

FERRANDO VILLALBA, M.^a DE LOURDES: *Las comisiones bancarias* (1).

El acortamiento de márgenes del negocio bancario, consecuencia de la bajada de tipos de interés previa a la incorporación de España al euro, ha propiciado la emergencia de un numeroso grupo de comisiones por un conjunto de servicios que las entidades de crédito, con anterioridad, venían prestando gratuitamente con el servicio de caja.

Esas comisiones y gastos repercutibles vienen a compensar la disminución de ingresos en el negocio típico de las entidades de crédito españolas. Pero el aumento de su importancia corre paralelo también a la multiplicación de las reclamaciones de la clientela, lo que, a su vez, propicia el interés por desvelar su régimen jurídico.

Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, la presencia de comisiones y gastos repercutibles en los contratos de préstamo y crédito garantizados con hipoteca, si bien no puede ignorarse, se ha dejado a un lado, so capa de su carácter meramente personal (2).

Sin embargo, la garantía hipotecaria de comisiones y gastos bajo la correspondiente rúbrica, presenta inevitablemente ante los Registradores, pese a esa inicial indiferencia, la consideración del régimen de tales conceptos retributivos de los servicios bancarios.

La obra de FERRANDO VILLALBA viene entonces a ofrecernos, sobre la base de la experiencia acumulada por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE en adelante) en estas cuestiones, un conjunto de directrices o grandes líneas, entre las que podemos adivinar la regulación de estas figuras.

La satisfacción de entidades de crédito y clientes, en el marco de una relación jurídica equilibrada y equitativa, como destaca el profesor EMBID IRUJO en su prólogo, se erige en la primera de esas directrices o grandes líneas (3).

Por otro lado, la desigualdad informativa en la que las entidades de crédito prestan sus servicios y el carácter profesional con que lo hacen, sujeta a las mismas a un conjunto de importantes obligaciones de transparencia dirigidas a mitigar aquella desigualdad.

A su vez, la profesionalización obliga a las entidades a la diligencia, no ya de un ordenado padre de familia, sino a la mayor del comerciante experto, lo

(1) El título completo de la obra de FERRANDO VILLALBA es *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 2002, 339 págs.

(2) Vid., al respecto, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de noviembre de 2002 y de 2 de febrero de 1998 (RJ 2003/442 y 1998/5221, respectivamente).

(3) EMBID IRUJO, J. M., *Prólogo* a la obra recensionada, pág. XVII.

cual determina de modo importante su responsabilidad en la prestación de sus servicios.

La especificidad de las obligaciones de transparencia impuestas a las entidades de crédito por la normativa sectorial bancaria, viene dada, entre otros, por el hecho del carácter público de la información que las mismas han de prestar a sus clientes potenciales cuando ofrezcan sus servicios por Internet, con independencia de que contraten o no con ellas.

Tales obligaciones, establecidas con peculiar detalle por la normativa sectorial, nos obligan a prestar especial atención a la misma, atención que también es debida por razón de la carencia de reglas de Derecho dispositivo de rango legal en multitud de los casos que se afrontan.

Entonces, la normativa sectorial bancaria nos proporciona un conjunto de parámetros o medidas de corrección y equilibrio que orientan al intérprete en la apreciación de la abusividad de ciertas cláusulas.

Entre tales parámetros se encuentran: 1) la necesidad de que la resolución unilateral del plazo a favor de la entidad de crédito se deba a incumplimientos importantes y no meramente accesorios del cliente; 2) los requisitos que han de observarse en la exigencia de un contrato de seguro al prestatario en los préstamos hipotecarios, o 3) la necesidad de guardar la proporcionalidad entre las penalizaciones impuestas al cliente y el daño que puede sufrir la entidad.

El capítulo III parte del carácter lucrativo de la actividad de intermediación bancaria, lo que hace a los contratos que se celebran con dichas entidades, naturalmente onerosos. En ese capítulo, en primer lugar, la autora aborda la distinción entre interés y comisión.

Esa distinción es relevante ante el hecho del surgimiento de las comisiones embebidas en contratos, de crédito y préstamo, con el peligro de que su proliferación suponga el encubrimiento del verdadero coste del crédito en perjuicio del cliente.

Así «mientras la comisión es una provisión que el acreedor recibe por prestar un servicio (comisiones fijas) o los riesgos que corre el primero no cubiertos por el interés (comisiones proporcionales), el interés se muestra como una remuneración por el uso de capital ajeno» (4).

Además, el interés es proporcional al importe del capital y a la duración de su disponibilidad, mientras que la proporcionalidad de la retribución por la comisión ha de establecerse en relación con el servicio efectivamente prestado que la justifica.

Tras un análisis general de la distinción entre interés y comisión se examina la naturaleza de algunas comisiones concretas, como la de no disponibilidad del crédito. Ésta se considera como una especie de compensación por el lucro cesante en que incurre la entidad, sin que se trate de una verdadera comisión, sino que estaríamos más bien ante la estipulación de un interés resarcitorio a favor del banco como compensación por los que deja de percibir (5).

En efecto, es sabido que por su obligación de dar crédito a petición del cliente hasta una cantidad máxima, el banco ha de provisionar un depósito metálico en el lugar de pago a fin de poder atender al requerimiento incierto de su cliente. La cantidad a provisionar se determina en la práctica bancaria según un coeficiente que dicta la experiencia.

(4) FERRANDO VILLALBA, M. L., *Las comisiones...*, pág. 107.

(5) FERRANDO VILLALBA, M. L., *ibidem*, págs. 116-117.

Dicha cantidad, en tanto en cuanto el cliente no dispone de ella, no produce intereses y no puede producirlos, ya que se halla afecta a la obligación de dar crédito. La comisión de no disponibilidad vendría a compensar el lucro cesante por falta de percepción de intereses, de esa cantidad concreta provisionada por el prestamista.

Se examina también la comisión de apertura de crédito a la que en realidad se considera como un interés adelantado. Respecto de la comisión por descubierto en cuenta corriente se manifiestan las dudas sobre su justificación, ya que no parece responder a ningún servicio efectivo prestado por la entidad.

Por otro lado, en el estudio del cobro de comisiones bancarias debemos partir de la consideración del contrato de cuenta corriente bancaria como marco general de las relaciones de la entidad de crédito y sus clientes, y de su carácter de contrato de gestión de los intereses de la clientela a través de la prestación del servicio de caja (6).

Al examinar la naturaleza del servicio de caja, por el que la entidad de crédito actúa como mandatario del cliente respecto de sus cobros y pagos, se pone de manifiesto, de nuevo, la especial diligencia con la que debe actuar la entidad de crédito, lo que la obliga a cuidar de los intereses de su cliente, solicitando aclaraciones ante órdenes dudosas y asesorándole en cada caso sobre la mejor opción para el usuario en la financiación de sus actividades.

Por otro lado, junto a las comisiones en sentido propio encontramos un conjunto de gastos repercutibles de la entidad al cliente que no se hallan resarcidos por el premio de la comisión. Se trata de los gastos repercutibles que hemos de distinguir de los gastos inherentes al servicio que se presta estando, estos últimos, cubiertos por el importe de la comisión que el banco cobra como contraprestación por su servicio: a saber, la ejecución de mandatos de pago y cobro en nombre y por cuenta de su cliente. Para que tales gastos sean repercutibles, se requiere que al menos su concepto conste en el contrato, que se hallen justificados y que se realicen en beneficio del cliente, a quien deben ser de utilidad.

Luego se examinan un conjunto de casos dudosos. Así la comisión por reclamación de descubiertos, la cual, más que una verdadera comisión, ya que no se presta un servicio al cliente, sino que el banco actúa en su interés para recuperar el dinero que éste le debe, parece que en realidad se trata de un gasto repercutible al deudor, en cuyo beneficio redunda el descubierto, pero que la entidad de crédito deberá justificar adecuadamente por las gestiones de recobro que efectivamente haya realizado.

Según el SRBE, para que dichos gastos puedan repercutirse es necesario que respondan a una reclamación formal de posiciones deudoras, se trate de gastos realmente habidos, debidamente justificados, y que su repercusión al cliente esté prevista en el documento contractual.

Obsérvese entonces que el establecimiento de una comisión por una sola vez en caso de reclamación no es uno de esos gastos, ya que no se refiere a los realmente habidos ni justificados, pese a que haya reclamación formal de la posición deudora y se haya estipulado en el contrato.

También se manifiestan las dudas sobre la comisión de mantenimiento de cuenta corriente. «[...] Evidentemente, la llevanza de la contabilidad es una

(6) *Ibíd.*, págs. 122-123.

prestación inherente a la operación de cuenta corriente, pero por ello mismo, dada la estrecha unión entre ambas, parecería más correcto considerar que el coste que dicha llevanza pudiera tener para la entidad de crédito debería constituir un gasto inherente a la prestación del servicio, que debería ser asumido por la propia entidad» (7).

Además, respecto de dicha comisión, se olvida que quien en realidad presta un servicio al otro con la cuenta corriente suele ser el cliente que facilita a bajo o nulo coste a la entidad de crédito el dinero para que ejerza su actividad típica en el tráfico. También plantea dudas la comisión de administración de cuentas, «ya que parece que se está retribuyendo a la entidad de crédito por realizar una actividad inherente al servicio que presta, la rendición de cuentas al cliente, y que ya cuenta con una remuneración específica en las comisiones cobradas por la ejecución de cada concreta instrucción del cliente» (8). En ambos casos parece que se trata no de gastos repercutibles sino de gastos inherentes al servicio prestado.

En definitiva, el libro que comentamos plantea problemas de gran actualidad a la hora de calificar las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios, por lo que será de gran utilidad para los Registradores, a los que puede ayudar a la hora de desentrañar el régimen de los complejísimos actos que se someten a su consideración para dar cabida a las necesidades del crédito y tráfico inmobiliario.

CARLOS BALLUGERA GÓMEZ
Registrador de la Propiedad

VARIOS AUTORES: *Código Europeo de los Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Volúmenes I y II. *Comentarios en homenaje al Profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero, Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003.

Dentro del movimiento en favor de la unificación del Derecho contractual europeo, estos *Comentarios al Código Europeo de los Contratos* están realizados por un nutrido grupo de juristas, en dos volúmenes, a modo de homenaje al Profesor don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Presidente de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía. Desde luego no estamos ante una obra más sobre el tema, sino que hay que destacar en la misma la profunda reflexión realizada sobre una de las opciones que se barajan a la hora de conseguir la unificación, o al menos armonización, del Derecho contractual dentro de la Unión Europea: la elaboración de un Código de Contratos único para todos los países.

Es conocido que la idea de un Derecho privado común es anterior incluso a la Unión Europea, encontrándose precedentes en el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos de 1927, así como en la Propuesta de redacción de unas reglas uniformes sobre la compraventa internacional de bienes muebles, que en 1929 efectuó E. RABEL al Consejo de Direc-

(7) *Ibid.*, pág. 139.

(8) *Ibid.*, pág. 141.