular, con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera a decimoquinta.

Expuestos los diferentes regímenes de contratos concedidos en forma de posibilidad de descubierto que se derivan de la regulación contenida en la LCCC, desde mi punto de vista, la misma adolece de un excesivo casuismo carente de justificación intrínseca. Me explico, la única circunstancia que determina que un determinado descubierto se encuentre excluido del ámbito de aplicación de la LCCC; o incluido en el mismo, pero sometido a un régimen simplificado; o sometido a la misma en toda su integridad, es el plazo de reembolso del capital prestado. En esta medida, hubiera resultado mucho más clarificador realizar una mera bipartición entre aquellos descubiertos que por su corto plazo de reembolso no resulta aconsejable se vean sometidos a todas las formalidades establecidas en la Ley, pero si a un régimen simplificado que otorgue una suficiente protección al consumidor en estos casos; y aquellos otros descubiertos que, por lo amplio de su plazo de amortización, se asemejan más a un contrato de crédito al consumo ordinario, y deben encontrarse sometidos a la total regulación contenida en la LCCC en cuanto sea de aplicación y, en particular, en sus artículos 17 y 19. Con esta medida, además de aportar claridad, se obviaría, a mi entender, la poco oportuna exclusión del ámbito de aplicación de la LCCC de los descubiertos que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes, pues se priva al consumidor de una protección que a buen seguro necesita teniendo en cuenta los abusos que, sobre todo en materia de intereses, y su encubrimiento bajo la denominación "comisión de descubierto", se producen en esta materia. Discrepo, en esta medida, de la opinión sustentada por el Consejo Europeo (quien añadió los descubiertos a corto plazo a la lista de exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo –DOCE 25-5-2008-), en el sentido de que, al abarcar un periodo muy breve, no se producirán grandes costes. Es más, no nos movemos en el ámbito de los descubiertos tácitos, que la Directiva denomina rebasamientos, sino que se trata de contratos de crédito explícitos (art. 4.1), por lo que hubiera sido aconsejable someterlos a un régimen simplificado en vez de dejar al consumidor huérfano de toda protección otorgada por la LCCC, a salvo los artículos 12.7 y 19. Cosa bien distinta es que el mismo pueda verse amparado por diferentes normas nacionales como sería, por ejemplo, en España la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 o la diferente normativa de transparencia y protección del cliente y bancario.

Se ha de tener en cuenta, no obstante, que, pese a la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE, a los contratos de crédito concedidos en forma de descubierto que deban reembolsarse en un plazo de un mes los Estados miembros deberán aplicar "al menos" los requisitos de la primera frase del art. 6.4 de la Directiva (art. 6.5 Directiva 2008/48/CE). Pues bien, el tenor literal de dicha frase es el siguiente: "no obstante, en el caso de las comunicaciones por telefonía vocal, y cuando el consumidor solicite disponer de la posibilidad de descubierto con efecto inmediato, la descripción de las principales características del servicio

financiero incluirá al menos los elementos indicados en el apartado 1, letras c), e), f) y h)". Ahora bien, el legislador español, al incorporar la Directiva a nuestro Derecho interno mediante la LCCC, excluye los contratos de crédito en forma de facilidad de descubierto que tengan que reembolsarse en el plazo máximo de un mes de su ámbito de aplicación "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 7 del art. 12 y en el art. 19". Pues bien, el art. 12.7 no limita sus previsiones, como ocurría con la Directiva Comunitaria, al caso de comunicaciones por telefonía vocal y cuando el consumidor solicite disponer de la facilidad de descubierto con efecto inmediato⁶. Desde mi punto de vista, si, como se deriva de la propia redacción de la Directiva, los Estados miembros deberán aplicar "al menos" dichos requisitos (art. 6.5 Directiva 2008/48/CE); si la descripción de las principales características del servicio financiero incluirá "al menos" las circunstancias indicadas; y si estas informaciones se limitan a las solicitudes vía telefonía vocal en las que el consumidor solicita disponer con efecto inmediato, ¿no hubiera resultado más clarificador, menos discriminatorio (en la medida en que se limita a la telefonía vocal), y hubiera otorgado un mayor nivel de protección al consumidor, el sometimiento de los descubiertos que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes al régimen simplificado establecido en el art. 4.1 de la Ley, en lugar de proceder a una exclusión del mismo en los términos expuestos? En mi opinión, no cabe duda que sí. En concreto, resulta conveniente someter este tipo de descubiertos, que tienen carácter expreso, al cumplimiento de determinados requisitos de información previa, a la necesaria evaluación de la solvencia del prestatario, determinados requisitos de forma del contrato, etc. En definitiva, en mi opinión, hubiera sido preferible el establecimiento de un régimen simplificado para aquellos contratos concedidos en forma de posibilidad de descubierto que deben reembolsarse en un corto plazo en los términos del artículo 4.1, y el sometimiento al conjunto de la Ley, en cuanto sea de aplicación, en particular a sus artículos 17 y 19 del resto de supuestos, sin excepcionar, por tanto, aquellos créditos concedidos en forma de posibilidad de descubierto que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes y que, sin embargo, quedan sometidos a lo establecido en los artículos 12.7 y 19. Posibilidad perfectamente posible en la medida en que como la propia Directiva (Considerando 10) indica, y reitera la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2012 (TJCE 2012\193), los Estados miembros pueden adoptar normas nacionales que correspondan a las disposiciones de la misma al margen del ámbito de su aplicación.

⁶.- En cambio, el artículo 12.6 LCCC en el caso de las comunicaciones por telefonía vocal, y cuando el consumidor solicite disponer de la posibilidad de descubierto con efecto inmediato, la descripción de las principales características del servicio financiero incluirá al menos el contenido señalado en el precepto pero, por lo que ahora nos interesa, únicamente para los descubiertos a que se refiere el art. 4.1 en su segundo párrafo, es decir, para los créditos concedidos en forma de posibilidad de descubierto que deban reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses, en cuyo caso deberá contener los elementos indicados en las letras c), e) y g) del art. 12.2 LCCC.

3.2 Información básica que debe incluirse en la publicidad y comunicaciones comerciales

La información básica establecida en el artículo 9.1 LCCC, aplicable a aquella posibilidad de descubierto que deba reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses en virtud de la remisión efectuada por el artículo 4.1 del mismo cuerpo legal, deberá incluirse en la publicidad y comunicaciones comerciales, así como en los anuncios y ofertas exhibidos en los locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor.

En concreto, la información básica especificará los elementos siguientes de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo: a) El tipo deudor fijo o variable, así como los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor. b) El importe total del crédito. Exceptúa el artículo 9.2.c de la obligación de mencionar la tasa anual equivalente en estos supuestos, reiterando lo previsto en el artículo 4.1 LCCC interpretado *a contrario* en la medida en que, al enumerar los preceptos aplicables a este tipo de contratos, sometidos a una aplicación parcial de la Ley, no alude al artículo 9.2.c) relativo a la tasa anual equivalente, y sí lo hace respecto del apartado 1 y de las letras a) y b) del apartado 2 de dicho artículo ⁷. Con la obligación positiva de que el anunciante refleje en su publicidad determinados datos relativos al crédito anunciado de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo no se pretende colmar lagunas cognoscitivas sino evitar la existencia de publicidad engañosa que tenga su origen en la mención de una única cifra acompañada del silencio u omisión de datos esenciales que provoquen en el consumidor una falsa impresión sobre el producto anunciado, en particular induciendo a error acerca del valor efectivo de los costes que se va a encontrar y, en consecuencia, anulen, mermen u obstaculicen su capacidad de tomar decisiones de manera libre y autónoma.

3.3 Información previa al contrato

Dedica la LCCC su artículo 12 a disciplinar la obligación que pesa sobre el prestamista de facilitar de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes de que éste asuma cualquier obligación en virtud del contrato de crédito o una oferta relativa a una posibilidad de descubierto que deba reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses, sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas por el consumidor y de la información facilitada por el mismo, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito. Información que

⁷.- Un análisis del artículo 9 de la LCCC puede verse en ORDÁS ALONSO, M.: *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Aranzadi, 2013 (en prensa).

se facilitará en papel o en cualquier otro soporte duradero, y figurará toda ella de manera igualmente destacada, pudiendo facilitarse mediante la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el anexo III (en cuyo caso se considerará que el prestamista ha cumplido los requisitos de información de los apartados 1 a 3 del artículo 12 y de los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores –BOE nº 166, de 12-7-2007-), y en la que se deberá especificar las menciones enumeradas en el apartado 2 del precepto⁸.

Cuando el contrato se hubiera suscrito, a petición del consumidor, utilizando un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar la información prevista en los apartados 1, 2 y 5 del artículo 12, incluidos los casos mencionados en el apartado 6, se considerará que el prestamista ha cumplido sus obligaciones con arreglo a los apartados 1 y 5 si inmediatamente después de la celebración del contrato de crédito facilita al consumidor la información contractual de acuerdo con el artículo 16, en la medida en que sea aplicable (art. 12.9 LCCC).

Si el prestamista vincula la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas con la contratación de servicios accesorios, en particular un contrato de seguro, deberá informar de esta circunstancia y de su coste, así como de las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito si no se contrataran los servicios accesorios y, en particular, el contrato de seguro (art. 12.10 LCCC).

Además de dicha información, se facilitará al consumidor, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito que contenga la información contemplada en el artículo 16, cuando este último sea aplicable, salvo que el prestamista no esté dispuesto, en el momento de la solicitud, a celebrar el contrato de crédito con el consumidor (art. 12.8 LCCC).

⁸.- En concreto: a) El tipo de crédito. b) La identidad y el domicilio social del prestamista, así como, en su caso, la identidad y el domicilio social del intermediario del crédito implicado. c) El importe total del crédito. d) La duración del contrato de crédito. e) El tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables desde la suscripción del contrato de crédito y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse. f) Las condiciones y procedimiento para poner fin al contrato de crédito. g) Cuando así se contemple, una indicación de que podrá exigirse al consumidor el reembolso de la totalidad del importe del crédito en cualquier momento. h) El tipo de interés de demora, así como las modalidades para su adaptación y, cuando proceda, los gastos por impago. i) El derecho del consumidor a ser informado de forma inmediata y gratuita del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia, conforme al apartado 2 del artículo 15. j) Los gastos aplicables desde el momento de la celebración de dichos contratos y, en su caso, las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse. k) Cuando proceda, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual.

Tanto en el caso de las comunicaciones por telefonía vocal, y cuando el consumidor solicite disponer de la posibilidad de descubierto con efecto inmediato, como en el supuesto de contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que deban ser reembolsados en el plazo máximo de un mes, la descripción de las principales características del servicio financiero incluirá al menos los elementos indicados en las letras c), e) y g) precedentes (art. 12.6 y 12.7 LCCC).

Para concluir, el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma establecidos en el artículo 12 dará lugar a la anulabilidad del contrato. En caso de que se mantenga la eficacia del contrato, éste se integrará conforme a lo previsto en el TRLGDCU (art. 7.2 LCCC). En este sentido, desde mi punto de vista, es perfectamente posible hallar una conexión entre la infracción del deber de informar y los vicios del consentimiento (error o dolo), pudiendo dar lugar a responsabilidad precontractual o contractual, en función de que se haya perfeccionado o no el contrato, de manera que la vulneración del deber de información puede dar lugar a la anulación del mismo⁹. En consecuencia, y habiéndose suscrito el contrato, hemos de entender la anulabilidad como la respuesta legal a los vicios del consentimiento, cuyo fundamento radicaría en la presunción de que el consentimiento del consumidor no se ha prestado de un modo totalmente consciente pues una de las finalidades perseguidas con la imposición al prestamista de la obligación de suministrar determinada información con carácter previo, además de posibilitar la comparación entre diferentes ofertas, no es sino proteger al consumidor frente a contenidos sorpresivos que pueden afectar a la libre formación de su consentimiento, lo que no deja de resultar problemático en determinados supuestos como sería, por ejemplo, aquel en el que el consumidor ha solicitado, y el prestamista le ha entregado, una oferta previa vinculante, cuyo contenido es idéntico al requerido para la información previa, o una copia del proyecto de contrato pues difícilmente podrá alegarse la existencia de vicios del consentimiento en el sentido expuesto. Por otro lado, en mi opinión, no puede ser equiparable el incumplimiento de la obligación de suministrar información previa en términos “absolutos” que cuando dicho incumplimiento se limita a la ausencia de alguna de las numerosas menciones obligatorias, constando el resto; y, en este caso, tampoco puede ser igual la sanción por la ausencia de menciones relativas al domicilio social del prestamista o al derecho a ser informado del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia, por ejemplo, que la atinente a las cargas (tipo deudor, tipo de interés de demora, etc.) que la suscripción del contrato va a suponer al consumidor¹⁰. En definitiva, sanciones administrativas a parte, señala CARRASCO, la omisión de información relevante impuesta en una norma imperativa no siempre será impugnabile por error o dolo pues en pocos casos la omisión de una información imperativamente dispuesta por una norma habrá sido determinante para provocar un consentimiento

⁹.- Para profundizar vid. DÍEZ GARCÍA, H.: “Integración e interpretación del contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 2009, p. 967 y ss.

¹⁰.- Indica CARRASCO PERERA (en *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010, p. 328), la omisión de información relevante exigida por una norma imperativa podría ser combatida mediante la acción de dolo pero no siempre el recurso a la anulación es el remedio apropiado siendo a veces incluso contraproducente. Así, cuando la información no versa sobre las características propias o atributos del bien o servicio sino sobre condiciones financieras, cargas a soportar por el adherente, gastos a satisfacer u otras obligaciones a su cargo que el legislador juzgue oportuno comunicar la sanción oportuna para la omisión de dicha información sería la no consideración como vinculante para el adherente de todo aquello que, siendo un coste o una obligación a su cargo, no se le ha comunicado por la parte adversa, o la imposición de una penalidad al predisponente, conservando el contrato en lo que de bueno tiene para el consumidor.

viciado por error, no habrá relación de causalidad. Dicho de otro modo, el incumplimiento de los deberes de información sólo es contractualmente relevante si la situación resultante alcanza el grado de vicio del consentimiento contractual que permita la anulación por error o dolo¹¹.

Para concluir, tal y como establece el artículo 7.3 LCCC, lo dispuesto en el artículo 12 deberá entenderse sin perjuicio del necesario cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y sus disposiciones de desarrollo (BOE nº 17, de 19-1-2008).

3.4 Información contractual

Los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto que deban reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado, debiendo especificarse, de forma clara y concisa, los siguientes datos: a) El tipo de crédito. b) La identidad y el domicilio social de las partes contratantes, así como, si procede, la identidad y el domicilio social del intermediario de crédito. c) La duración del contrato de crédito. d) El importe total del crédito y las condiciones de disposición del mismo. e) El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor y, si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables. f) El coste total del crédito para el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito y de conformidad con la letra a) del artículo 6 LCCC. g) La indicación de que al consumidor podrá exigírsele que reembolse la totalidad del importe del crédito en cualquier momento. h) El procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de desistimiento del contrato de crédito. i) Información sobre los gastos aplicables desde el momento de la celebración de dichos contratos de crédito y, en su caso, las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse (art. 17 LCCC).

3.5 Información a suministrar al consumidor con carácter trimestral

Contempla el artículo 19 LCCC una obligación de información vinculada a los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto. Pues bien, antes de entrar en el contenido del precepto resulta necesario poner de relieve que, como excepción al carácter irretroactivo de la LCCC, el artículo 19 será de aplicación a los contratos de crédito de duración indefinida que hayan sido celebrados antes de la entrada en vigor de esta misma. Por otro lado, el artículo 19 de la Ley no discrimina su ámbito de aplicación en función del plazo de reembolso, en coherencia con los artículos 3.e) y 4.1 segundo párrafo que específicamente imponen la aplicación del mismo

¹¹.- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, 2010, p. 329 y 352.

tanto a aquella posibilidad de descubierto que deba reembolsarse en el plazo máximo de un mes como a la que deba reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses. No sólo eso sino que, desde mi punto de vista, será aplicable a toda posibilidad de descubierto pues, considero, aquellas posibilidades de descubierto que no se encuentren excluidas en el artículo 3, ni sometidas a una aplicación parcial en el artículo 4, dada la naturaleza crediticia del descubierto en cuenta corriente, estarán plenamente sometidas a las disposiciones de la LCCC en tanto en cuanto sean de aplicación, y no cabe duda de que el artículo 19 lo es.

En concreto, a tenor de lo establecido en el precepto, si se concede un contrato de crédito en forma de posibilidad de descubierto, el prestamista deberá además informar al consumidor, con una periodicidad al menos trimestral, mediante un extracto de cuenta en papel o cualquier otro soporte duradero, de lo siguiente: a) El período preciso al que se refiere el extracto de cuenta. b) Los importes de los que se ha dispuesto y la fecha de disposición. c) La fecha y el saldo del extracto anterior. d) El nuevo saldo. e) La fecha y el importe de los pagos efectuados por el consumidor. f) El tipo deudor aplicado. g) Los recargos que se hayan aplicado. h) En su caso, el importe mínimo que deba pagarse.

Además, el consumidor será informado de los incrementos del tipo deudor o de los recargos que deba pagar antes de que las modificaciones en cuestión entren en vigor. No obstante, las partes podrán acordar en el contrato de crédito que la información sobre las modificaciones del tipo deudor se proporcione con una periodicidad al menos trimestral, mediante un extracto de cuenta en papel o cualquier otro soporte duradero en los casos en que la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo de referencia, siempre y cuando reúnan los dos requisitos siguientes: 1º. Que el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España. 2º Que la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista.

3.6 *Imposibilidad de pactar compensación por reembolso anticipado*

En caso de reembolso anticipado de un crédito al consumo, el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados de dicho reembolso anticipado, siempre y cuando éste se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo. Compensación por reembolso anticipado que viene regulada en el artículo 30 LCCC¹². Ahora bien, como el propio precepto en su apartado 3.b) establece, dicha compensación no podrá pactarse en los supuestos de posibilidad de descubierto. Ello no implica, en mi opinión, que no se pueda reembolsar anticipadamente ya que éste es un derecho irrenunciable concedido por el artículo 30.1 LCCC al consumidor, sino que no se puede cobrar compensación alguna por dicho reembolso.

¹² .- Mi interpretación del contenido del artículo 30 LCCC puede verse en *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Aranzadi, 2013 (en prensa).

4. El descubierto tácito

4.1 Su regulación en la LCCC

Se define el descubierto tácito como aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida (art. 4.2 LCCC).

Descubierto que la LCCC somete a un régimen simplificado en la medida en que sólo le serán aplicables los artículos 1 a 7, 20 y 34 a 36. De ellos reviste especial interés el artículo 20 al ser el específicamente dedicado a la regulación de esta figura¹³.

En concreto, y dejando a un lado las limitaciones a la cuantía de los tipos de interés que serán objeto de análisis en otro apartado, establece el precepto que en el caso de un contrato para abrir una cuenta a la vista, donde existe la posibilidad de que se permita al consumidor un descubierto tácito, el contrato contendrá la información a la que se refiere la letra e) del apartado 2 del artículo 12, esto es, el tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables desde la suscripción del contrato de crédito y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse. Además, el prestamista proporcionará en cualquier caso esa información de forma periódica.

En caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor sin demora de los siguientes extremos: a) Del descubierto tácito. b) Del importe del descubierto tácito. c) Del tipo deudor. d) De las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables.

4.2 Publicación y comunicación al Banco de España de las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a estos supuestos

Las entidades de crédito que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito deberán publicar las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos. Esos tipos serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores¹⁴. En particular, las entidades harán constar

¹³.- Como excepción a este carácter irretroactivo de la LCCC establecido en términos generales, los apartados 2 y 3 del artículo 20 serán de aplicación a los contratos de crédito de duración indefinida que hayan sido celebrados antes de su entrada en vigor.

¹⁴.- Precepto que, a pesar de su confusa dicción literal, desde mi punto de vista, ha de interpretarse en el sentido no de imponer el tipo máximo publicado si otro no hubiese sido convenido, sino en el sentido de imposibilitar una estipulación contractual en la que se fije un tipo de interés de descubierto en cuantía superior al publicado y comunicado al Banco de España pues, de lo contrario, estaríamos dejando la fijación del tipo de interés de descubierto en manos de la entidad acreedora, lo que iría en contra de lo establecido en el art. 1256 C.C.

separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a los que se refiere el artículo 20 LCCC (art. 4.3 Orden EHA/2899/2011). Información que, tal y como establece la norma tercera.2 CBE 5/2012, incluirá también las comisiones que, a causa de su concesión, aplicarán a estas operaciones. Publicación que deberá realizarse en el formato establecido en el anejo 2 de la CBE 5/2012¹⁵.

La información precedente deberá remitirse al Banco de España, conforme a lo previsto en la norma decimosexta CBE 5/2012 en el formato establecido en el anejo 2, quien deberá recibirlo con antelación a la fecha de su entrada en vigor¹⁶. El Banco de España pondrá el anejo a disposición del público en sus páginas en Internet en la fecha indicada por la entidad para su entrada en vigor o el primer día hábil siguiente a dicha fecha, en caso de ser esta inhábil¹⁷.

A tenor de lo establecido tanto en el art. 8.3 Orden EHA/2899/2011 como en la norma undécima CBE 5/2012, las entidades facilitarán a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud: el tipo de interés nominal aplicado en el periodo ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el periodo que se inicia; las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo; cualquier otro gasto incluido en la liquidación; los impuestos retenidos; y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio. Pues bien, haciendo uso de la habilitación contenida en el art. 8.3 de la Orden, en el anejo 4, apartado 1.1.3, de la Circular 5/2012 se incluye un modelo normalizado de comunicación a los clientes para los descubiertos tácitos, al que deberán ajustarse los modelos utilizados por las entidades en las citadas comunicaciones.

5. Los costes asociados a un descubierto y sus límites

¹⁵.- La publicación de dicho anejo 2 se llevará a cabo: 1º. En los establecimientos comerciales de las entidades, al menos, mediante la información concreta y exclusiva (en un lugar destacado que llame la atención del público) de que esos anejos, con sus denominaciones íntegras, están a disposición del público debidamente actualizados a la fecha a que se refieran. 2º. En las páginas de Internet de las entidades, mediante vínculos que, de forma destacada y legible, se localicen en la pantalla inicial de la primera página, desde la que se podrá acceder directamente a las condiciones de cualquiera de los servicios bancarios a los que se refieran.

¹⁶.- En concreto, los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán presentar al Banco de España las informaciones referidas a los tipos de interés, comisiones y recargos aplicables a los descubiertos tácitos en cuentas a la vista y a los excedidos tácitos en cuentas de crédito, en el formato establecido en el anejo 2 CBE 5/2012. Cuando dichas entidades no admitan descubiertos tácitos, excedidos tácitos o ninguno de los dos también presentarán al Banco de España el formato establecido en el citado anejo, indicando "NO PRACTICADO" en el apartado que corresponda. Las entidades de crédito, distintas de las anteriores, entre cuyas actividades se encuentre la concesión de créditos y que prevean la posibilidad de admitir excedidos remitirán la parte del formato establecido en el anejo 2 correspondiente a la información sobre excedidos.

¹⁷ .- Resulta llamativo el importante número de entidades que, en marzo de 2013, aún no han comunicado al Banco de España esta información.

Afirmada la naturaleza crediticia del descubierto en cuenta corriente, a priori, hemos de aceptar la consecuencia inmediata que se desprende de dicha afirmación y asumir la naturaleza remuneratoria del interés de descubierto¹⁸. Sin embargo, diferentes argumentos conducen a concluir que los intereses de descubierto en cuenta corriente cumplen una función disuasoria a la vez que sancionatoria, lo que no impide que, paralelamente, compensen al acreedor de la indisponibilidad del capital concedido al deudor dado el principio de la natural productividad del dinero¹⁹.

Conviene observar, en el sentido expuesto, la elevada cuantía en la que usualmente ha sido establecido el tipo de interés de descubierto, cuantía que rondaba el 30%²⁰ con anterioridad a las limitaciones establecidas por el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE núm. 72, de 25-3-1995) (en adelante, Ley 7/1995), y aún hoy se sitúa cercano a esas cifras en los contratos situados fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley y de su sucesora la LCCC, lo que constituye, a mi juicio, un indicio del carácter indemnizatorio del que participan los intereses de descubierto en cuenta corriente ya que, si esto no fuera así, existirían multitud de pronunciamientos judiciales declarando usurarios los tipos expuestos ya que nadie discute la aplicación de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 a los intereses de carácter remuneratorio. Sin embargo, la experiencia nos indica que los hechos no han sucedido de la forma expuesta, siendo la única justificación posible el carácter punitivo de dichos intereses puesto que buena parte de la doctrina y la Jurisprudencia, de la que discrepo²¹, considera los intereses de carácter indemnizatorio fuera del ámbito de aplicación de la Ley Azcárate.

Un argumento más a favor del carácter indemnizatorio de los tipos de interés de descubierto en cuenta corriente viene dado por el hecho de que el art. 20.4 de la LCCC posibilite una cuantía máxima del tipo de interés de descubierto tácito, cifrada en términos de tasa anual equivalente en 2´5 veces el interés legal del dinero. Y ello porque la aplicación de dicha fórmula implica la legalidad, en el momento de publicarse este trabajo, de intereses de descubierto del 10´5%, partiendo de que el tipo de interés legal del dinero para el año 2013 es del 4%, tal y como establece la Disposición Adicional Trigésima novena de la Ley

¹⁸.- En el mismo sentido, afirma la naturaleza remuneratoria de los intereses de descubierto la SAP Asturias, secc. 4ª, de 12 de noviembre de 2004 (JUR 2005\30838), Auto AP Ávila, secc. 1ª, de 23 de febrero de 2006 (JUR 2007\275349), SAP Álava, secc. 1ª, de 13 de abril de 2011 (AC 2011\519). En la doctrina, comparte la naturaleza retributiva de los intereses de descubierto GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "Comentario al art. 19...", en *Comentarios a las Normas...*, 2011, p. 1584.

¹⁹.- De moratorios los califican, a título meramente enunciativo, la SAP Asturias, secc. 4ª, de 9 de julio de 2004 (AC 2004\1163), SAP Valladolid, secc. 3ª, de 17 de marzo de 2009 (JUR 2009\207949). Naturaleza moratoria que es compartida por ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Comentario a la Disposición adicional primera.Seis: Disp. Adic.1ª.V.29ª LGDCU", en *Comentarios a la Ley de Condiciones...*, 1999, p. 1293; MÓXICA ROMÁN, J.: *La cuenta corriente bancaria. Análisis...*, 1997, p. 221.

²⁰.- Así, por ejemplo, el Servicio de Defensa de la Competencia tuvo ocasión de comprobar que treinta y dos entidades, en el período comprendido entre mayo de 1986 y junio de 1994, habían comunicado al Banco de España un tipo de interés del 29% para los descubiertos en cuenta corriente y excedidos en cuenta de crédito en distintas fechas. Tipo que aplicaban al 85% de los contratos por ellas celebrados. Vid. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de julio de 1996 (AC 1996\1361).

²¹.- Vid. *El interés de demora*, Aranzadi, 2004, p. 106 y ss.

17\2012, de 24 de diciembre, de presupuestos generales del estado (BOE núm. 312, de 28-12-2012). Una cuantía, cuya licitud está legalmente reconocida, del 10'5% cuando el tipo de interés fijado por el Banco Central Europeo se encuentra desde el 5 de julio de 2012 en el 0'75%, o el Euribor hipotecario se encuentra en febrero 2013 en el 0'594% indica claramente el marcado carácter sancionador con que el legislador está configurando este tipo de intereses. Cuantía superior incluso al 7'75% fijado para el primer semestre natural de 2013 como interés de demora en las operaciones comerciales²².

Por otro lado, si se observan los diferentes contratos, tratándose de descubiertos tácitos, en la práctica totalidad de los mismos se contiene una estipulación en la que se establece el reintegro inmediato del saldo, sin necesidad de requerimiento alguno, con lo cual se está derogando lo establecido para el contrato de préstamo de duración indeterminada en los arts. 1.128 del Código Civil, que posibilitaría una fijación del plazo por los Tribunales, y 313 del Código de Comercio, en cuyo caso la exigibilidad vendrá determinada por el transcurso de treinta días desde el preceptivo requerimiento notarial, a favor del establecimiento de una suerte de mora automática (arts. 1.100 CC, mediando pacto al respecto, y 63 C.Com.).

Para concluir, resulta clarificador en este sentido, el Fundamento de Derecho número cinco de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de julio de 1996 (AC 1996\1361) al disponer que "hay que tener en cuenta que debido a la regulación bancaria en la materia y el mayor riesgo y dificultades de reclamación que suponen para las entidades bancarias, entre otras razones como su acumulación en determinadas fechas, éstas no desean el mantenimiento de posiciones de descubierto o excedido y prefieren la formalización de un contrato de crédito a tipos de interés ordinarios. Por ello, tienen establecido, con carácter general, unos tipos de interés de descubierto en cuenta corriente y excedido en cuenta de crédito de una muy elevada cuantía que, independientemente de que pueda ser una fuente de ingresos para dichas instituciones, los convierten en unos tipos de interés de carácter "disuasorio" y penalizador de situaciones de carácter extremo en las que incurren los clientes negligentes. Por contra, los clientes diligentes, conscientes del elevado coste de este tipo de prácticas, pondrán los medios a su alcance para evitar caer en estas situaciones".

Habiendo asumido la naturaleza indemnizatoria de los intereses de descubierto, a mi modo de ver, a falta de pacto sobre el devengo de intereses generados por las cantidades dispuestas en descubierto habrá que proceder a integrar el contrato pues de su propia naturaleza se deriva la imposibilidad de establecer su gratuidad. En este sentido, habrá que estar a lo establecido en el art. 1.108

²².- Interés de demora que es calculado conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 3\2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE núm. 314, de 30-12-2004) y cuya cuantía ha sido fijada en el 7,75% para el primer semestre natural de 2013 por la Resolución, de 3 de enero de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (BOE núm.7, de 8-1-2013).

del Código Civil²³ a tenor del cual la indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurra en mora en las deudas pecuniarias, salvo pacto, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal. Ahora bien, considero, resulta obvio que la entidad de crédito tiene en sus manos la posibilidad de evitar la aplicación del tipo de interés legal mediante el establecimiento en el clausulado contractual de un tipo de interés en cuantía diferente, y superior, a la legal para el supuesto de que el descubierto en cuenta corriente llegara a producirse, con el límite, para aquellos contratos que entren en su ámbito de aplicación, señalado en el artículo 20.4 de la LCCC. La determinación del tipo de interés por referencia a la cuantía legal (4% para 2013) supone, en mi opinión, adecuada sanción al prestamista incumplidor²⁴, dado que el tipo pactado hubiera sido considerablemente más elevado habida cuenta de la limitación establecida por la propia Ley para el descubierto tácito en 2´5 veces el interés legal del dinero (10% para 2013), a la vez que retribuye la utilización de un capital dispuesto superando el saldo de la cuenta.

En otro orden de cosas, resulta frecuente que las condiciones generales recogidas en los contratos de cuenta corriente fijen el interés nominal aplicable al descubierto por remisión a los tipos aplicados o, en su caso, publicados por la entidad de crédito en cada momento. Cláusulas cuyas consecuencias para el cliente bancario revisten especial gravedad dado que el tipo publicado por las entidades crediticias y comunicado al Banco de España, considero, reviste la característica de ser un tipo máximo²⁵. Máximo no sólo en el sentido de que no es posible aplicar un tipo superior al publicitado, sino también porque la práctica demuestra que un número importante de entidades han publicado y comunicado al Banco de España como tipo aplicable a los descubiertos en cuenta corriente con consumidores una TAE equivalente a 2´5 veces el interés legal del dinero, es decir, la cuantía máxima permitida por la LCCC. En mi opinión, resulta obvio que las cláusulas de remisión al tipo de interés de descubierto aplicado o, en su caso, publicado por la entidad acreedora en cada momento no reúnen el necesario requisito de objetividad exigido por el artículo 1256 CC, al poner en manos del acreedor su determinación. Al mismo resultado de ilegalidad se llega si tomamos como parámetro el TRLGDCU y la LCGC. Así, considero, cláusulas como las analizadas no superan el control de inclusión establecido en el artículo 80.1.a TRLGDCU y en el artículo 7 LCGC puesto que, por un lado, reenvían a los tipos aplicados por la entidad o publicados conforme exigen las normas de transparencia bancaria, tipos que no se facilitan previa o simultáneamente a la

²³.- Paralelamente, el artículo 316 del Código de Comercio, en sede de préstamo mercantil, dispone que los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día después al del vencimiento el interés pactado, o, en su defecto, el legal.

²⁴.- Resulta, sin embargo, indiscutible que la referencia al tipo legal constituirá una medida adecuada o no en función de la coyuntura del momento pues, obviamente, la situación cambia radicalmente según el interés legal del dinero se sitúe por debajo del interés ordinario pactado (situación habitual hace algunos años que llevaba a criticar dicha referencia por otorgar una escasa retribución al prestamista) o en momentos en los cuales el tipo remuneratorio de mercado se sitúa por debajo del establecido en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado como tipo legal.

²⁵.- En mi opinión, como he puesto de manifiesto en páginas precedentes, y pese a lo que a primera vista pudiera indicar su tenor literal, no cabe otra interpretación del artículo 4.3 de la Orden EHA/2899/2011.

celebración del contrato. Por otro, el consumidor no puede haber otorgado su consentimiento al tipo aplicable a una eventual situación de descubierto en la cuenta de la que es titular porque desconoce la cuantía a la que va a ascender dicho tipo. Aún cuando consideráramos, que no es el caso, que dichas condiciones generales son susceptibles de superar el control de incorporación habría que proceder a efectuar un control de contenido de las mismas. El resultado de dicho control no puede ser otro que la declaración del carácter abusivo de este tipo de estipulaciones en tanto en cuanto, en contra de las exigencias de la buena fe, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato al establecer un tipo de interés de determinación unilateral por parte de la entidad acreedora. Decretada la nulidad de dichas estipulaciones, procede integrar el contrato. Integración que igualmente habrá de ser efectuada en los supuestos en los cuales en el clausulado del concreto contrato de cuenta corriente se contiene una cláusula relativa la devengo de intereses de descubierto en los supuestos en que dicha cuenta presente un saldo deudor pero, sin embargo, no se hace alusión a la cuantía de los mismos. Procederá, por tanto, integrar el contrato conforme a lo establecido en los artículos 1.108 C.C. y 316 C.Com.²⁶.

Por otro lado, tanto LCCC como CBE 5/2012 establecen determinadas especialidades a tener en cuenta en orden al cálculo de la tasa anual equivalente en estos supuestos²⁷.

Como excepción al principio de libertad de estipulación de los tipos de interés proclamada en el artículo 4.1 de la Orden EHA/2899/2011, el artículo 20.4 LCCC establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que

²⁶.- Considero, debe rechazarse el recurso al el interés legal del dinero incrementado 2'5 veces, previsto en el artículo 20.4 de la LCCC, pues representa el tipo máximo aplicable a los descubiertos tácitos en cuenta corriente incluidos en el ámbito de aplicación de dicho precepto, de manera que, mediante el recurso a integrar el contrato acudiendo al artículo 20.4 estamos imponiendo al cliente bancario el máximo de los tipos posibles. Situación que se agrava si tenemos en cuenta que la causa de la nulidad de la cláusula radica en una actuación irregular por parte de la entidad de crédito acreedora que ha sido quien ha preredactado el contrato, lo que atenta contra el principio *pro consumatore* y, consecuentemente, contra el artículo 51 de la Constitución.

²⁷ .- En concreto, a tenor de lo establecido en el anexo I.II.d) LCCC en el caso de un crédito en forma de posibilidad de descubierto, se considerará que se ha dispuesto del importe total del crédito en su totalidad y por toda la duración del contrato de crédito. Si la duración de la posibilidad de descubierto no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de tres meses. La norma décimo tercera.e CBE 5/2012, por su parte, establece que en los descubiertos tácitos en cuentas a la vista, la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los intereses devengados y las comisiones adeudadas a causa de la concesión del descubierto, y el saldo medio deudor del período de liquidación. Como excepción, cuando las comisiones giren sobre el mayor descubierto, la tasa anual equivalente se obtendrá como sumatorio de la tasa anual equivalente de los intereses devengados por el descubierto durante el período de liquidación de este, y la tasa anual equivalente de las comisiones que, a causa de la concesión del descubierto, se adeuden durante el período de liquidación de este. Para la obtención de los dos sumandos anteriores, se observará lo siguiente: la tasa anual equivalente de los intereses se calculará teniendo en cuenta el saldo medio deudor del período de liquidación; la tasa anual equivalente de las comisiones se calculará teniendo en cuenta el mayor saldo deudor que se hubiese producido durante el período de liquidación y considerando que dicho saldo se ha mantenido en ese nivel durante todo ese periodo.

dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero²⁸.

No ofrece ninguna duda el precepto a la hora de circunscribir su ámbito de aplicación a los descubiertos tácitos, solucionando los problemas interpretativos que sobre esta cuestión había planteado el derogado artículo 19.4 de la Ley 7/1995 y no dejando ningún resquicio a la posibilidad de una extensión de su contenido por vía de analogía a supuestos distintos de los concretos intereses generados por dicho descubierto tácito pues no nos encontramos ante un supuesto de hecho no regulado normativamente, en la medida nos movemos en el ámbito de la libertad contractual plasmada en el artículo 1255 CC, con carácter general, y en el artículo 4.1 Orden EHA/2899/2011. A ello se une la clara intención del legislador en este sentido plasmada en la propia rúbrica del precepto, "descubiertos tácitos", no siendo posible realizar una interpretación extensiva del mismo cuando, por un lado, en el momento de elaboración de la LCCC eran sobradamente conocidos los problemas planteados por el artículo 19.4 de la Ley 7/1995 y las diferentes interpretaciones a que el mismo había dado lugar, optando el legislador claramente por la tesis restrictiva. A la misma conclusión restrictiva se llega si analizamos la tramitación del Proyecto de Ley 121/000104 de contratos de crédito al consumo pues en el Congreso se presentó una Enmienda, la nº 40, pretendiendo modificar las letras f), relativa al tipo deudor, y l), atinente al interés de demora, del artículo 16.2 en el sentido de añadir la expresión "en ningún caso se podrán aplicar tipos de interés que superen una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero". Enmienda que fue rechazada, lo que no deja lugar a dudas sobre la intención del legislador en este sentido. En conclusión, y siempre desde mi punto de vista, bajo la LCCC no cabe duda la limitación de la cuantía de la TAE a 2'5 veces el interés legal del dinero se circunscribe a los descubiertos tácitos y, por remisión del artículo 4.3, a los excedidos tácitos. No cabe ya, por tanto, ni aplicarlo a la posibilidad de descubierto, ni mucho menos a supuestos cuya identidad de razón nada tiene que ver con la existencia de un descubierto en cuenta corriente.

El problema radica en determinar si a la hora de examinar si un concreto descubierto tácito respeta o no el límite establecido en el artículo 20.4 se ha de atender única y exclusivamente al tipo de interés nominal utilizado en las liquidaciones o, por el contrario, las comisiones o recargos por descubierto deberían incluirse en la limitación cuantitativa establecida por el mismo. En este sentido, cuando la entidad de crédito acepta un cargo en cuenta corriente en situación de insuficiencia o falta absoluta de fondos dicha situación produce el devengo del tipo de interés de descubierto que se haya pactado en el contrato y, en defecto de dicho pacto, el interés legal, de tal manera que dicho tipo de interés que la entidad repercute sobre su cliente constituye remuneración por la cantidad en descubierto. Así, cuando, junto con el tipo de interés de descubierto se adeuda una comisión por el mismo concepto, calculada normalmente sobre el mayor saldo deudor que haya tenido la cuenta durante el periodo de liquidación,

²⁸.- Mi opinión respecto a la aplicabilidad de la Ley de Usura a los interés de descubierto en cuenta corriente puede verse en "El descubierto en cuenta corriente...", A.C., 2007, p. 38 y ss. y en *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Aranzadi, 2013 (en prensa).

la gestión de la entidad crediticia resulta doblemente remunerada. De este modo, desde mi punto de vista, la comisión de descubierto en cuenta corriente, simultánea al devengo de intereses de descubierto, carece de causa que la justifique (arts. 1.274 y 1.275 C.C.), constituyendo un auténtico interés encubierto, puesto que no se trata de un nuevo servicio ajeno a la situación de descubierto en que se ha colocado la cuenta corriente, situación que ya tiene su retribución en el tipo de interés. Paralelamente, y por los mismos motivos, tampoco dicha comisión responde a un servicio efectivamente prestado al cliente como exige el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011²⁹. Por último, infringe lo establecido en el artículo 89.5 TRLGDCU al establecer el carácter abusivo, en todo caso, de los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no corresponden a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresadas con la debida claridad y separación, y en la medida en que la situación de descubierto ya está siendo penalizada, a la par que retribuida, a través del tipo de interés³⁰. En definitiva, considero, para calcular la TAE del descubierto tácito en cuenta corriente se han de considerar las comisiones por descubierto, de tal modo que el tipo de interés nominal aplicable a los descubiertos unido a la comisión por ese mismo concepto no debe superar, en términos de tasa anual equivalente, 2´5 veces el interés legal del dinero.

En otro orden de cosas, no establece la LCCC qué consecuencias se derivarían del adeudo de unos intereses que den lugar a una TAE de cuantía superior a 2´5 veces el interés legal del dinero, pues, aunque indica, dentro del ámbito de los descubiertos aceptados tácitamente, la cuantía máxima que puede adeudarse en concepto de intereses, no establece que en caso de nulidad de la cláusula sea aplicable el parámetro recogido en el precepto. Considero, por tanto, se ha de recurrir, una vez más, a la cuantía del tipo de interés legal, solución que estimo preferible atendida la naturaleza jurídica de la que participan los intereses de descubierto.

No podemos concluir sin referirnos al artículo 89.7 TRLGDCU al declarar abusiva, en todo caso, la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, precepto que no ha sido modificado tras la entrada en vigor de la LCCC para adaptarlo al contenido del art. 20.4 de la misma. Ello no obstante, si en un descubierto tácito sometido al ámbito de aplicación de la LCCC se pactara un tipo de interés de descubierto que, unido a la comisión por ese mismo concepto, diera como resultado una TAE superior a la representada por 2´5 veces el tipo de interés legal, dicha estipulación sería abusiva por aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 82 TRLGDCU, es decir, por causar, en contra de las exigencias de la buena fe y en

²⁹.- En este sentido vid. SAP Jaén, secc. 1ª, de 3 de mayo de 2010 (JUR 2010\372323).

³⁰.- Pese a ello, la CBE 5/2012 parece admitir la legitimidad de este tipo de comisiones con carácter general en la medida en que, en la norma décimo tercera *in fine*, establece que en los descubiertos no podrá reiterarse la aplicación de comisiones a causa de la concesión del descubierto en otros descubiertos tácitos que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta, ni podrán tampoco exigirse dichas comisiones en los descubiertos por valoración.

perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Declara nula, procederá integrar el contrato en los términos expuestos previamente.