

Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos*

Fernando Zunzunegui

Universidad Carlos III de Madrid

Abogado

SUMARIO: Introducción.- 1. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos.- 1.1. Noción de servicios y productos financieros.- 1.2. Noción de consumidor y su distinción del cliente financiero.- 1.3. Derechos básicos de los consumidores y protección al cliente financiero.- 2. Marco normativo en España y Europa.- 2.1. Marco normativo en España.- 2.2. Marco normativo en la Unión Europea.- Códigos de buenas prácticas.- 3. Soluciones en derecho comparado.- 4. Hacia el reconocimiento de los servicios financieros como servicios generales de interés general.- Consideraciones finales.- Bibliografía básica.

Introducción

La crisis financiera ha puesto de relieve la vulnerabilidad de las personas que contratan con las entidades bancarias y la necesidad de revisar su régimen de protección. Esta vulnerabilidad afecta tanto al mercado del crédito como al de los productos de inversión. Las familias sobreendeudadas por la concesión irresponsable de créditos hipotecarios se ven ante el peligro de perder sus viviendas en procedimientos de desahucio.¹ Centenares de miles de clientes de las cajas de ahorros rescatadas con ayudas de la Unión Europea se enfrentan a la pérdida de la mayor parte de los ahorros invertidos en participaciones preferentes.² Como consecuencia de las malas prácticas bancarias se ha puesto en riesgo el acceso al crédito y la seguridad del ahorro. Ante esta situación cabe preguntarse sobre cómo ha funcionado el

(*) Publicado en AA.VV, *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, editado por Artarteko, Bilbao, 2013.

¹ ZUNZUNEGUI, Fernando: "Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias", *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 129, enero-marzo 2013, págs. 35-76.

² ZUNZUNEGUI, Fernando: "Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 130, Abril-Junio 2013, págs. 239-271.

sistema de protección del cliente bancario y si la custodia del ahorro depositado en cuenta y el acceso al crédito son servicios básicos que deben ser garantizados a todos los ciudadanos.

1. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos

El mercado financiero se caracteriza por su complejidad y constante evolución, atendiendo a las necesidades de una economía cada vez más globalizada.³ En este *perpetuum mobile* debemos comenzar por precisar la noción de “servicios y productos financieros” y determinar el sujeto al que denominamos “consumidor financiero”.

1.1. Noción de servicios y productos financieros

No existe en Derecho interno una definición de “productos y servicios financieros”. Según el art. 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores “*se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros.*”⁴ Esta noción se ajusta al Derecho comunitario que considera «servicio financiero» “*todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago.*”⁵

A su vez los «productos financieros» constituyen el objeto de la prestación de los servicios financieros, ya sea el dinero, los valores o los demás instrumentos financieros. Surgen así los servicios de pago sobre el efectivo anotado en cuenta, los servicios de crédito sobre fondos disponibles o los servicios de inversión sobre valores negociables.

³ ZUNZUNEGUI, Fernando: “Regulación financiera en una economía globalizada”, en *Derecho bancario y bursátil*, dir. por Fernando Zunzunegui, Madrid, 2012, págs. 25-47.

⁴ Añadiendo en el citado apartado que: En particular, se entenderá por: a) servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; b) servicios de inversión: los definidos como tales en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; c) operaciones de seguros privados: las definidas en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre; d) planes de pensiones: los definidos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; e) actividad de mediación en seguros: En particular, se entenderá por: a) servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC). b) servicios de inversión: los definidos como tales en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV). c) operaciones de seguros privados: las definidas en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. d) planes de pensiones: los definidos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; e) actividad de mediación en seguros: la definida en el artículo 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

⁵ Art. 2.b) Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; noción también recogida en el art. 2.1) Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

1.2. Noción de consumidor y su distinción del cliente financiero

La noción general de “consumidor” no coincide con la del sujeto protegido por la regulación financiera. La noción de consumidor procede del Derecho del consumo. Según el art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, “*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”. Lo cual difiere del concepto de consumidor en Derecho comunitario, circunscrito a la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.⁶

Sin embargo, el sujeto de la regulación financiera es el «cliente», noción distinta a la de consumidor. En el mercado del crédito se protege la “clientela activa y pasiva de las entidades de crédito”,⁷ y en el mercado de valores se protege a los inversores, en especial a los «clientes minoristas».⁸ El concepto de cliente es distinto y más amplio que el de consumidor, pues las empresas no financieras también son protegidas en la regulación financiera. Un taxista, un médico o un agricultor no tienen por qué conocer las complejidades del mercado financiero.

Ni la LDIEC ni la LMV mencionan al “consumidor”. No obstante hay una tendencia a limitar la protección del cliente financiero a las personas físicas y a denominarlo “consumidor financiero”. En este sentido la legislación del crédito al consumo, de los servicios de pagos y de la contratación a distancia de servicios financieros va destinada a proteger a los “consumidores financieros” personas físicas que, en los servicios de pagos, contratos a distancia o de crédito al consumo, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.⁹ Término acuñado en el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que sustituye a la de “usuario de servicios financieros” utilizada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

1.3. Derechos básicos de los consumidores y protección al cliente financiero

Una vez delimitada la materia y los sujetos a los que se destina la protección, es el momento de considerar la posible existencia de derechos básicos del consumidor financiero.

En el art. 8 de la LGDCU se recogen los derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre los que se encuentra la “*protección de sus legítimos intereses económicos; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos*” y la “*información correcta sobre los diferentes bienes o servicios*”. Es una reiteración del contenido del art. 51 de la Constitución Española, según el cual los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo “*los legítimos intereses económicos de los mismos*”, promoviendo “*la información y la educación de los consumidores y usuarios*”, sin atribución de poder concreto

⁶ Art. 2.1) Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

⁷ Art. 48.2 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

⁸ Véase arts. 13.II 78 bis, 79 y 79 bis Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁹ Véase: art. 2.1 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; arts. 2.11 y 17.2 Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; y art. 5, final, Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En este sentido, sin base legal suficiente, el art. 2.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, limita la protección a los clientes que son personas físicas.

alguno a los consumidores.¹⁰ Son principios generales del Derecho del consumo, siendo la información el instrumento para proteger los intereses económicos de los consumidores.¹¹

En la Unión Europea se considera que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios. En este sentido, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros.¹² Luego, en principio, los derechos básicos de los consumidores, no incluyen la protección de consumidor financiero, que tiene una legislación específica. Si bien, en España, el Tribunal Supremo ha reconocido que la existencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que también sea aplicable la legislación general de protección de los consumidores.¹³ Lo que falta es la debida coordinación entre el Derecho del consumo y la regulación financiera.

2. Marco normativo en España y Europa

El sector financiero se caracteriza por una pluralidad de fuentes del Derecho. Para conocer el marco protector del cliente bancario hay que acudir al Derecho interno, al Derecho comunitario y a los códigos de buenas prácticas.

2.1. Marco normativo en España

En España, la normativa sectorial no está codificada.¹⁴ Cada subsector financiero tiene su propio marco protector del cliente. En el subsector de los servicios bancarios, el art. 48.2 de la LDIEC es la norma fundamental, marco legal que se completa con el régimen protector del consumidor financiero recogido en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.¹⁵ El desarrollo de este marco legal se ha sistematizado a través de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, restringiendo la protección a las personas físicas, con remisiones a la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

¹⁰ Peña López, Fernando: "Comentario al Art. 8", en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009, pág. 117.

¹¹ Así lo reconoce la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹² Art. 3.3.d) de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

¹³ Véase la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, sobre nulidad de cláusulas suelo, con cita de la STS 75/2011, de 2 de marzo, según la cual: "la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general".

¹⁴ Por el contrario, Francia dispone de un *Code monétaire et financier*, el Reino Unido se rige por la *Financial Services and Markets Act 2000*, siendo uno de sus objetivos la protección de los consumidores, y en Italia la norma sectorial es el *Testo Unico della Finanza*, aprobado pro Decreto legislativo 24 febrero 1998, n. 58.

¹⁵ Véase el panorama normativo en materia de transparencia recogido en la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2012, Madrid, 2013, págs. 56-71.

Respecto al subsector de los servicios de inversión el título VII de la LMV, sobre normas de conducta, recoge los principios de protección del inversor, desarrollados por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

En 2008, tras la quiebra de Lehman Brothers y de los bancos islandeses se destaparon las malas prácticas en la comercialización de productos financieros. Pero no fue hasta que se materializa el riesgo de las participaciones preferentes, afectando a cientos de miles de clientes, cuando los poderes públicos y las instituciones se dan cuenta de la necesidad de adoptar medidas de protección del ahorrador. Sin embargo las reformas han sido puntuales, limitándose a regular algunos aspectos de la comercialización entre clientes minoristas de productos complejos, como el relativo a la evaluación del perfil del cliente.¹⁶

En relación con el mercado del crédito, la concesión irresponsable de crédito por parte de la entidades de crédito, sobreendeudado a muchas familias, da lugar, con el cambio del ciclo económico, a alzamientos y desahucios, que cada vez preocupan más a los ciudadanos. También en este ámbito las reformas realizadas tienen un alcance limitado. Se ha aprobado un Código de buenas prácticas,¹⁷ y algunas reformas procesales limitando los abusos en las ejecuciones hipotecarias.¹⁸

2.2. Marco normativo en la Unión Europea

En la Unión Europea tampoco existe un código que recoja y sistematice toda la regulación financiera protectora del consumidor financiero. La norma principal es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, más conocida como MiFID, por sus siglas en inglés.¹⁹ La crisis ha puesto de relieve la ineficiencia de este régimen desde la perspectiva de la protección del cliente. Las obligaciones MiFID se han convertido en un formalismo que sirve más de escudo de las entidades frente a las reclamaciones que de protección del cliente.

¹⁶ Véase la disposición final tercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, de reforma de la LMV, que intensifica las obligaciones de evaluación al cliente, aspecto desarrollado por la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.

¹⁷ Anexo al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

¹⁸ Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

¹⁹ Completada con normas de segundo nivel: Directiva 2006/73/CE, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva; y Reglamento (CE) No 1287/2006, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

A su vez, la protección del hipotecado se dejaba a un Código de conducta voluntario sobre la información precontractual para los créditos vivienda,²⁰ en una opción por la autorregulación del sector, sin intervención legislativa.

Antes de la crisis son muy escasas las iniciativas tendentes a la protección del consumidor financiero. Se creó en 2004 un Grupo de expertos en ser vicios financieros, desde la perspectiva del usuario (FIN-USE), y se aprobaron iniciativas sobre educación financiera.²¹ Para que surgiera una política comunitaria de protección del consumidor financiero hubo que esperar al agravamiento de la crisis. Es entonces cuando se considera que para restablecer la estabilidad del sistema bancario no basta aumentar la solvencia de las entidades, siendo necesario recuperar la confianza del consumidor. Los códigos voluntarios y las recomendaciones dejan paso a medidas legislativas.

2.3. Códigos de buenas prácticas

Con la crisis financiera se pone en cuestión un modelo de regulación financiera que primaba la autorregulación (*soft law*) sobre la intervención legislativa (*hard law*). Antes de la crisis se confiaba en el incentivo de las propias entidades interesadas en proteger su reputación mediante buenas prácticas financieras. Pero los abusos de las empresas de rating y los comportamientos oportunistas de los bancos de inversión han forzado a una revisión de este modelo.

En España siguen existiendo códigos de conducta en materias como la publicidad financiera, materia en la que los supervisores se limitan a aprobar los principios que deben aplicar las entidades.²² Y ante el problema de los abusos en las ejecuciones hipotecarias, la primera medida que se adoptó por el Gobierno fue la aprobación de un Código de Buenas Prácticas.²³ Las reformas legales son el resultado de iniciativas comunitarias.

3. Soluciones en derecho comparado

La reunión del G-20 de noviembre de 2008 dejó claro que estábamos ante una crisis de confianza y que, además de reforzar la solvencia del sistema, era necesario aprobar medidas de protección del cliente financiero. No obstante, no ha existido una política global ni europea para recobrar la confianza del consumidor financiero.

Las medidas que se han ido adoptando han sido aisladas, decididas por cada Estado atendiendo a lo más inmediato. Poco a poco se han ido resolviendo los problemas de solvencia, pero la confianza sigue dañada. En estos momentos nos encontramos en la segunda

²⁰ Recomendación de la comisión de 1 de Marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos de vivienda (2001/193/CE).

²¹ Comunicación de la Comisión sobre la educación financiera (COM/2007/0808 final).

²² Véase la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, reconoce los sistemas de autorregulación publicitaria de la banca, y se limita a recoger en su anejo unos principios generales que deberán integrarse en dichos sistemas. Criterios generales que para la publicidad de los servicios de inversión recoge la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión, pendiente de desarrollo por la CNMV.

²³ Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, anexo al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

fase de la gestión de la crisis centrada en la protección del cliente bancario. En la primera fase se adoptaron una serie de medidas destinadas al rescate de los bancos y a asegurar la solvencia de los grupos bancarios resultantes del saneamiento bancario. Pero con estas medidas prudenciales no se garantizaba el retorno a la normalidad, al quedar pendiente la adopción de medidas destinadas a restaurar la confianza de los clientes en la banca. En esta dirección se está actuando desde la Comisión Europea con el asesoramiento técnico de Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) y la Autoridad Bancaria Europea (EBA).

La revisión de la MiFID se está realizando mediante dos piezas normativas, una directiva (MIFID II) y un reglamento (MIFIR). Supone un giro hacia la intervención directa en la protección del consumidor financiero. Es una reforma importante que va desde el control del diseño de los productos hasta la prohibición de la colocación entre el público de los más complejos y arriesgados, pasando por una prohibición de cobrar retrocesiones procedentes de la industria bancaria por parte de los asesores financieros.²⁴ Su aplicación requerirá un cambio en la cultura bancaria.

Con esta reforma se trata de alinear los intereses de los bancos con los de la clientela, en una relación fiduciaria. Se contempla al cliente como un usuario de los servicios de intermediación, consumidor de productos financieros. En el nuevo marco normativo, se pasa de hacer responsable al cliente a través de la educación financiera y el suministro de información técnica, a la protección directa del cliente como consumidor. Con un límite, la protección no debe llegar a sacrificar la innovación financiera y la capacidad de elección del consumidor.²⁵

4. Hacia el reconocimiento de los servicios financieros como servicios generales de interés general

En la Unión Europea se reconoce el derecho de toda persona a acceder a determinados servicios de sectores esenciales, con obligación de los proveedores de prestar estos servicios *“en condiciones precisas, con una cobertura territorial completa y a un precio asequible”*.²⁶ Entre los sectores que se consideran esenciales, como el agua, la energía, los transportes o los servicios postales, no se suele citar el sector financiero, aunque el acceso a los servicios de pagos y crediticios constituya una necesidad básica de cualquier persona.

La crisis económica con el bloqueo del crédito y casos de oportunismo bancario con pérdidas para los ahorradores es un buen momento para preguntarnos sobre la conveniencia de considerar que los servicios financieros son servicios esenciales que deben contar con una cobertura adecuada. Un paso en este sentido constituye la propuesta de directiva de la Comisión Europea sobre el acceso a la cuenta corriente básica.²⁷ Con esta propuesta se trata

²⁴ Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se deroga la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2012 (MiFID II); y el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de instrumentos financieros, de 26 de octubre de 2012 (MIFIR).

²⁵ Como dice el art. 5 (2) (d) FSMA del Reino Unido, para determinar el grado de protección se debe tener en cuenta *“the general principle that consumers should take responsibility for their decisions”*.

²⁶ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM(2004) 374 final Bruselas, 12 mayo 2004, apartado 3.3.II.

²⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago

de recobrar la confianza de los consumidores en el sistema bancario, otorgando un derecho a un servicio de caja básico, además de garantizar la transparencia de las comisiones bancarias y simplificar el cambio de cuenta bancaria.

Para la Comisión Europea las cuentas de pago “*son una herramienta esencial para que las personas puedan participar en la economía y la sociedad*”.²⁸ No es admisible que en la Unión Europea existen 58 millones de ciudadanos que no disponen de cuenta corriente lo cual crea un grave problema de exclusión financiera.

En España el problema de la exclusión financiera amenaza con agravarse como consecuencia de la concentración bancaria resultante de las fusiones propiciadas por el Banco de España como mecanismo de resolución de las crisis bancarias. Las cajas de ahorros, principales proveedores de servicios en las zonas rurales, prácticamente han desaparecido, y los bancos que han asumido su negocio carecen de la sensibilidad social para mantener esos servicios. El cierre de sucursales está creando problemas de acceso a los servicios bancarios. Por ejemplo, el anuncio del cierre de una de cada tres oficinas por parte de Bankia en Canarias, constituye una amenaza para el acceso a los servicios de pago. Por otro lado la subida generalizada de las comisiones bancarias puede contribuir a la exclusión financiera.

El derecho de acceso a la cuenta reconocido en la propuesta de directiva permitirá acceder a los servicios de pago básicos a un precio razonable, evitando de este modo el cierre de cuentas por su elevado coste. Esta medida se justifica por la obligatoriedad de disponer de una cuenta corriente para el cobro de prestaciones sociales y para relacionarse con la Administración. A esta bancarización forzosa contribuyen las medidas que prohíben el uso de billetes para pagos que superen cierta cuantía o las dificultades para pagar en moneda metálica. La cuenta corriente ya no es una alternativa al pago en efectivo, es un servicio esencial, y así lo ha reconocido la Comisión Europea.

Esta propuesta de directiva constituye un cambio en la política comunitaria de protección del consumidor financiero. Por vez primera se adopta en la Unión Europea una medida que considera esencial un servicio financiero. Al dar acceso a una cuenta de pago básica a todos los ciudadanos se está reconociendo que este servicio reúne las características de los servicios de interés económico general.²⁹ Es un servicio universal. Todos los consumidores residentes en la Unión Europea tienen derecho a una cuenta básica. Los Estados miembros tienen la obligación de designar al menos un proveedor de servicios de pago que ofrezca una cuenta de pago básica, dando a conocer la existencia de este nuevo servicio. La propuesta de directiva señala las características del servicio de pagos básico, que debe incluir la apertura y cierre de la cuenta, el depósito y retirada de dinero, las domiciliaciones de pagos, el pago por tarjeta y la

básicas COM(2013) 266 final, 2013/0139 (COD), Bruselas, 8.5.2013; cuyo antecedente es Recomendación de la Comisión de 18 de julio de 2011 sobre el acceso a una cuenta de pago básica, que al ser desatendida por la industria bancaria dio lugar a la medida legislativa.

²⁸ Comunicación de la Comisión «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión», COM (2013)83 de 20 de febrero de 2013.

²⁹ Véase por su interés para analizar la cuenta básica como servicio de interés general: José Luis Gómez-Barroso y Raquel Marbán-Flores, “Basic financial services: A new service of general economic interest?”, *Journal of European Social Policy*, julio 2013, vol. 23, número 3, págs. 332-339.

realización de transferencias. Este servicio tiene un límite, a saber, no permite descubiertos. Lo cual es lógico, pues se obliga a la banca a prestar el servicio básico, pero no a la asunción de riesgos, como sucedería con el riesgo de crédito en caso de permitir descubiertos.

Con el reconocimiento del derecho a tener cuenta corriente se inicia un camino que puede dar más frutos. El acceso a los servicios de pagos constituye un servicio de interés general, pero también resulta esencial garantizar el acceso al crédito y a los servicios de inversión. Con el derecho a la cuenta la Comisión Europea ha dado el primer paso para el reconocimiento de un derecho a los servicios financieros básicos en la Unión Europea. Este reconocimiento no está reñido con el carácter empresarial de los bancos. La actividad bancaria no es un servicio público. No obstante, es un servicio de interés económico general, y como tal, el legislador debe garantizar el acceso universal a un precio razonable de los servicios financieros básicos. La prestación de servicios financieros está reservada a aquellas empresas que obtengan una autorización de la autoridad financiera. Existe de hecho un oligopolio que concentra en determinados grupos de empresas la prestación de estos servicios que justifica el derecho del consumidor a un servicio básico.

Consideraciones finales

No es la crisis la que crea las situaciones de vulnerabilidad y desprotección. La situación de riesgo y vulnerabilidad es anterior a la crisis, consecuencia del oportunismo de algunos bancos. Con la crisis se materializan los riesgos creados por los bancos que han colocado productos inadecuados a sus clientes.

Las consecuencias del sobreendeudamiento y colocación de productos de alto riesgo entre inversores minoristas eran perfectamente previsibles. Los bancos, como profesionales del mercado, sabían que como consecuencia del sobreendeudamiento, ante el cambio de ciclo económico, se podía dar la situación de impagos generalizados, lo que conllevaría ejecuciones hipotecarias. También sabían que, con la colocación masiva de participaciones preferentes en 2009, los clientes estaban, sin saberlo, rescatando a las entidades en plena crisis financiera, aportando recursos propios a entidades en dificultades.

La banca en general no ha sabido ver el riesgo reputacional y el riesgo legal que conllevaban estas prácticas. El sobreendeudamiento con proliferación de alzamientos crea un rechazo social contra los bancos. A su vez, la materialización del bloqueo y las pérdidas de ahorros invertidos en participaciones preferentes agrava la desconfianza en las entidades.

Estas tensiones sociales y financieras llevan a revisar la regulación financiera, planteándose en casos extremos la validez de los contratos. Los bancos se encuentran que, en este contexto, no pueden ejecutar los desahucios, no pueden aplicar los suelos hipotecarios, y se ven obligados a reembolsar los ahorros invertidos en preferentes.

Esta situación está siendo advertida incluso por el Banco Central Europeo solicitando reformas adicionales de la legislación española que permitan una segunda oportunidad a las familias

sobreendeudadas,³⁰ y por la Autoridad Bancaria Europea, que ha propuesto un código de buenas prácticas ante las dificultades del deudor hipotecario.³¹

Llama la atención el distanciamiento de los supervisores españoles, Banco de España y CNMV, ante esta situación, solo explicable por su mala conciencia, al no haber sabido prevenir los abusos bancarios.

Esta toma de conciencia sobre la necesidad de reforzar la confianza en el sistema bancario si existe por parte de la Comisión Europea. Un primer paso supone reconocer el derecho a un servicio de pagos básico. Se garantiza de este modo el derecho a la cuenta corriente, reconociendo que es un servicio esencial, primer paso hacia un sistema en el que esté garantizado el acceso a todos los servicios financieros básicos, incluyendo el acceso al crédito.³²

³⁰ Según el BCE, la ejecución hipotecaria debe considerarse el último recurso. Los prestamistas garantizados deberían estar interesados en evitar la ejecución hipotecaria, que resulta costosa y generalmente produce menos ingresos que las ventas voluntarias, si el hipotecante continúa cumpliendo todas o una parte acordada de sus obligaciones de pago. Por tanto es importante: a) que los prestamistas garantizados adapten sus prácticas actuales de gestión de prestatarios incursos en incumplimiento a fin de evitar las ejecuciones hipotecarias, y b) que el marco regulador proporcione incentivos a todas las partes interesadas para que acuerden una reestructuración de deuda oportuna y razonable en caso de incumplimiento." Y añade: "Con este fin, debería adoptarse un conjunto de medidas más amplio que aborde las causas subyacentes de las dificultades relacionadas con las hipotecas y que trate de evitar, en la medida de lo posible, las ejecuciones hipotecarias. Dictamen del Banco Central Europeo de 22 de mayo de 2013 sobre protección de los deudores hipotecarios (CON/2013/33).

³¹ Véase: EBA, *Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties*, 13 junio 2013, según la cual: "It is good practice to ensure that creditors consider whether, given the individual circumstances of the borrower and taking into account his/her ability to repay and the best interests of the borrower, it may be appropriate to do one or more of the following: a) extend the term of the mortgage; c) change the type of the mortgage; d) defer payment of all or part of the instalment repayment for a period; e) consolidate credits; f) change the interest rate; g) capitalise the shortfall; h) offer a payment holiday; i) assist with a voluntary property sale."

³² Véase: Alessandro Nigro, "Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche", L.C. Ubertazzi (dir), *La concorrenza bancaria*, Milán, 1983, págs. 227-253.

Bibliografía básica

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, *Diario La Ley*, Nº 7875, 2012.
- GÓMEZ-BARROSO, José Luis y MARBÁN-FLORES, Raquel: “Basic financial services: A new service of general economic interest?”, *Journal of European Social Policy*, julio 2013, vol. 23, número 3, pp. 332-339.
- BLANCO MARCILLA, Eduardo: *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, Monografía nº 24, CNMV, Madrid, 2007.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: “Riesgo, información y error en la distribución de participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito”, *Derecho de los negocios*, Año nº 23, Nº 265-266, 2012, págs. 49-68.
- MOLONEY, Niamh: “The Investor Model Underlying the EU's Investor Protection Regime: Consumers or Investors?”, *European Business Organization Law Review*, vol. 13, núm. 02, junio 2012, pp. 169-193.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre las participaciones preferentes*, Marzo, 2013.
- FERRANDO VILLALVA, M^a de Lourdes: “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en AA.VV., *Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido?*, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 15- 48.
- LAMOTHE, Prosper y PÉREZ SOMALO, Miguel: “Las participaciones preferentes. La génesis del «corralito español»”, *Estrategia Financiera*, núm. 303, marzo 2013, págs. 18-35.
- MOLONEY, Niamh: “The Investor Model Underlying the EU's Investor Protection Regime: Consumers or Investors?”, *European Business Organization Law Review*, Volume 13, Issue 02, junio 2012, págs. 169-193.
- NIGRO, Alessandro: “Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche”, L.C. Ubertazzi (dir), *La concorrenza bancaria*, Milán, 1983, pp. 227-253.
- PERRONE, Andrea y VALENTE, Stefano: “Against All Odds: Investor Protection in Italy and the Role of Courts”, *European Business Organization Law Review*, Volume 13, Issue 01, March 2012, págs. 31-44.
- ZUNZUNEGUI, Fernando: “Regulación financiera en una economía globalizada”, en *Derecho bancario y bursátil*, dir. por Fernando Zunzunegui, Madrid, 2012, págs. 25-47.
- ZUNZUNEGUI, Fernando: “Negociación de Swaps por cuenta propia”, en *Derecho bancario y bursátil* / dir. por Fernando Zunzunegui Pastor, 2012, Madrid, págs. 653-684.
- ZUNZUNEGUI, Fernando: “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 129, enero-marzo 2013, págs. 35-76.
- ZUNZUNEGUI, Fernando: “Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 130, abril-junio 2013, págs. 239-271.