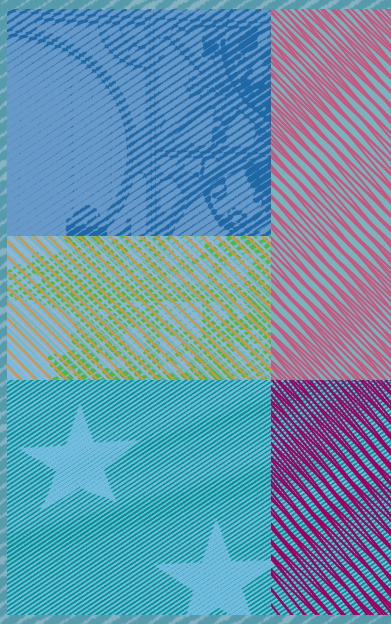
MEMORIA DE RECLAMACIONES 2016



BANCO DE ESPAÑA
Eurosistema

MEMORIA DE RECLAMACIONES 2016

El Banco de España difunde todos sus informes y publicaciones periódicas a través de la red Internet en la dirección http://www.bde.es.

Se permite la reproducción para fines docentes o sin ánimo de lucro, siempre que se cite la fuente.

© Banco de España, Madrid, 2017

ISSN: 1695-4343 (edición electrónica)

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN 11

2 RESUMEN DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES 17

2.1 Nuevas reclamaciones recibidas 22
2.1.1 ¿Quién reclamó? 22
2.1.2 ¿Dónde se presentaron las reclamaciones? 23
2.1.3 ¿Dónde surgieron más reclamaciones? 23
2.1.4 ¿Contra qué tipo de entidades se presentó reclamación? 25
2.1.5 ¿Contra qué entidades se tramitaron reclamaciones? 25
2.2 Reclamaciones resueltas 29
2.2.1 ¿Por qué se reclamó? 29
2.2.2 ¿Cuál fue la decisión del DCMR? 30
a. Expedientes archivados, por tipo de resolución 32
b. Informes emitidos, por materias 35
2.2.3 ¿Cuál fue la respuesta de las entidades a los informes del DCMR? 35
2.2.4 Compativa conjunta de entidades en función de su perfil 38
2.3 Consultas atendidas 42
2.4 Anejo estadístico 45

3 CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES 49

3.1 Activo 61
3.1.1 Préstamos hipotecarios 61
3.1.2 Préstamos con garantía personal 126
3.1.3 Préstamo responsable 140
3.1.4 Avales y garantías 140
3.2 Pasivo 152
3.2.1 Depósitos bancarios. Introducción 152
3.2.2 Aspectos comunes 153
3.2.3 Depósitos a la vista 160
3.2.4 Depósitos a plazo con garantía del principal 196
3.2.5 Embargo del saldo de depósitos en entidades 206
3.2.6 Incidencias derivadas del fallecimiento del titular de un depósito 210
3.3 Servicios de pago 227
3.3.1 Introducción y régimen aplicable 228
3.3.2 Aspectos comunes 229
3.3.3 Tarjetas 232
3.3.4 Transferencias y adeudos domiciliados: aspectos comunes 248
3.3.5 Transferencias 249
3.3.6 Adeudos domiciliados 255
3.3.7 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja 261
3.4 Deudores hipotecarios sin recursos 269
3.4.1 Introducción 269
3.4.2 Normativa protectora del deudor hipotecario en riesgo de exclusión 271
3.4.3 El Código de Buenas Prácticas. Su contenido 276
3.4.4 Incidencias detectadas en relación con el contenido del Código de Buenas Prácticas 280

3.4.5 Ámbito subjetivo de aplicación del Código 295
3.4.6 Ámbito objetivo de aplicación del Código 300
3.4.7 Incidencias detectadas en relación con el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Código de Buenas Prácticas 302
3.4.8 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas 305
3.4.9 Sanción por el incumplimiento 306

ADENDA: LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA. CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

1 INTRODUCCIÓN 313

2 ESTRUCTURA ORGANIZATIVA, OBJETIVOS Y MEDIOS 314

2.1 Estructura organizativa 314
2.1.1 Consideración del SAC como función de control 314
2.1.2 Encuadre del SAC en el modelo organizativo de la entidad 315
2.2 Proceso de nombramiento, cese y renovación del titular del SAC 316
2.3 Externalización del servicio de atención al cliente 316
2.4 Conflictos de interés del titular del SAC y de su personal adscrito 317
2.5 Recursos y plan de formación del SAC 318
2.6 Política de remuneración 318
2.7 Objetivos y plan de acción del SAC 319

3 CRITERIOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECEPCIÓN, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE QUEJAS Y RECLAMACIONES 319

3.1 Política general de recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones 320
3.2 Divulgación del reglamento y accesibilidad para clientes 320
3.3 Recepción de quejas y reclamaciones 321
3.3.1 Canales de recepción de quejas y reclamaciones 321
3.3.2 Control y registro 322
3.4 Resolución de quejas y reclamaciones 322
3.4.1 Instancias de resolución 322
3.4.2 Criterios y plazos de resolución 322

4 LÍNEAS DE COMUNICACIÓN, MECANISMOS DE SEGUIMIENTO Y CONTROL DE RECLAMACIONES 323

4.1 Líneas de comunicación y participación en comités o grupos 323
4.2 Informes elaborados por el SAC 323
4.2.1 Informe anual 323
4.2.2 Otros informes 324
4.3 Control del SAC y de los procedimientos de tramitación de quejas y reclamaciones 324
4.4 Mecanismos de seguimiento y control de quejas y reclamaciones 324

5 CONCLUSIONES 325

ÍNDICE DE GRÁFICOS Y CUADROS

GRÁFICO 2.1 Reclamaciones presentadas en los últimos diez años 22
GRÁFICO 2.2 Número de reclamaciones presentadas, por comunidad autónoma 24
GRÁFICO 2.3 Informes favorables al reclamante en reclamaciones sobre préstamos hipotecarios (no incluye reclamaciones por «cláusulas suelo») 27
GRÁFICO 2.4 Informes favorables al reclamante en reclamaciones sobre «cláusulas suelo» 27
GRÁFICO 2.5 Informes favorables al reclamante en reclamaciones sobre depósitos a la vista 27
GRÁFICO 2.6 Informes favorables al reclamante en reclamaciones sobre tarjetas 28
GRÁFICO 2.7 Resoluciones emitidas 30
GRÁFICO 2.8 Informes favorables y desfavorables al reclamante. Materias 35
GRÁFICO 2.9 Informes favorables al reclamante y rectificaciones. Entidades del grupo C1 39
GRÁFICO 2.10 Informes favorables al reclamante y rectificaciones. Entidades del grupo C2 39
GRÁFICO 2.11 Porcentaje de rectificaciones en los últimos cincos años (no incluye reclamaciones por «cláusulas suelo») 42
GRÁFICO 2.12 Consultas por escrito y telefónicas 42
GRÁFICO 2.13 Consultas escritas 43
GRÁFICO 2.14 Consultas telefónicas 43
CUADRO 2.1 Reclamaciones y consultas presentadas 22
CUADRO 2.2 Reclamaciones presentadas en la red de sucursales del Banco de España 23
CUADRO 2.3 Reclamaciones presentadas en cada comunidad autónoma por cada mil millones de euros de créditos y depósitos 24
CUADRO 2.4 Reclamaciones presentadas en cada comunidad autónoma por cada 100.000 habitantes mayores de 16 años 26
CUADRO 2.5 Materias de reclamación. Valores absolutos 30
CUADRO 2.6 Resoluciones emitidas. Materias 31
CUADRO 2.7 Resoluciones emitidas. Informes de reclamaciones 33
CUADRO 2.8 Resoluciones emitidas. Otras resoluciones 34
CUADRO 2.9 Informes favorables al reclamante, rectificaciones y allanamientos (no incluye reclamaciones por «cláusulas suelo») 36
CUADRO 2.10 Informes favorables al reclamante, rectificaciones y allanamientos (reclamaciones por «cláusulas suelo») 37
CUADRO 2.11 Informes favorables al reclamante, rectificaciones y allanamientos. Entidades del grupo C1 40
CUADRO 2.12 Informes favorables al reclamante, rectificaciones y allanamientos. Entidades del grupo C2 41
CUADRO A.1 Allanamientos e informes emitidos durante el año 2016. Bancos 45
CUADRO A.2 Allanamientos e informes emitidos durante el año 2016. Cajas de ahorros 46
CUADRO A.3 Allanamientos e informes emitidos durante el año 2016. Cooperativas de crédito 46
CUADRO A.4 Allanamientos e informes emitidos durante el año 2016. Establecimientos financieros de crédito 47
CUADRO A.5 Allanamientos e informes emitidos durante el año 2016. Sucursales en España de entidades de crédito extranjeras 47
CUADRO A.6 Allanamientos e informes emitidos durante el año 2016. Resto de entidades 48

1 INTRODUCCIÓN

1 INTRODUCCIÓN

Se presenta a continuación la *Memoria de Reclamaciones, 2016,* que, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.º, apartado 4.º, de la *Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero,* recoge el resumen estadístico de las consultas y reclamaciones atendidas y los criterios mantenidos por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR), que se corresponden, respectivamente, con sus capítulos 2 y 3.

El capítulo 2 resume, por tanto, la actividad desarrollada por el Banco de España en este ámbito hasta el 30 de abril de 2017, fecha en la que, en cumplimiento de los plazos establecidos en la normativa actual, se cerró la tramitación de las reclamaciones presentadas ante el DCMR a lo largo del año anterior. Y, habiendo sido ya publicada la *Memoria de la supervisión bancaria en España, 2016,* es recomendable acudir a esta fuente —y, en concreto, a su capítulo 4— para obtener una visión más completa del proceso de reclamaciones, dado que este, en determinadas ocasiones, cuando revela la existencia de incumplimientos normativos por parte de las entidades supervisadas, puede desembocar en actuaciones y medidas de carácter supervisor. En este sentido, es innegable el notable valor que aporta el análisis del número, la tendencia y el contenido de las reclamaciones a las labores supervisoras que lleva a cabo el DCMR.

La vinculación entre ambas publicaciones es, en esta ocasión, especialmente relevante, porque la *Memoria de Reclamaciones, 2016* incluye, como novedad, una adenda en la que, a partir de una actuación descrita en la *Memoria de la supervisión bancaria en España, 2016,* se analiza el funcionamiento de los servicios de atención al cliente de las entidades y se identifican las mejores prácticas de las entidades supervisadas existentes en este ámbito. Como es sabido, los servicios de atención al cliente (SAC) tienen, por imposición normativa, un papel central en el proceso de resolución de reclamaciones, aunque resulta deseable que no se limiten a la mera tramitación y resolución de las reclamaciones y quejas de la clientela, sino que también constituyan una fuente de información relevante como mecanismo de alerta temprana y detección anticipada de incidencias que, bien aprovechada, permita su corrección o prevención y redunde en la consiguiente mejora en el tratamiento de las reclamaciones y, en definitiva, en la satisfacción de la clientela.

Al igual que ocurrió durante el año precedente, en 2016 se ha registrado una nueva reducción en el número de reclamaciones, situándose en 14.462, un 28,6 % inferior al de 2015, y continuando así una tendencia que viene desde 2013, cuando alcanzó su máximo histórico en 34.645. Esta tendencia parece, sin embargo, romperse en 2017, ya que, con los datos correspondientes al primer cuatrimestre, habría ya más de 8.000 reclamaciones presentadas, cifra que, proyectada para todo el año, llevaría las reclamaciones en 2017 a cifras próximas a 30.000. Detrás de este incremento está, sin duda, y además de otros factores, la generalización, desde finales de 2016, de las solicitudes que las entidades bancarias están recibiendo de sus clientes para la devolución de los gastos de formalización de los préstamos hipotecarios al albur de la sentencia 705/2015 del Tribunal Supremo, que declaró abusivas determinadas cláusulas insertas en préstamos hipotecarios; entre otras, la de atribución de gastos de la operación al consumidor.

La disminución de reclamaciones en 2016 ha sido especialmente significativa en el caso de las referidas a *cláusulas suelo,* que han pasado de representar un 46 % del total en

2015 a ser un 27 % —3.954— en 2016. La proliferación de sentencias sobre esta materia permite suponer que existe un creciente uso de la vía judicial para dilucidar las controversias, circunstancia que, sumada a una mayor propensión de las entidades a cerrar acuerdos de resolución amistosa con sus clientes, permite explicar el menor recurso al sistema de reclamaciones. A ello también contribuye, sin duda, el proceso de aprendizaje, que va permitiendo a los potenciales reclamantes conocer las competencias del DCMR y el alcance real de sus resoluciones. Como es cada vez mejor sabido, el DCMR carece de competencia tanto para valorar o interpretar las cláusulas contractuales como para pronunciarse sobre su eventual abusividad, elementos que, en la mayor parte de los casos, constituyen el motivo básico de controversia en este tipo de reclamaciones. De este modo, la actuación del DCMR se circunscribe a la efectiva comprobación del cumplimiento de la normativa sobre transparencia informativa y de la observancia de los criterios de buena práctica que el propio DCMR va sentando y, conociendo de antemano este limitado ámbito competencial, no es de extrañar que los reclamantes y las entidades busquen alternativas para la resolución de sus controversias.

Como se explicó en la anterior Memoria, las páginas que siguen ofrecen diferentes alternativas para valorar la evolución de las reclamaciones presentadas ante el Banco de España. La primera es el número absoluto de reclamaciones, cuya evolución general se acaba de repasar, y que incorpora información que, para un análisis adecuado, debe depurarse de circunstancias como, entre otras, la no competencia del Banco, la inatención por los reclamantes de la solicitud del DCMR para que completen la información aportada o la existencia de procedimientos judiciales que obligan a la inhibición del DCMR. No obstante esta limitación, el número absoluto de reclamaciones constituye una pieza importante de la valoración que realiza el DCMR y aporta enorme valor en su tarea supervisora de los servicios de atención al cliente de las entidades, especialmente cuando se pone en relación con su tamaño o, en algunos casos, con su significativa concentración en determinados segmentos del mercado. Una pieza adicional, e importante, para este análisis de las reclamaciones es la información que se proporciona sobre los informes favorables a los reclamantes en las reclamaciones contra las entidades más activas, por cuota de mercado, en cuatro segmentos de este —*cláusulas suelo,* resto de reclamaciones sobre préstamos hipotecarios, depósitos a la vista y tarjetas—, y donde se posicionan las entidades en sendos gráficos que se corresponden con las materias citadas.

La segunda alternativa analítica consiste en explotar la información que ofrecen las reclamaciones que, tras ser admitidas, pasan a ser estudiadas y, a la vista de los argumentos de las partes y de las evidencias presentadas, informadas por el DCMR. Aquí la clave reside en analizar si los informes se pronuncian a favor de las entidades o de los reclamantes, sumando en este último caso los eventuales desistimientos, por el lado del reclamante, y allanamientos a las pretensiones de este, por el lado de la entidad, en la medida en que, al fin y al cabo, ambos suponen, por lo común, cerrar el expediente a favor del reclamante. Pues bien, en 2016, como se verá, del total de resoluciones emitidas —informes, allanamientos y desistimientos—, un 71,1 % finalizó en un sentido favorable a los intereses del reclamante, en el entorno de los niveles registrados en años anteriores: 74,2 % en 2015 y 73,5 % en 2014. El dato positivo está en los allanamientos, que disminuyen significativamente (del 35,4 % al 21,8 % de las resoluciones), algo que, contrariamente a lo que podría parecer a simple vista, permite suponer, si se acompaña de una reducción de informes favorables al reclamante, que los servicios de atención al cliente han funcionado de una manera más eficiente, resolviendo, en primera instancia, las controversias más claramente a favor del cliente sin requerir la mediación del DCMR. En todo caso, un porcentaje elevado de informes favorables al reclamante seguiría indi-

cando que, con carácter general, la entidad no ha resuelto de modo correcto las reclamaciones de sus clientes.

En este punto, interesa destacar que el índice de resoluciones favorables a los reclamantes, calculado en sentido amplio, como antes se ha señalado, es superior al general en el caso concreto de las reclamaciones relacionadas con la aplicación del *Código de Buenas Prácticas* previsto en la normativa de protección de deudores hipotecarios sin recursos (83,6 %, frente al 71,1 % general). Aun siendo pocas, relativamente, las reclamaciones en esta materia y estar concentradas solo en algunas entidades, no cabe duda de que se trata de una cuestión de gran relevancia social, por lo que algunas de las iniciativas supervisoras del DCMR se están dirigiendo, precisamente, a esta materia, según se describe en el *capítulo 4* de la *Memoria de la supervisión bancaria en España, 2016* y con independencia de la activa participación del Departamento en la pertinente comisión de seguimiento que prevé la normativa referida.

La tercera y última alternativa que ofrece la *Memoria de Reclamaciones, 2016* para evaluar cualitativamente las reclamaciones presentadas es el índice de rectificación de las entidades bancarias ante informes del DCMR contrarios a sus intereses. Aun entendiendo la dificultad que, en ocasiones, entraña la rectificación de las entidades y su sumisión al criterio sentado por el informe del DCMR, la no rectificación podría ser indicativa de una insuficiente voluntad de la entidad para asumir ese criterio, que es previa y sobradamente conocido. En este sentido, y al igual que ocurre con los allanamientos y en ausencia de cambios significativos en otras variables, unas mayores tasas de rectificación son bienvenidas en la medida en que, finalmente, suponen resolver la controversia a favor del cliente, pero, por otro lado, impulsan al Departamento a incluir en sus acciones supervisoras actuaciones específicas encaminadas a inducir a las entidades a asumir sus criterios en fases anteriores del procedimiento de reclamación e incluso, ya idealmente, en su origen.

Sentada esta consideración de carácter general, y sin perder de vista que hay siempre una notable dispersión en el comportamiento entre entidades, no es una buena noticia que la media general de rectificaciones, para las reclamaciones no relacionadas con *cláusulas suelo,* se haya situado en 2016 en el 36,8 % de los informes favorables al reclamante, ligeramente por debajo del 40 % de 2015, y que, en el caso de las sí relacionadas con *cláusulas suelo,* haya ocurrido otro tanto —31 % en 2016, frente al 35,4 % en 2015—. En ambos casos se rompe una tendencia de mejora que venía de hace varios años, aunque los datos son, todavía, mejores que los registrados hace dos años.

Además de la gama de métricas señalada, la *Memoria de Reclamaciones, 2016* ofrece, de nuevo, información sectorizada para evaluar el comportamiento y la evolución de las entidades en lo relativo a reclamaciones basándose en su clasificación en cuatro grupos (de C1 a C4), definidos en función de la cuota de mercado que tiene la entidad para determinados productos, el tipo de entidad según los registros oficiales del Banco de España y la prestación o no de servicios bancarios a personas físicas. Esta clasificación, que se toma de la seguida para definir el perfil supervisor de conducta y que fue explicada con detalle en el *capítulo 4* de la *Memoria de la supervisión bancaria en España, 2015,* permite la comparación entre entidades más homogéneas, así como la valoración de las diferencias de comportamiento entre los propios grupos, y pone en directa relación el comportamiento de las entidades en la resolución de reclamaciones con la estrategia supervisora del Departamento.

La *Memoria de Reclamaciones, 2016* también se detiene en la actividad consultiva desarrollada por el DCMR, actividad íntimamente ligada a la resolución de reclamaciones,

pues, a menudo, la consulta constituye un paso previo a la reclamación, y que ilustra en buena medida uno de los servicios más directos que ofrece el Banco de España a los ciudadanos. De la mano, por tanto, de las reclamaciones, esta actividad ha vuelto a disminuir en 2016, ligeramente en el caso de las consultas telefónicas (31.660, un 11 % menos que el año anterior) y más acusadamente (1.935, un 40,2 % menos) en el caso de las escritas. Por su parte, las visualizaciones del *Portal del Cliente Bancario* ascendieron a 3.618.664.

Finalmente, la *Memoria de Reclamaciones, 2016* también incorpora, como se indicaba más arriba, un capítulo 3 que constituye un pormenorizado detalle de los criterios de buena práctica aplicados en la resolución de las reclamaciones presentadas durante el año, que, a buen seguro, constituirá una valiosa herramienta de consulta para entidades y clientes.

Por lo demás, el ámbito de la actividad del DCMR relativa a Publicidad ya ha sido objeto de tratamiento detallado en la *Memoria de la supervisión bancaria en España, 2016,* mientras que la valoración de las iniciativas de educación financiera, en buena medida enmarcadas en el convenio que mantiene el Banco de España con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se han incluido en el *Informe de Actividades, 2016.* Remitimos, por tanto, al lector a estas publicaciones para recuperar la pertinente información.

2 RESUMEN DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES

ÍNDICE

2.1 NUEVAS RECLAMACIONES RECIBIDAS 22

2.1.1 ¿Quién reclamó? 22
2.1.2 ¿Dónde se presentaron las reclamaciones? 23
2.1.3 ¿Dónde surgieron más reclamaciones? 23
2.1.4 ¿Contra qué tipo de entidades se presentó reclamación? 25
2.1.5 ¿Contra qué entidades se tramitaron reclamaciones? 25

2.2 RECLAMACIONES RESUELTAS 29

2.2.1 ¿Por qué se reclamó? 29
2.2.2 ¿Cuál fue la decisión del DCMR? 30
a. Expedientes archivados, por tipo de resolución 32
b. Informes emitidos, por materias 35
2.2.3 ¿Cuál fue la respuesta de las entidades a los informes del DCMR? 35
2.2.4 Compativa conjunta de entidades en función de su perfil 38

2.3 CONSULTAS ATENDIDAS 42

2.4 ANEJO ESTADÍSTICO 45

2 RESUMEN DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES

En el año 2016, el DCMR ha atendido 48.230 nuevos casos presentados por usuarios de servicios financieros. De ellos, 14.462 fueron reclamaciones y 173 fueron quejas, que dieron lugar a la apertura del correspondiente expediente, 1.935 fueron consultas escritas, presentadas principalmente a través de medios telemáticos, y 31.660 fueron consultas atendidas por el servicio de atención telefónica del Departamento.

Por su parte, el Portal del Cliente Bancario —ubicado dentro del sitio web del Banco de España (www.bde.es)— ha tenido 3.618.664 visualizaciones y más de un millón de visitantes durante el año 2016. La cifra de visualizaciones es ligeramente inferior a la del año anterior (3.809.129).

Tras el análisis de los datos del ejercicio 2016, se aprecia un descenso del número de reclamaciones —28,6 %—, que, pese a ser inferior al descenso del año 2015, da continuidad a la tendencia descendente iniciada en 2014 y sitúa su nivel en cifras similares a las del ejercicio 2012, como puede apreciarse en el gráfico 2.1, en el que se muestra la evolución del número de reclamaciones recibidas en los últimos diez años.

En cuanto a las quejas presentadas por los ciudadanos durante el año, estas ascienden a un total de 173, lo que supone un incremento del 10 % con respecto al año anterior. A pesar de este ligero incremento, su número sigue resultando poco significativo en comparación con las reclamaciones y consultas, por lo que no han sido tenidas en cuenta en los cuadros 2.1 y siguientes. Del total de quejas presentadas, 87 finalizaron con la emisión de informe por el DCMR —17 de ellos concluyeron con una resolución favorable al reclamante, 40 con informe favorable a la entidad y 30 con informe sin pronunciamiento— y 6 finalizaron con allanamiento de la entidad reclamada. Las restantes quejas fueron archivadas antes de la fase de informe, por no entrar dentro del ámbito de competencia del DCMR o por falta de remisión de la documentación necesaria por parte de los usuarios.

El cuadro 2.1 muestra la evolución mensual de las reclamaciones y consultas recibidas en el año y comparadas con el ejercicio anterior. Se observa un incremento en el volumen de reclamaciones durante el segundo trimestre del año. Asimismo, se aprecia que el número de consultas recibidas en el servicio de atención telefónica ha disminuido en 2016 —un 11 %—, registrándose 31.660 consultas, y que el número consultas escritas ha registrado un sensible descenso —40,2 %—, situándose en 1.935 consultas, frente a las 3.237 consultas del año anterior.

En el gráfico 2.1 se muestra la evolución del número de reclamaciones recibidas en los últimos diez años. Puede apreciarse que, tras el aumento significativo ocurrido en 2013 con motivo de las reclamaciones referidas a «cláusulas suelo», la tendencia descendente de los años siguientes ha llevado a situar el volumen de reclamaciones del ejercicio 2016 en cifras similares a las registradas en el año 2012. Actualmente, las reclamaciones sobre «cláusulas suelo» representan menos de la tercera parte del total de reclamaciones.

RECLAMACIONES Y CONSULTAS PRESENTADAS

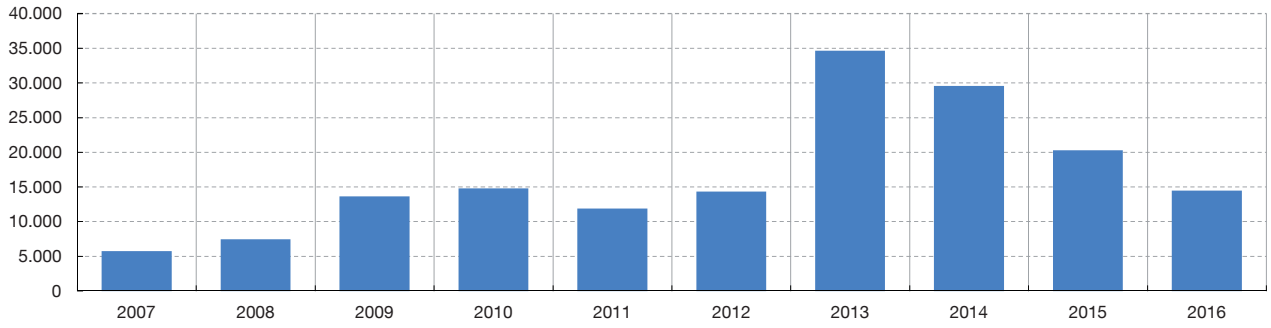
CUADRO 2.1

	Reclamaciones			Consultas escritas			Consultas telefónicas			Total nuevos casos presentados		
	2016	2015	%	2016	2015	%	2016	2015	%	2016	2015	%
Enero	1.081	1.820	–40,6	178	232	–23,3	2.499	3.203	–22,0	3.758	5.255	–28,5
Febrero	1.255	2.134	–41,2	232	948	–75,5	3.025	3.442	–12,1	4.512	6.524	–30,8
Marzo	1.295	2.234	–42,0	182	383	–52,5	2.867	3.954	–27,5	4.344	6.571	–33,9
Abril	1.348	1.989	–32,2	154	297	–48,1	2.860	3.506	–18,4	4.362	5.792	–24,7
Mayo	1.323	1.864	–29,0	162	234	–30,8	2.607	3.044	–14,4	4.092	5.142	–20,4
Junio	1.291	1.928	–33,0	238	179	33,0	2.810	2.767	1,6	4.339	4.874	–11,0
Julio	1.183	1.674	–29,3	167	153	9,2	2.559	2.576	–0,7	3.909	4.403	–11,2
Agosto	1.063	1.121	–5,2	132	107	23,4	2.190	1.994	9,8	3.385	3.222	5,1
Septiembre	1.133	1.263	–10,3	115	160	–28,1	2.629	2.882	–8,8	3.877	4.305	–9,9
Octubre	1.200	1.343	–10,6	141	172	–18,0	2.613	2.847	–8,2	3.954	4.362	–9,4
Noviembre	1.191	1.547	–23,0	129	200	–35,5	2.588	2.822	–8,3	3.908	4.569	–14,5
Diciembre	1.099	1.345	–18,3	105	172	–39,0	2.413	2.530	–4,6	3.617	4.047	–10,6
TOTAL	**14.462**	**20.262**	**–28,6**	**1.935**	**3.237**	**–40,2**	**31.660**	**35.567**	**–11,0**	**48.057**	**59.066**	**–18,6**

FUENTE: Banco de España.

RECLAMACIONES PRESENTADAS EN LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS

GRÁFICO 2.1



FUENTE: Banco de España.

2.1 Nuevas reclamaciones recibidas

Durante el año 2016 se han abierto 14.462 expedientes de reclamación ante el DCMR. Debemos señalar que 3.954 de los expedientes abiertos corresponden a reclamaciones referidas a «cláusulas suelo», lo que representa un 27 % sobre el total de reclamaciones registradas en el ejercicio. El descenso tanto en su número como en su peso relativo sobre el total de reclamaciones —en 2015 representaba el 46 % de las reclamaciones— es notable.

En los siguientes apartados se ofrece información detallada de las reclamaciones recibidas en función del tipo de reclamante, sucursal del Banco de España donde se presentaron los escritos, comunidades autónomas en las que surgieron las incidencias y tipo de entidad contra la que se reclamó.

2.1.1 ¿QUIÉN RECLAMÓ?

El 93,6 % de las personas que presentaron reclamación fueron personas físicas, mientras que el 6,4 % restante fueron comunidades de propietarios y/o comunidades de

RECLAMACIONES PRESENTADAS EN LA RED DE SUCURSALES DEL BANCO DE ESPAÑA

CUADRO 2.2

	2016	%	2015	%
Madrid	11.348	78,47	15.422	76,11
Sevilla	602	4,16	1.514	7,47
Barcelona	364	2,52	484	2,39
Valencia	231	1,60	355	1,75
Zaragoza	209	1,45	213	1,05
Las Palmas	205	1,42	349	1,72
Alicante	199	1,38	191	0,94
Murcia	197	1,36	277	1,37
Badajoz	194	1,34	253	1,25
Málaga	169	1,17	287	1,42
La Coruña	157	1,09	167	0,82
Santa Cruz de Tenerife	152	1,05	237	1,17
Valladolid	149	1,03	160	0,79
Bilbao	132	0,91	134	0,66
Oviedo	85	0,59	109	0,54
Palma de Mallorca	69	0,48	110	0,54
TOTAL	**14.462**	**100,00**	**20.262**	**100,00**

FUENTE: Banco de España.

bienes, asociaciones y organismos públicos, y sociedades mercantiles. Al igual que en años anteriores, se puede concluir que el principal usuario del DCMR continúa siendo el ciudadano.

2.1.2 ¿DÓNDE SE PRESENTARON LAS RECLAMACIONES?

En la misma línea que en los años precedentes, la sede central del Banco de España en Madrid registra el mayor volumen de entradas de escritos de reclamación, con más de un 78 % —este porcentaje incluye también las reclamaciones presentadas a través de la Oficina Virtual del Banco de España—. Los restantes escritos fueron presentados a través de la red de sucursales presentes en el territorio nacional. El cuadro 2.2 muestra esta distribución, destacando por el número de reclamaciones recibidas las sucursales de Sevilla, Barcelona y Valencia, con 602, 364 y 231, respectivamente.

2.1.3 ¿DÓNDE SURGIERON MÁS RECLAMACIONES?

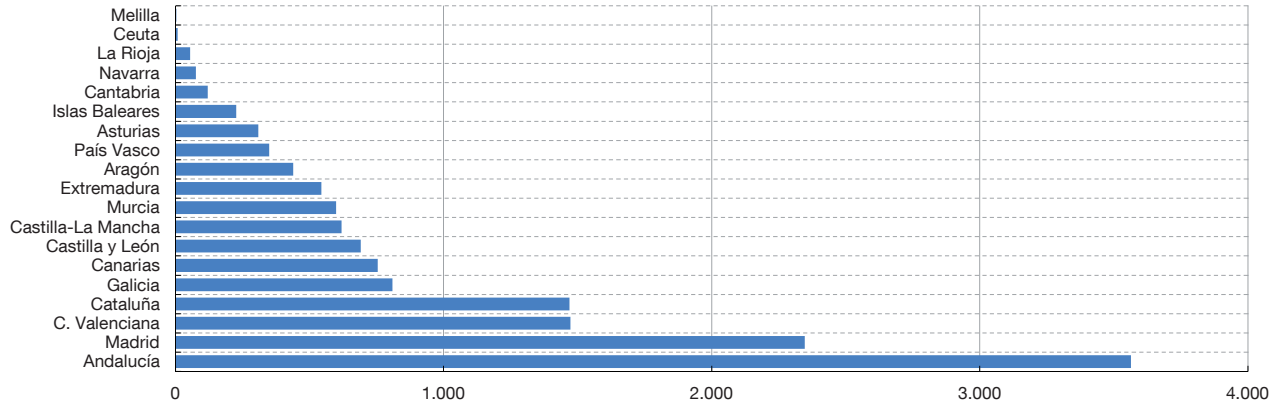
En el gráfico 2.2 se ofrece la distribución del número de reclamaciones en función de la comunidad autónoma en la que se produjo la incidencia. Resulta necesario matizar que esta distribución regional de las reclamaciones no se corresponde con la reflejada en el apartado anterior, en la que simplemente se pone de relieve el lugar de presentación del escrito de reclamación, que no tiene por qué resultar coincidente con el lugar en el que efectivamente se produjo la incidencia que dio origen a la reclamación.

Andalucía, Madrid, Comunidad Valenciana, Cataluña, Canarias y Galicia son las regiones que absorben un mayor número de reclamaciones, sumando entre ellas 10.419 reclamaciones, lo que representa el 72 % del total nacional, un porcentaje muy similar al de años anteriores.

Adicionalmente, en el cuadro 2.3 se desglosa el número de reclamaciones presentadas en cada región en los años 2015 y 2016, ponderando los datos con la correspondiente acti-

NÚMERO DE RECLAMACIONES PRESENTADAS, POR COMUNIDAD AUTÓNOMA

GRÁFICO 2.2



FUENTE: Banco de España

RECLAMACIONES PRESENTADAS EN CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA POR CADA MIL MILLONES DE EUROS DE CRÉDITOS Y DEPÓSITOS

CUADRO 2.3

	2016				2015			
	N.º	%	Actividad financiera (millones de euros) (a)	Reclamac./ mil millones de euros de actividad financiera	N.º	%	Actividad financiera (millones de euros)	Reclamac./ mil millones de euros de actividad financiera
Andalucía	3.564	24,6	136.115	26,6	7.208	35,6	137.183	52,5
Madrid	2.348	16,2	351.866	6,8	2.800	13,8	371.737	7,5
C. Valenciana	1.473	10,2	109.134	13,7	1.615	8,0	108.872	14,8
Cataluña	1.470	10,2	209.434	7,1	1.755	8,7	229.976	7,6
Galicia	809	5,6	51.160	16,1	808	4,0	50.559	16,0
Canarias	755	5,2	31.931	24,0	1.032	5,1	31.646	32,6
Castilla y León	691	4,8	56.532	12,4	881	4,3	57.182	15,4
Castilla-La Mancha	620	4,3	35.887	17,6	891	4,4	36.700	24,3
Murcia	599	4,1	28.557	21,3	773	3,8	29.360	26,3
Extremadura	545	3,8	17.000	32,6	694	3,4	17.239	40,3
Aragón	439	3,0	33.187	13,4	497	2,5	34.714	14,3
País Vasco	350	2,4	73.840	4,8	366	1,8	72.536	5,0
Asturias	309	2,1	22.561	13,9	395	1,9	22.229	17,8
Islas Baleares	227	1,6	27.341	8,4	231	1,1	26.919	8,6
Cantabria	121	0,8	12.030	10,2	132	0,7	12.269	10,8
Navarra	76	0,5	16.250	4,8	74	0,4	16.119	4,6
La Rioja	55	0,4	8.237	6,8	92	0,5	8.294	11,1
Ceuta	8	0,1	1.057	7,7	10	0,0	1.068	9,4
Melilla	3	0,0	943	3,2	8	0,0	972	8,2
TOTAL	**14.462**	**100,0**	**1.223.062**	**12,0**	**20.262**	**100,0**	**1.265.572**	**16,0**

FUENTE: Banco de España.

a Se toma como aproximación de la actividad financiera, para cada comunidad autónoma, el promedio entre el importe de la inversión crediticia y el importe de los depósitos existentes a 31 de diciembre del año de referencia. Además, en 2016 se ha descontado el efecto de la inflación sobre el importe de créditos y depósitos, tomando al efecto el índice de precios de consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística (1,6 %).

vidad bancaria. Este indicador se ha construido tomando para cada comunidad autónoma el promedio entre el importe de la inversión crediticia y el importe de los depósitos existentes a 31 de diciembre de cada uno de esos años.

Del análisis conjunto del gráfico 2.2 y del cuadro 2.3 se concluye que Andalucía continúa siendo el territorio donde tiene su origen el mayor número de reclamaciones en términos absolutos, con 3.564 (un 24,6 % del total).

Desde la perspectiva del número de reclamaciones ponderado con el volumen de actividad financiera, Madrid se encuentra entre las comunidades con menor ratio de reclamaciones, junto con La Rioja, País Vasco, Navarra y Melilla. De otra parte, las comunidades con mayor incidencia relativa de reclamaciones son Extremadura, Andalucía y Canarias.

En promedio, a escala nacional se recibieron 12 reclamaciones por cada mil millones de euros de actividad financiera, frente a las 16 de 2015, poniéndose así de manifiesto que el descenso en el volumen de reclamaciones presentadas se observa tanto en términos absolutos como relativos.

Nuevas reclamaciones recibidas en cada comunidad autónoma, por cada 100.000 habitantes mayores de 16 años

En el cuadro 2.4 se pondera el número de reclamaciones atribuidas a cada comunidad autónoma con el número de habitantes mayores de 16 años residentes en ellas, siendo esta una medida alternativa para analizar la distribución regional de las reclamaciones recibidas en 2016 y su comparación con la de 2015.

Se observa que, en término medio, se presentaron 37 nuevas reclamaciones por cada 100.000 habitantes residentes en España. Extremadura resulta ser la comunidad con mayor número de reclamaciones por cada 100.000 habitantes mayores de 16 años —58,9—. No obstante, Andalucía es la comunidad con mayor número de reclamaciones en términos absolutos. En el extremo opuesto figura Melilla, cuya menor incidencia de reclamaciones ya se apuntaba también en el gráfico 2.2 y en el cuadro 2.3, seguida de Ceuta y de Navarra. El descenso con respecto al ejercicio 2015 es de 14,9 reclamaciones por cada 100.000 habitantes.

2.1.4 ¿CONTRA QUÉ TIPO DE ENTIDADES SE PRESENTÓ RECLAMACIÓN?

Al igual que en ejercicios anteriores, las reclamaciones son fiel reflejo del peso relativo de las entidades en el sistema financiero español: el 94,4 % del total de reclamaciones presentadas en 2016 es atribuible a las entidades de depósito —bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y sucursales en España de entidades de crédito extranjeras comunitarias—, con un ligero descenso respecto al año 2015, el 97 %. Del resto de entidades —que representan el 5,6 %—, hay que destacar principalmente las reclamaciones contra establecimientos financieros de crédito y, en menor medida, contra entidades de pago híbridas.

2.1.5 ¿CONTRA QUÉ ENTIDADES SE TRAMITARON RECLAMACIONES?

En los gráficos de 2.3 a 2.6 se presenta información individualizada de las entidades que han sido objeto de mayor número de informes favorables al reclamante, de forma comparada con su cuota de mercado. A estos efectos, se han tenido en cuenta únicamente aquellas materias que han mostrado una mayor incidencia en el número de reclamaciones presentadas, esto es, préstamos hipotecarios en general, «cláusulas suelo», depósitos a la vista y tarjetas.

Para la correcta lectura de estos gráficos es importante tener presente que no se refieren al número total de expedientes tramitados por el DCMR, sino que solamente se tienen en cuenta las reclamaciones que han finalizado con un informe favorable al reclamante como

RECLAMACIONES PRESENTADAS EN CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA POR CADA 100.000 HABITANTES MAYORES DE 16 AÑOS

CUADRO 2.4

	2016		2015		Habitantes mayores de 16 años	2016	2015
	N.º	%	N.º	%		Reclamaciones / 100.000 habitantes mayores de 16 años	Reclamaciones / 100.000 habitantes mayores de 16 años
Andalucía	3.564	24,6	7.208	35,6	6.932.290	51,4	104,0
Madrid	2.348	16,2	2.800	13,8	5.303.548	44,3	52,8
C. Valenciana	1.473	10,2	1.615	8,0	4.137.515	35,6	28,6
Cataluña	1.470	10,2	1.755	8,7	6.139.853	23,9	39,0
Galicia	809	5,6	808	4,0	2.386.416	33,9	57,2
Canarias	755	5,2	1.032	5,1	1.803.746	41,9	51,7
Castilla y León	691	4,8	881	4,3	2.156.648	32,0	40,9
Castilla-La Mancha	620	4,3	891	4,4	1.721.755	36,0	33,9
Murcia	599	4,1	773	3,8	1.189.047	50,4	65,0
Extremadura	545	3,8	694	3,4	925.996	58,9	74,9
Aragón	439	3,0	497	2,5	1.125.757	39,0	44,1
País Vasco	350	2,4	366	1,8	1.838.207	19,0	42,6
Asturias	309	2,1	395	1,9	926.286	33,4	19,9
Islas Baleares	227	1,6	231	1,1	940.674	24,1	24,6
Cantabria	121	0,8	132	0,7	500.630	24,2	26,4
Navarra	76	0,5	74	0,4	530.170	14,3	34,9
La Rioja	55	0,4	92	0,5	263.938	20,8	14,0
Ceuta	8	0,1	10	0,0	65.749	12,2	15,2
Melilla	3	0,0	8	0,0	63.272	4,7	12,6
TOTAL	**14.462**	**100,0**	**20.262**	**100,0**	**38.951.499**	**37,1**	**52,0**

FUENTES: Instituto Nacional de Estadística (estimación de población a 1 de enero de 2016) y Banco de España.

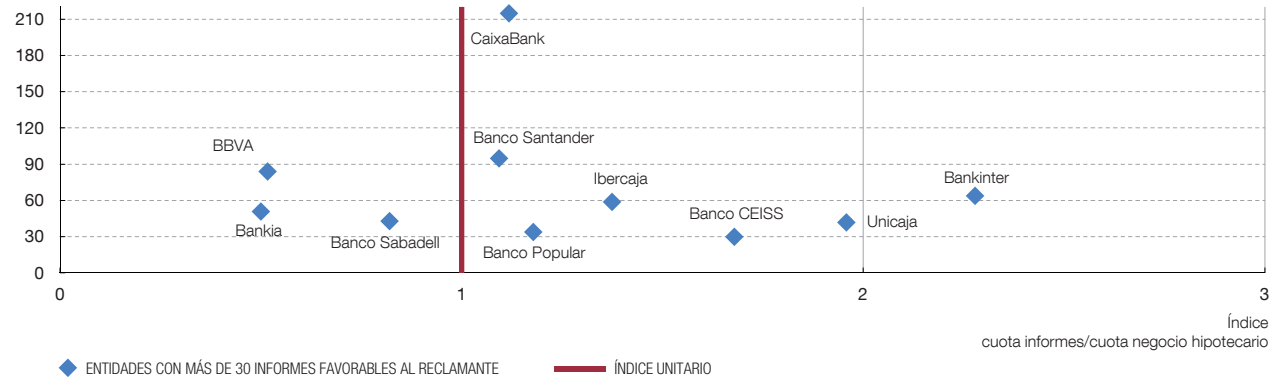
consecuencia de que la entidad ha incumplido la normativa de transparencia o no se ha ajustado en su actuación a las buenas prácticas bancarias.

Una vez seleccionadas las entidades con mayor número de informes favorables al reclamante para cada una de las materias seleccionadas —préstamos hipotecarios, «cláusulas suelo», depósitos a la vista y tarjetas—, se contraponen dos ratios en cada entidad. De una parte, el número de informes favorables al reclamante de la entidad sobre el número total de informes favorables al reclamante del conjunto de entidades en cada una de esas materias, obteniendo así la primera ratio, que refleja el peso relativo de la entidad sobre el total de informes favorables al reclamante para esa materia. De otra parte, la cuota de mercado de la entidad en el producto vinculado con la materia de reclamación sería la segunda de las ratios indicadas. De esta forma se obtiene, para cada entidad y materia, un índice que relaciona su cuota de informes contrarios a su proceder (favorables al reclamante) con su cuota de mercado específica.

Así, las entidades situadas a la izquierda de la línea roja presentan un número de informes contrarios a su proceder (favorables al reclamante) inferior al que proporcionalmente les correspondería por su cuota de mercado; por el contrario, la entidades situadas a la derecha de la línea roja habrían obtenido un número de informes contrarios a su proceder (favorables al reclamante) superior al que correspondería atendiendo a su cuota de mercado.

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE EN RECLAMACIONES SOBRE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS
(no incluye reclamaciones por «cláusulas suelo»)
Entidades con mayor número de informes favorables al reclamante

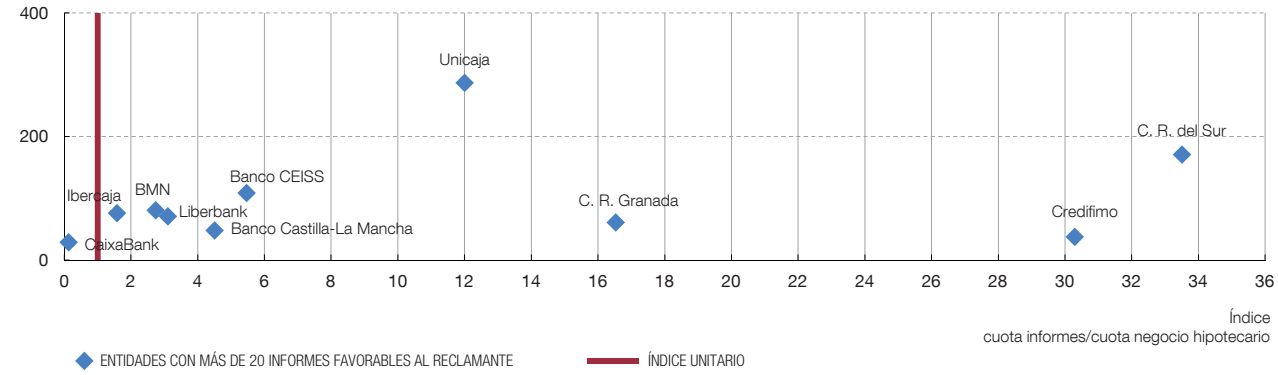
GRÁFICO 2.3



FUENTE: Banco de España.

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE EN RECLAMACIONES SOBRE «CLÁUSULAS SUELO»
Entidades con mayor número de informes favorables al reclamante

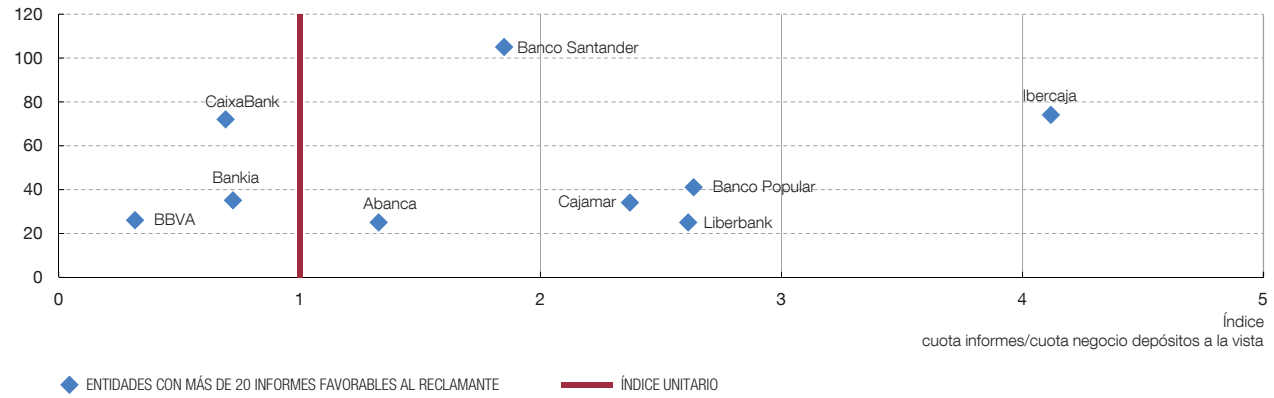
GRÁFICO 2.4



FUENTE: Banco de España.

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE EN RECLAMACIONES SOBRE DEPÓSITOS A LA VISTA
Entidades con mayor número de informes favorables al reclamante

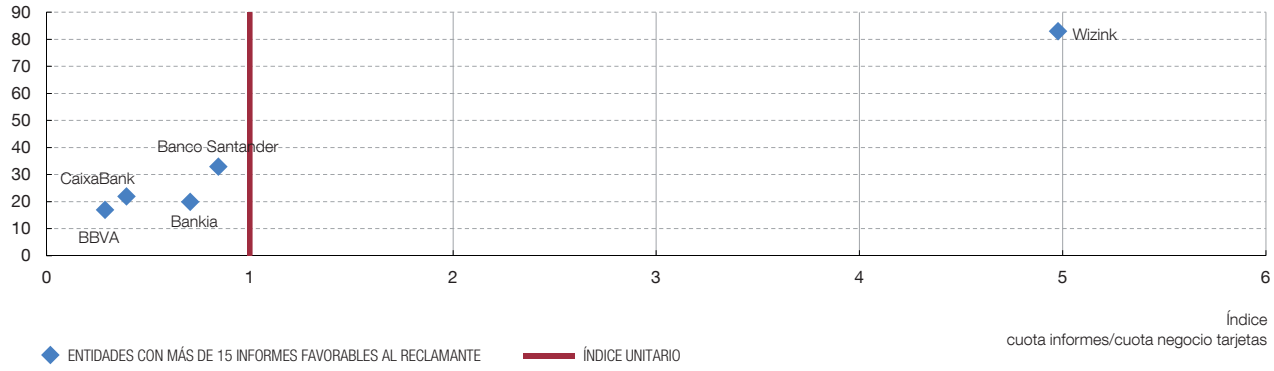
GRÁFICO 2.5



FUENTE: Banco de España.

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE EN RECLAMACIONES SOBRE TARJETAS
Entidades con mayor número de informes favorables al reclamante

GRÁFICO 2.6



FUENTE: Banco de España.

Teniendo en cuenta únicamente aquellas entidades cuyo número de informes favorables al reclamante, en reclamaciones sobre préstamos hipotecarios (sin incluir «cláusulas suelo»), es superior a 30, representadas en el gráfico 2.3, destaca negativamente Bankinter —con una ratio de 2,3—, seguida de Unicaja —1,9—. Por el contrario, Bankia y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria —ambas con una ratio muy próxima a 0,5— tienen un número de informes favorables al reclamante inferior al que les correspondería según su cuota de mercado. En este ámbito, las reclamaciones se centran en liquidaciones de intereses y comisiones, aplicación del código de buenas prácticas de protección de deudores hipotecarios en apuros e incidencias en la formalización y concesión de hipotecas.

El gráfico 2.4 muestra las reclamaciones sobre «cláusulas suelo», donde destaca especialmente CaixaBank con una ratio de 0,1. Otras entidades, como Caja Rural del Sur (33,5) y Credifimo (30,3), tienen ratios muy superiores a las que les corresponderían conforme a su cuota de mercado.

Si observamos el gráfico 2.5, Ibercaja (4,1) es la entidad con mayor ratio de informes favorables al reclamante respecto a su cuota de mercado de depósitos a la vista, seguida de Banco Popular y Liberbank, ambas con un índice de 2,6. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria es la entidad con menor índice (0,3). Para elaborar el gráfico se han tenido en cuenta aquí aquellas entidades cuyo número de informes favorables al reclamante en reclamaciones referidas a depósitos a la vista ha sido superior a 20, recogiéndose incidencias relativas a liquidación de intereses y comisiones, incidencias en testamentarías, discrepancia con apuntes efectuados en las cuentas de los clientes, formalización y cancelación de depósitos, entre otras.

En relación con las reclamaciones por incidencias en la solicitud, emisión y uso de las tarjetas, el gráfico 2.6 muestra cómo, a excepción de Wizink (5,0), las restantes entidades se encuentran por debajo del índice unitario de cuota de mercado respecto al total de tarjetas emitidas, destacando Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (0,3) y CaixaBank (0,4). Para elaborar el gráfico se han tenido en cuenta aquellas entidades cuyo número de informes favorables al reclamante en reclamaciones referidas a tarjetas ha sido superior a 15 —se recogen incidencias relativas a discrepancias con distintos apuntes en cuenta como consecuencia del uso de tarjetas de crédito, comisiones aplicadas, robo y uso fraudulento, y problemas surgidos con el uso de tarjetas de débito en cajeros automáticos—.

2.2 Reclamaciones resueltas

En el ejercicio 2016 han sido presentadas 14.462 reclamaciones, habiendo sido resueltas todas ellas a la fecha de redacción de esta Memoria. El cuadro 2.5 y el gráfico 2.7 desgranan las materias sobre las que versaron las reclamaciones resueltas.

2.2.1 ¿POR QUÉ SE RECLAMÓ?

Los principales motivos de reclamación se siguen concentrando en las operaciones de activo, préstamos y créditos, que absorben un 55,6 % del total de reclamaciones, un porcentaje muy inferior al del año 2015, derivado fundamentalmente del descenso de reclamaciones presentadas por discrepancias con la aplicación de la «cláusula suelo».

Las reclamaciones sobre operaciones de pasivo se mantienen en números similares a las planteadas en el ejercicio anterior. Sin embargo, se ha producido un descenso destacable (24,3) de las reclamaciones relativas a valores y seguros, que, en general, se trasladan a los correspondientes supervisores —al no haberse presentado incidencias sustantivas relativas a participaciones preferentes y obligaciones subordinadas—, cuestión que es competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Respecto a los servicios de pago (transferencias, tarjetas, recibos y servicios de caja) y efectos (cheques, letras de cambio y pagarés), se mantienen, en números absolutos, las reclamaciones presentadas en ambos ejercicios.

En el cuadro 2.6 se muestran un detalle más pormenorizado de las materias objeto de reclamación y su comparación con el ejercicio anterior.

Las reclamaciones por operaciones de activo, como señalábamos anteriormente, han disminuido sensiblemente tanto en volumen (pasando de 13.393 en 2015 a 8.042 en 2016) como en su peso relativo sobre el conjunto de reclamaciones (10,5 puntos porcentuales). En esta materia, el mayor número de reclamaciones está relacionado con la limitación a la variabilidad del tipo de interés («cláusulas suelo»), aunque su volumen ha disminuido significativamente respecto al año anterior, pasando del 46,2 % al 27,3 % sobre el total de reclamaciones presentadas. Mantienen especial relevancia las reclamaciones relacionadas con la liquidación de los préstamos hipotecarios y, en menor medida, las incidencias relacionadas con la actuación de las entidades en la aplicación de las medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (Real Decreto-ley 6/2012, Ley 1/2013 y Real Decreto-ley 5/2017, este último de fecha de publicación posterior a la de las reclamaciones objeto de análisis en esta Memoria).

En total, en el año 2016 se presentaron 431 reclamaciones relacionadas con la aplicación del Código de Buenas Prácticas, conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. De ellas, en 177 casos los reclamantes no han aportado la documentación necesaria para poder tramitar la reclamación ante el Banco de España (fundamentalmente, no habían acudido con carácter previo al SAC de la entidad reclamada). En 12 supuestos la entidad se allanó, en 4 se acreditó desistimiento del reclamante, y en otros 24 casos la reclamación se refería a aspectos ajenos a la competencia del Departamento, fundamentalmente por estar sometido a decisión judicial o plantear cuestiones que se incardinan dentro de la política comercial de las entidades. En 214 reclamaciones se procedió a emitir el correspondiente informe, de los cuales en 179 (83,6 %) se resolvió a favor del reclamante.

MATERIAS DE RECLAMACIÓN

CUADRO 2.5

Valores absolutos

	2016		2015		% variación
	Número	% s/total	Número	% s/total	
Activo	8.042	55,6	13.393	66,1	–40,0
Pasivo	3.067	21,2	3.098	15,3	–1,0
Servicios de pago	2.227	15,4	2.366	11,7	–5,9
Valores y seguros	709	4,9	936	4,6	–24,3
Cuestiones varias	307	2,1	325	1,6	–5,5
Efectos	110	0,8	144	0,7	–23,6
TOTAL	**14.462**	**100,0**	**20.262**	**100,0**	**–28,6**

FUENTE: Banco de España.

RESOLUCIONES EMITIDAS

GRÁFICO 2.7

FUENTE: Banco de España.

Las reclamaciones por operaciones de pasivo se han incrementado en términos relativos respecto al ejercicio anterior (21,2, frente a 15,3). Dos hechos han contribuido a ello: por un lado, la disminución de las reclamaciones por operaciones de activo y, por otro, el incremento de las reclamaciones presentadas por discrepancias con las liquidaciones de cuentas corrientes, especialmente por el adeudo de comisiones y la no remuneración de aquellas, que en algunos casos dan lugar a TAE negativas.

En cuanto a los servicios de pago, las reclamaciones se mantienen en números similares al ejercicio anterior, aunque se ha incrementado su peso relativo, pasando del 11,7 al 15,4. La mayor parte de las incidencias están relacionadas con las tarjetas de crédito y de débito —discrepancias con apuntes indebidos en cuenta, adeudo de comisiones, robo y uso fraudulento y operaciones en cajeros automáticos— y con las transferencias (principalmente, por fraudes y errores en la operativa).

2.2.2 ¿CUÁL FUE LA DECISIÓN DEL DCMR?

La tramitación de los expedientes de reclamación puede concluir de distintas maneras, conforme establece la normativa vigente que regula el procedimiento de funcionamiento del Departamento:

– Emisión del correspondiente informe motivado, que podrá ser favorable a los intereses del reclamante o a la actuación de la entidad. Los informes favorables

RESOLUCIONES EMITIDAS

CUADRO 2.6

Materias

	2016		2015	
	N.º	% total	N.º	% total
OPERACIONES ACTIVAS	8.042	55,6	13.393	66,1
Limitaciones a la variación del interés	3.954	27,3	9.354	46,2
Liquidación	1.896	13,1	1.847	9,1
Otras cuestiones	691	4,8	553	2,7
Código de Buenas Prácticas	431	3,0	488	2,4
Formalización	401	2,8	254	1,3
Concesión	340	2,4	240	1,2
Avales y garantías	94	0,6	115	0,6
Cancelación	73	0,5	275	1,4
Cobertura de riesgos	49	0,3	91	0,4
Subrogación	40	0,3	53	0,3
Leasing/renting	22	0,2	26	0,1
Novación	20	0,1	47	0,2
Préstamos subvencionados	15	0,1	21	0,1
Factoring/confirming	13	0,1	13	0,1
Préstamo a promotor	3	0,0	16	0,1
OPERACIONES PASIVAS	3.067	21,2	3.098	15,3
Liquidación	1.471	10,2	1.436	7,1
Cuestiones hereditarias	482	3,3	461	2,3
Formalización	298	2,1	158	0,8
Discrepancia sobre apuntes	296	2,0	514	2,5
Cancelación	269	1,9	303	1,5
Bloqueo de cuenta	133	0,9	2	0,0
Otras cuestiones	54	0,4	154	0,8
Embargos	32	0,2	37	0,2
Incidencias sobre titularidad	27	0,2	25	0,1
Concesión	5	0,0	8	0,0
SERVICIOS DE PAGO	2.227	15,4	2.366	11,7
Tarjetas de crédito/débito	1.472	10,2	1.572	7,8
Discrepancia sobre apuntes	427	3,0	185	0,9
Comisiones	276	1,9	272	1,3
Uso fraudulento	260	1,8	348	1,7
Cajeros automáticos	194	1,3	140	0,7
Formalización	188	1,3	253	1,2
Otras cuestiones	69	0,5	233	1,1
Terminal punto de venta	41	0,3	38	0,2
Intereses	17	0,1	103	0,5
Transferencias	292	2,0	290	1,4
Nacionales: otras cuestiones	145	1,0	161	0,8
Nacionales: comisiones	56	0,4	46	0,2
Internacionales: otras cuestiones	43	0,3	56	0,3
Internet: uso fraudulento	37	0,3	12	0,1
Internacionales: comisiones	11	0,1	15	0,1
Recibos	307	2,1	410	2,0
Servicio de caja	156	1,1	94	0,5

RESOLUCIONES EMITIDAS (cont.) CUADRO 2.6

Materias

	2016		2015	
	N.º	% total	N.º	% total
EFECTOS	110	0,8	144	0,7
Cheques	95	0,7	114	0,6
Pagarés	13	0,1	26	0,1
Letras	2	0,0	4	0,0
CUESTIONES SOBRE VALORES Y SEGUROS	709	4,9	936	4,6
CUESTIONES VARIAS	307	2,1	325	1,6
Otras cuestiones	234	1,6	175	0,9
Registro solvencia	53	0,4	91	0,4
Deuda pública	9	0,1	14	0,1
Tasación	7	0,0	36	0,2
Cajas de seguridad	4	0,0	9	0,0
TOTAL	**14.462**	**100,0**	**20.262**	**100,0**

FUENTE: Banco de España.

al reclamante se mantienen pendientes de archivo durante el plazo de un mes, a fin de verificar si la entidad ha rectificado su actuación.

– Allanamiento de la entidad o desistimiento del reclamante.

– Incumplimiento de requisitos formales, fundamentalmente porque el reclamante no ha presentado su reclamación con carácter previo ante el SAC o defensor del cliente de la entidad reclamada.

– Competencia de otras instancias.

a. Expedientes archivados, por tipo de resolución

En el año 2016 se abrieron 14.462 expedientes, como consecuencia de las reclamaciones presentadas por los ciudadanos, que dieron lugar a 14.709 resoluciones. Hay que precisar que un mismo expediente puede dar lugar a dos o más pronunciamientos —incluso de sentido distinto—, dependiendo del número de entidades que intervienen en la incidencia objeto de reclamación. Por ejemplo, si se ha producido una incidencia en la extracción de efectivo en un cajero automático, se solicitan alegaciones a las dos entidades implicadas —emisora de la tarjeta y propietaria del cajero— y se valora, de manera individualizada, si la actuación de cada una de las entidades se ha ajustado o no a la normativa de transparencia y a las buenas prácticas bancarias.

A fecha de emisión de la presente Memoria, todos los expedientes correspondientes al año 2016 han sido resueltos y archivados.

Los cuadros explicativos de este apartado —cuadros 2.7 y 2.8— muestran el detalle de las resoluciones emitidas y su comparación con el año anterior. Las 14.709 resoluciones (en los 14.462 expedientes) se desglosan de la siguiente manera:

A. Expedientes que han concluido con informe motivado. De las 5.819 resoluciones que finalizaron con informe motivado, en 3.559 casos (61,2 %) el DCMR se pronunció a favor del reclamante, concluyendo que la entidad se

RESOLUCIONES EMITIDAS

CUADRO 2.7

Informes de reclamaciones

	2016		2015		
	N.º	% s/total	N.º	% s/total	% variación
Informes de reclamaciones	5.819	100,0	9.363	100,0	–37,9
Informes favorables al reclamante	3.559	61,2	6.000	64,1	–40,7
Informes favorables a la entidad	2.010	34,5	3.036	32,4	–33,8
Sin pronunciamiento	250	4,3	327	3,5	–23,5

FUENTE: Banco de España.

había apartado de la normativa de transparencia o no se había ajustado a las buenas prácticas bancarias; en 36 de las reclamaciones señaladas anteriormente, las entidades no alegaron convenientemente. En 2.010 casos (34,5 %), el informe emitido concluyó que la actuación de la entidad, en relación con el objeto de la reclamación, no se había apartado de la normativa de transparencia ni de las buenas prácticas bancaria. El DCMR no pudo emitir pronunciamiento en 250 reclamaciones (4,3 %), fundamentalmente por haberse iniciado un procedimiento judicial en el transcurso de la tramitación.

Extrapolando estos datos al total de resoluciones emitidas (14.709), observamos que en un 39,6 % de las resoluciones se ha emitido un informe motivado. De ellos, en el 24,2 % el pronunciamiento fue favorable al reclamante, en un 13,7 % la entidad obtuvo un informe favorable a su actuación y en el 1,7 % restante el DCMR no pudo entrar a conocer, por razones competenciales, sobre el fondo del asunto.

Adicionalmente, en el anejo estadístico que figura al final de este capítulo los cuadros A.1 a A.6 desagregan, por entidades, la información contenida en el cuadro 2.7, añadiendo los allanamientos.

En este ejercicio se ha producido un destacado descenso de los informes emitidos, que han pasado de 9.363 en 2015 a 5.819 en 2016, motivado principalmente por la disminución del número de reclamaciones recibidas. Asimismo, el porcentaje de expedientes que finalizaron mediante la emisión de informe respecto al total de resoluciones ha disminuido un 8,9 % respecto al año anterior.

B. Otras resoluciones:

– Allanamientos de la entidad a las pretensiones de los reclamantes, 1.938 (13,2 % del total de resoluciones).

– Desistimientos. Los reclamantes comunican a Banco de España que han alcanzado un acuerdo con la entidad y que han decidido desistir de la reclamación: 58 expedientes (0,4 % del total de resoluciones).

– Falta de documentación necesaria para la tramitación de la reclamación. En un 10,1 % de las resoluciones, los reclamantes no han aportado documen-

RESOLUCIONES EMITIDAS

CUADRO 2.8

Otras resoluciones

	2016		2015		% variación
	Número	% s/total	Número	% s/total	
Allanamientos	1.938	21,8	3.919	35,4	–50,5
Desistimientos	58	0,7	72	0,7	–19,4
Documentación incompleta	1.490	16,8	1.503	13,6	–0,9
Remisión al servicio de atención al cliente/defensor del cliente	2.731	30,7	3.522	31,8	–22,5
Competencia de otras instancias	1.884	21,2	1.067	9,6	76,6
Otros	1.010	11,4	453	4,1	123,0
Asuntos de Derecho privado	350	3,9	160	1,4	118,8
Asuntos ya resueltos	175	2,0	45	0,4	288,9
Asuntos subjúdice	149	1,7	160	1,4	–6,9
Entidades no supervisadas por el Banco de España	113	1,3	142	1,3	–20,4
Política comercial	87	1,0	103	0,9	–15,5
Asuntos que no suponen infracción normativa	0	0,0	4	0,0	–100,0
Traslados a otros organismos supervisores	789	8,9	982	8,9	–19,7
Comisión Nacional del Mercado de Valores	514	5,8	669	6,0	–23,2
Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones	242	2,7	257	2,3	–5,8
Agencia Española de Protección de Datos	33	0,4	56	0,5	–41,1
TOTAL	**8.890**	**100,0**	**11.065**	**100,0**	**–19,7**

FUENTE: Banco de España.

tación esencial para poder tramitar la reclamación. A pesar de haberse solicitado expresamente la subsanación por el DCMR, esta no se ha producido.

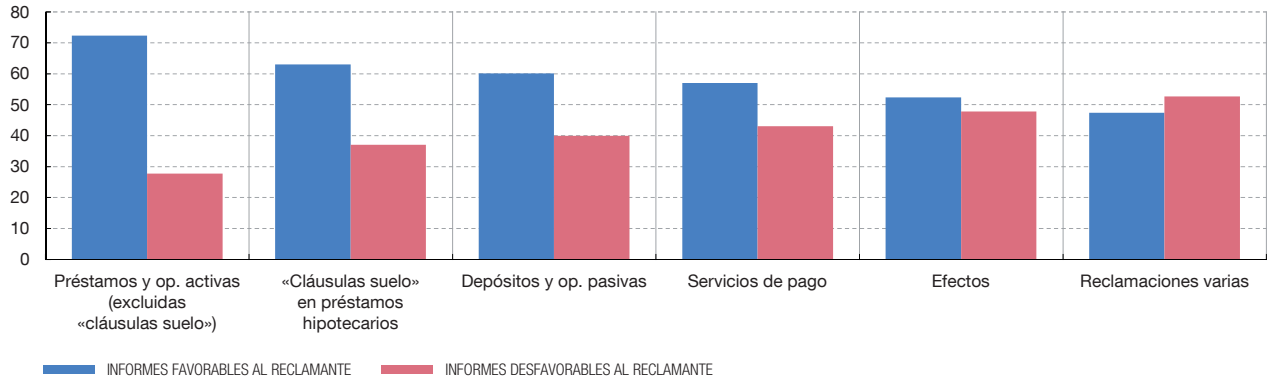
– Incumplimiento del trámite previo y necesario de acudir al SAC o defensor del cliente de la entidad. En 2.731 expedientes (18,6 % del total de resoluciones), se indicó a los reclamantes la necesidad de acudir previamente al SAC de la entidad, sin que volvieran a presentar de nuevo reclamación ante Banco de España, lo que hace suponer que, bien esta fue resuelta en la instancia previa, o bien desistieron finalmente de la reclamación.

  Tanto en este caso como en el anterior (falta de documentación necesaria), si posteriormente el reclamante cumple con las formalidades exigidas, se procede a la reapertura del expediente y a su correspondiente tramitación y resolución.

– Supuestos de inadmisión de reclamaciones. En el año 2016 fueron 1.884 las reclamaciones inadmitidas, lo que supone un 12,8 % del total de resoluciones. Los motivos principales de inadmisión fueron: controversias sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios, reclamaciones o quejas que reiteraban otras anteriores ya resueltas, reclamaciones tramitadas simultáneamente en otros procedimientos administrativos, arbitrales o judiciales, cuando el objeto de la reclamación se había producido hacía más de seis años, incidencias cuya resolución requería necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros.

INFORMES FAVORABLES Y DESFAVORABLES AL RECLAMANTE
Materias

GRÁFICO 2.8



FUENTE: Banco de España.

– Traslados a otros organismos supervisores. Se dio traslado por razón de la materia sobre la que versaba la reclamación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (514 reclamaciones), a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (242 reclamaciones) y a la Agencia Española de Protección de Datos (33 reclamaciones). En su conjunto, fueron objeto de traslado 789 reclamaciones (5,4 % del total de resoluciones).

En consecuencia, y como resumen de este apartado, el total de resoluciones emitidas en las reclamaciones admitidas a trámite, conforme a los criterios existentes en la normativa vigente, fue de 7.815 (53,1 % del total de resoluciones), e incluye informes de reclamaciones (5.819), allanamientos (1.938) y desistimientos (58). Del total de resoluciones emitidas —informes, allanamientos y desistimientos—, un 70,3 % finalizó en un sentido favorable a los intereses del reclamante (suma del 45,5 % de informes favorables al reclamante y del 24,8 % de allanamientos). En el 25,7 % de los casos, el Departamento no consideró que la entidad contra la que se reclamaba se hubiera apartado de la normativa de transparencia o de las buenas prácticas bancarias.

b. Informes emitidos, por materias

El gráfico 2.8 muestra, teniendo en cuenta únicamente los expedientes que han terminado con un informe emitido por el DCMR, el porcentaje que representan los informes favorables y los desfavorables al reclamante, para cada una de las materias sobre las que se presentó reclamación (préstamos, depósitos y otras operaciones de pasivo, servicios de pago, efectos y reclamaciones varias).

Es preciso destacar que, en todas las materias, el número de informes favorables al reclamante es superior al número de informes favorables a la entidad. La media, similar a la de años anteriores, es del 63,9 %. En este ejercicio, el mayor porcentaje de informes favorables al reclamante corresponde a las operaciones de activo, a las reclamaciones por «cláusulas suelo» y a las operaciones pasivas.

2.2.3 ¿CUÁL FUE LA RESPUESTA DE LAS ENTIDADES A LOS INFORMES DEL DCMR?

El informe final del DCMR no tiene carácter vinculante. No obstante, si el informe fuera desfavorable a la entidad reclamada, esta debe comunicar expresamente, en el plazo de un mes desde la notificación del informe, la aceptación o no de los presupuestos o criterios manifestados en él, así como la justificación documental de haber rectificado su situación con el reclamante, en su caso. Para considerar que la entidad ha rectificado su ac-

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE, RECTIFICACIONES Y ALLANAMIENTOS

CUADRO 2.9

(no incluye reclamaciones por «cláusulas suelo»)

Entidad	% informes favorables al reclamante sobre total informes emitidos	% rectificaciones sobre informes favorables al reclamante	% allanamientos sobre total informes y allanamientos
Caja Rural del Sur, SCC	87,2	38,2	11,4
Unión de Créditos Inmobiliarios, SA, EFC	85,7	33,3	3,4
Ibercaja Banco, SA	77,6	13,0	22,3
Cajamar Caja Rural, SCC	77,6	67,5	40,6
Unicaja Banco, SA	76,6	27,8	19,0
Liberbank, SA	75,8	46,7	16,8
Banco de Castilla-La Mancha, SA	74,5	28,6	4,1
Bankinter, SA	74,2	5,6	11,8
Cajasur Banco, SA	70,8	26,5	21,3
Deutsche Bank, SAE	69,2	44,4	25,7
Catalunya Banc, SA	68,8	40,9	32,6
Bankinter Consumer Finance, EFC, SA	68,4	23,1	34,5
Banco de Caja España de Inv., Salamanca y Soria, SA	66,3	9,5	34,0
CaixaBank, SA	64,7	38,8	23,7
Barclays Bank PLC, sucursal en España	63,0	17,6	18,2
Kutxabank, SA	62,1	29,3	25,8
Evo Banco, SA	61,9	3,8	14,3
Servicios Financieros Carrefour, EFC, SA	60,0	58,3	33,3
Bankia, SA	59,6	36,2	34,3
Banco Mare Nostrum, SA	58,8	50,9	55,9
Banco Santander, SA	58,7	43,5	22,8
Wizink Bank, SA	57,3	9,2	18,2
Banco Popular Español, SA	56,7	21,8	24,3
Santander Consumer Finance, SA	56,5	38,5	8,0
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA	47,4	81,1	36,3
Banco Sabadell, SA	46,5	56,8	28,4
Banco Cetelem, SA	46,3	5,3	25,5
Abanca Corporación Bancaria, SA	44,3	60,0	31,6
Unoe Bank, SA	33,3	66,7	33,3
ING Bank NV, sucursal en España	20,0	91,7	30,2
Evofinance, EFC, SAU	15,0	33,3	2,4
Resto de entidades	57,4	31,1	22,4
TOTAL	**60,4**	**36,8**	**26,8**

FUENTE: Banco de España.

tuación para con su cliente, se requiere de esta algún tipo de actuación concreta en la que el Departamento pueda basarse para dictaminar la existencia o no de rectificación.

Las entidades deberían tender a resolver, satisfactoriamente a los intereses de sus clientes, todas las reclamaciones presentadas ante su SAC de las que se derive un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela o de las buenas prácticas bancarias, evitando que aquellos tengan que acudir al DCMR en busca de una

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE, RECTIFICACIONES Y ALLANAMIENTOS CUADRO 2.10

(reclamaciones por «cláusulas suelo»)

Entidad	% informes favorables al reclamante sobre total informes emitidos	% rectificaciones sobre informes favorables al reclamante	% allanamientos sobre total informes y allanamientos
Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo, EFC, SA	95,0	5,3	11,1
Caja Rural del Sur, SCC	81,8	0,0	2,3
Unicaja Banco, SA	80,6	15,3	16,6
Caja Rural de Granada, SCC	76,3	0,0	7,0
Liberbank, SA	75,5	69,0	18,3
Catalunya Banc, SA	61,1	90,9	30,8
Banco Mare Nostrum, SA	59,6	64,2	47,9
Ibercaja Banco, SA	58,5	22,4	14,5
Cajamar Caja Rural, SCC	54,3	57,9	16,7
Banco de Castilla-La Mancha, SA	53,3	72,9	10,9
Banco de Caja España de Inv., Salamanca y Soria, SA	52,9	63,3	6,4
Abanca Corporación Bancaria, SA	52,6	20,0	17,4
Bankia, SA	47,6	40,0	8,7
CaixaBank, SA	46,0	10,3	41,1
Banco Sabadell, SA	41,9	46,2	63,1
CajaSur Banco, SA	30,3	0,0	23,3
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA	18,2	100,0	10,8
Banco Popular Español, SA	17,4	31,3	40,3
Resto de entidades	56,5	55,4	31,1
TOTAL	**62,8**	**31,0**	**22,6**

FUENTE: Banco de España.

resolución favorable a sus intereses. La existencia de un porcentaje elevado de informes favorables al reclamante es, a juicio del DCMR, uno de los indicadores que de manera más fiel podría reflejar el eventual funcionamiento inadecuado del SAC.

En el mismo sentido, las entidades deberían determinar con carácter general sus políticas de allanamiento en la fase SAC, sin demorar la efectiva solución de la controversia a favor de su clientela, hasta que esta presenta reclamación ante el DCMR.

Por último, y entendiendo la imposibilidad de rectificación real en algunos casos, la no rectificación podría ser indicativa en otros de una escasa voluntad de la entidad para asumir los criterios de buenas prácticas del Banco de España. Como se ha indicado, en un elevado número de expedientes en los que se resolvió en contra de la actuación de la entidad resulta materialmente imposible la rectificación de su conducta. Un ejemplo de esta casuística son los informes en los que el DCMR concluyó con un informe favorable al reclamante porque la entidad no entregó la información previa a la contratación exigida, bien por la normativa, bien por las buenas prácticas bancarias.

En definitiva, las entidades, conocedoras de la normativa de transparencia y de los criterios de buenas prácticas, deberían tender a resolver las reclamaciones contrarias a su actuación en su propio SAC. Si esto no fuera así, y se presentara la reclamación ante el DCMR, la actuación de la entidad se considera más correcta si procede al allanamiento a

favor de las pretensiones de su cliente que si da lugar a la emisión de un informe favorable al reclamante. Una vez emitido el informe, sería deseable, en todo caso, que la entidad procediera a rectificar la situación objeto de controversia.

En los cuadros 2.9 y 2.10 se pueden observar los resultados de porcentajes de informes favorables al reclamante, rectificaciones y allanamientos para la totalidad de entidades, divididos únicamente por la materia. En el primero de ellos se incluyen todas las reclamaciones presentadas en el año 2016, excluyendo aquellas que tuvieran por objeto las «cláusulas suelo». El segundo de los cuadros se centra exclusivamente en las reclamaciones sobre «cláusulas suelo».

El porcentaje de informes favorables a los reclamantes emitidos por el DCMR en la totalidad de las reclamaciones presentadas, excluyendo aquellas referidas a «cláusulas suelo», es del 60,4 % —similar al del ejercicio 2015, que fue del 60,8 %—. El porcentaje de rectificaciones ha descendido, pasando del 40 % al 36,8 %, mientras que el porcentaje global de allanamientos se ha incrementado ligeramente: del 25,6 % del año pasado al 26,8 % del actual.

En lo que se refiere a las reclamaciones cuyo objeto han sido las cláusulas limitativas del tipo de interés —«cláusulas suelo»—, el porcentaje de informes favorables al reclamante ha sido del 62,8 %, inferior al del ejercicio anterior (66,65 %). El porcentaje de rectificaciones también ha descendido, pasando del 35,4 % al 31 %. En la misma línea, aunque de manera más significativa, ha descendido el porcentaje de allanamientos, siendo en el año 2016 del 22,6 %, frente al 32,2 % del ejercicio 2015.

2.2.4 COMPARATIVA CONJUNTA DE ENTIDADES EN FUNCIÓN DE SU PERFIL

Una nueva aproximación para evaluar el comportamiento y evolución de las entidades en lo relativo a reclamaciones se basa en su clasificación en cuatro grupos (de C1 a C4), definidos en función de la cuota de mercado que tiene la entidad para determinados productos, el tipo de entidad según los registros oficiales del Banco de España y la prestación o no de servicios bancarios a personas físicas. Esta clasificación permite la comparación entre entidades más homogéneas, así como la valoración de las diferencias de comportamiento entre los propios grupos.

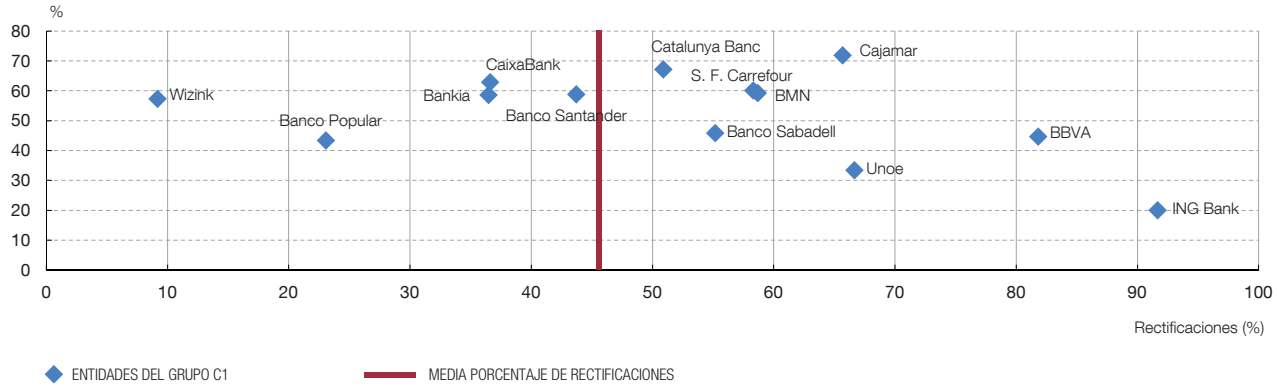
Los cuadros 2.11 y 2.12 muestran los mismos resultados señalados para la totalidad de las entidades —allanamientos, rectificaciones e informes favorables al reclamante, todos ellos en términos porcentuales—, para los grupos de entidades C1 y C2, respectivamente. Los grupos de entidades C3 y C4 no han sido objeto de análisis pormenorizado, por su baja representatividad (inferior al 10 % de los informes emitidos).

Estos cuadros permiten hacer una valoración adecuada del modo de proceder de las entidades ante las reclamaciones de sus clientes, aportando unos indicadores apropiados para valorar el funcionamiento de sus SAC, conforme a lo establecido en el artículo 93.s) de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

Con independencia del resultado concreto de cada entidad, debemos analizar el resultado conjunto de los grupos de entidades. Las entidades que conforman el grupo C1 presentan mejores resultados en los tres conceptos que se comparan —porcentaje de informes favorables al reclamante, porcentaje de rectificaciones y porcentaje de allanamiento—, destacando especialmente su porcentaje de rectificaciones, muy superior al que presentan las entidades del grupo C2, como ya sucedía el ejercicio anterior. Las entidades del grupo C1 representan el 49,6 % de los informes emitidos por el DCMR.

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE Y RECTIFICACIONES
Entidades del grupo C1

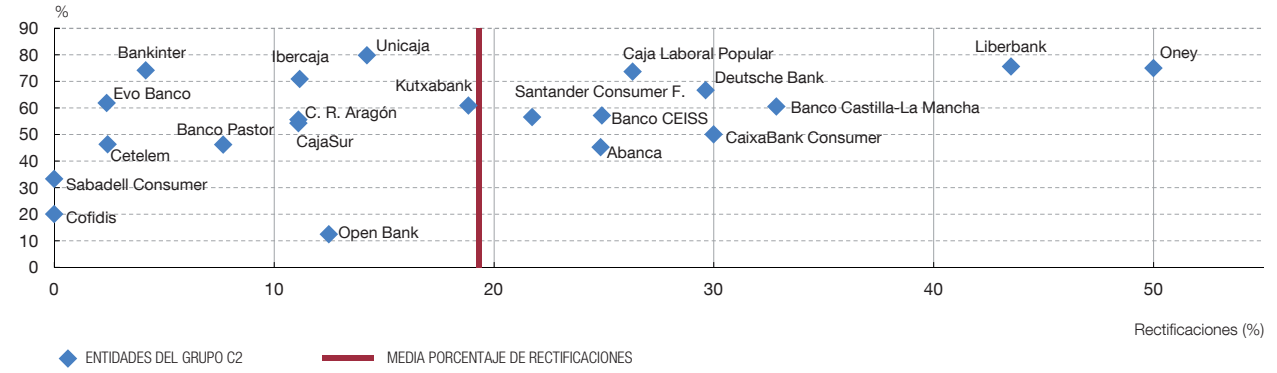
GRÁFICO 2.9



FUENTE: Banco de España.

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE Y RECTIFICACIONES
Entidades del grupo C2

GRÁFICO 2.10



FUENTE: Banco de España.

En los gráficos 2.9 y 2.10 se presentan las entidades con más informes favorables al reclamante y su porcentaje de rectificaciones, diferenciando los dos grupos más significativos, C1 y C2. En el eje horizontal se incluye el porcentaje de rectificación y en el eje vertical el porcentaje de informes favorables al reclamante sobre el total de informes, todo ello para cada entidad.

En ambos gráficos, aquellas entidades que presentan porcentajes de rectificación por debajo de la media están ubicadas a la izquierda de la línea roja del gráfico. Por otra parte, las entidades situadas en la parte superior del gráfico son las que presentan un mayor porcentaje de informes favorables al reclamante. Una lectura correcta de ambos gráficos lleva a la conclusión de que las entidades situadas en los cuadrantes superiores izquierdos serían las que presentan un alto porcentaje de informes en los que el DCMR se ha pronunciado a favor del reclamante y, pese a ello, no han rectificado o su ratio de rectificaciones es inferior a la media.

El análisis conjunto del cuadro 2.11 y del gráfico 2.9 indica que, con carácter general, las entidades pertenecientes al grupo C1 presentan un elevado porcentaje medio de informes favorables a los reclamantes (del 55,3 %), aunque inferior al del año pasado (60 %), un

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE, RECTIFICACIONES Y ALLANAMIENTOS CUADRO 2.11

Entidades del grupo C1

Entidad	% informes favorables al reclamante sobre total informes emitidos	% rectificaciones sobre informes favorables al reclamante	% allanamientos sobre total informes y allanamientos
Cajamar Caja Rural, SCC	71,8	65,7	36,0
Catalunya Banc, SA	67,1	50,9	32,2
CaixaBank, SA	62,8	36,6	26,0
Servicios Financieros Carrefour, EFC, SA	60,0	58,3	33,3
Banco Mare Nostrum, SA	59,2	58,7	51,6
Banco Santander, SA	58,8	43,7	22,8
Bankia, SA	58,5	36,5	32,6
Wizink Bank, SA	57,3	9,2	18,2
Banco Sabadell, SA	45,8	55,2	37,9
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA	44,6	81,8	34,5
Banco Popular Español, SA	43,3	23,1	30,6
Unoe Bank, SA	33,3	66,7	33,3
ING Bank NV, SE	20,0	91,7	30,2
CaixaBank Payments, EFC, EP, SA	0,0	0,0	50,0
Santander Consumer, EFC, SA	0,0	0,0	33,3
Financiera El Corte Inglés, EFC, SA	0,0	0,0	0,0
	55,3	**45,6**	**31,8**

FUENTE: Banco de España.

porcentaje medio de rectificación del 45,6 %, significativamente inferior al del año pasado (55,5 %) y una ratio de allanamientos del 31,8 % (37,9 % en el ejercicio 2015). Analizadas individualmente las entidades, Cajamar (71,8) y Catalunya Banc (67,1) son las entidades con un mayor porcentaje de informes favorables al reclamante; por el contrario, ING Bank (20 %) y Unoe Bank (33,3 %), las que menos. En cuanto a las rectificaciones, entidades como ING Bank (91,7 %) y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (81,8 %) destacan positivamente en este aspecto, mientras que con porcentajes manifiestamente bajos figuran Wizink (9,1 %) y Banco Popular (23,1 %). Respecto a los allanamientos, el mayor porcentaje lo ostenta Banco Mare Nostrum (51,6 %), seguida por CaixaBank Payments (50 %); los que menos ratio de allanamientos tienen son Wizink (18,2 %) y Banco Santander (22,8 %).

En lo que se refiere a las entidades del grupo C2, los porcentajes globales son: 65,7 % de informes favorables al reclamante, 19,2 % de allanamientos y un porcentaje de rectificaciones del 19,3 %. Individualmente consideradas, hay un elevado número de entidades que superan el 70 % de informes favorables al reclamante (Unicaja, 79,8 %; Llberbank, 75,6 %; Oney, 75 %; Bankinter, 74,2 %; Caja Laboral Popular, 73,7 %, e Ibercaja, 70,8 %). El porcentaje de rectificaciones es excesivamente bajo: doce entidades ni siquiera superan el 20 % de rectificaciones, cuando muchas de ellas tienen elevados porcentajes de informes contrarios. Caja Rural de Aragón (40 %) y Caja Laboral Popular (32,1 %) son las que más se han allanado a las pretensiones de sus clientes, una vez que estos han presentado reclamación ante el Banco de España.

En definitiva, podemos concluir que las entidades en su conjunto tienen un amplio margen de mejora en la actuación con sus clientes en lo que al tratamiento de las reclamaciones se refiere. Es necesario que hagan un esfuerzo en la atención de las reclamaciones que

INFORMES FAVORABLES AL RECLAMANTE, RECTIFICACIONES Y ALLANAMIENTOS CUADRO 2.12

Entidades del grupo C2

Entidad	% informes favorables al reclamante sobre total informes emitidos	% rectificaciones sobre informes favorables al reclamante	% allanamientos sobre total informes y allanamientos
Unicaja Banco, SA	79,8	14,2	17,1
Liberbank, SA	75,6	43,5	17,5
Oney Servicios Financieros, EFC, SA	75,0	50,0	20,0
Bankinter, SA	74,2	4,2	11,8
Caja Laboral Popular, CC	73,7	26,3	32,1
Ibercaja Banco, SA	70,8	11,2	19,7
Deutsche Bank, SAE	66,7	29,6	25,0
Evo Banco, SA	61,9	2,4	14,3
Kutxabank, SA	60,9	18,8	26,6
Banco de Castilla-La Mancha, SA	60,6	32,8	8,7
Banco de Caja España de Inv., Salamanca y Soria, SA	57,1	24,9	17,3
Santander Consumer Finance, SA	56,5	21,7	8,0
Caja Rural de Aragón, SCC	55,6	11,1	40,0
CajaSur Banco, SA	54,3	11,1	22,1
CaixaBank Consumer Finance, EFC, SA	50,0	30,0	0,0
Banco Cetelem, SA	46,3	2,4	25,5
Banco Pastor, SA	46,2	7,7	23,5
Abanca Corporación Bancaria, SA	45,2	24,9	30,3
Sabadell Consumer Finance, EFC, SA	33,3	0,0	0,0
Cofidis, SA, SE	20,0	0,0	28,6
Open Bank, SA	12,5	12,5	20,0
Popular Servicios Financieros, EFC, SA	0,0	0,0	0,0
Telefónica Consumer Finance, EFC, SA	0,0	0,0	0,0
	65,7	**19,3**	**19,2**

FUENTE: Banco de España.

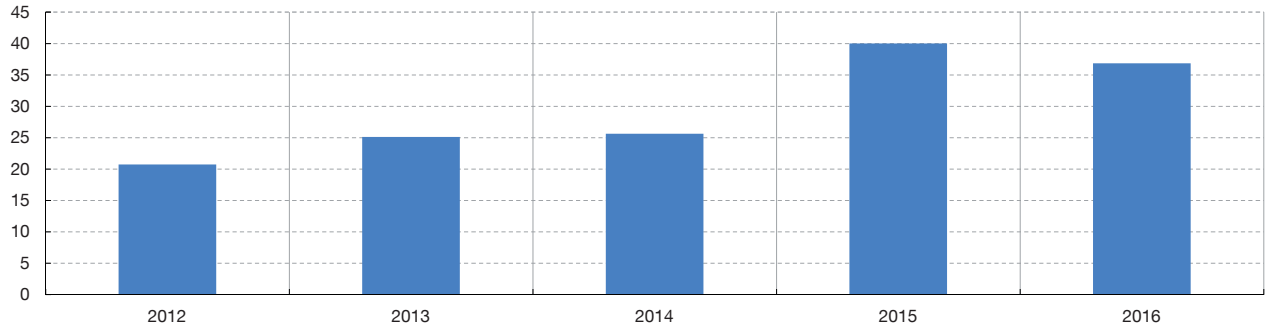
presentan sus clientes, al objeto de poder resolverlas internamente, lo que redundaría en una disminución del porcentaje de informes favorables para el reclamante y de allanamientos, que deberían ser resueltos en sus respectivos SAC. Las entidades, en general, deberían asumir con carácter voluntario los criterios del DCMR, plasmados en sus informes, y proceder a la rectificación de los informes favorables al reclamante, tendencia que ya se vislumbra en determinadas entidades.

Por último, debemos indicar que, aunque en muchas ocasiones la pretensión del reclamante no es un resarcimiento económico, el DCMR ha tenido conocimiento de la devolución de 1.550.540,38 euros de las entidades a sus clientes con motivo de allanamientos y rectificaciones. En dicha cantidad no se incluyen las reclamaciones referidas a «cláusulas suelo», cuyo importe no ha sido valorado.

El gráfico 2.11 muestra la evolución de las rectificaciones en los últimos cinco años. Su evolución, claramente positiva desde el año 2012 hasta el año pasado, ha experimentado un descenso en este ejercicio, alcanzado porcentajes medios de rectificación del 36,8 %, inferior al 40 % del año anterior (no se han tenido en cuenta los expedientes de reclamaciones sobre «cláusulas suelo»). Igualmente, es destacable la existencia de un significati-

PORCENTAJE DE RECTIFICACIONES EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS
(no incluye reclamaciones por «cláusulas suelo»)

GRÁFICO 2.11

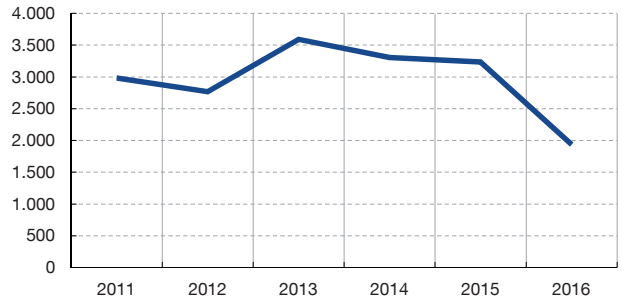


FUENTE: Banco de España.

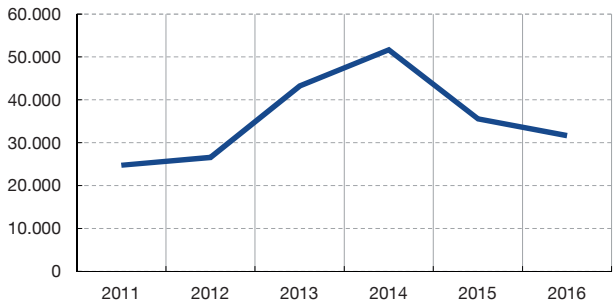
CONSULTAS POR ESCRITO Y TELEFÓNICAS

GRÁFICO 2.12

EVOLUCIÓN ANUAL DE LAS CONSULTAS ESCRITAS RECIBIDAS



EVOLUCIÓN ANUAL DE LAS CONSULTAS TELEFÓNICAS RECIBIDAS



FUENTE: Banco de España.

vo número de entidades con porcentajes de rectificación muy por encima de la media, algunas de ellas rozando el 100 % de rectificaciones, lo que marca una nueva línea de conducta en las relaciones con sus clientes.

2.3 Consultas atendidas

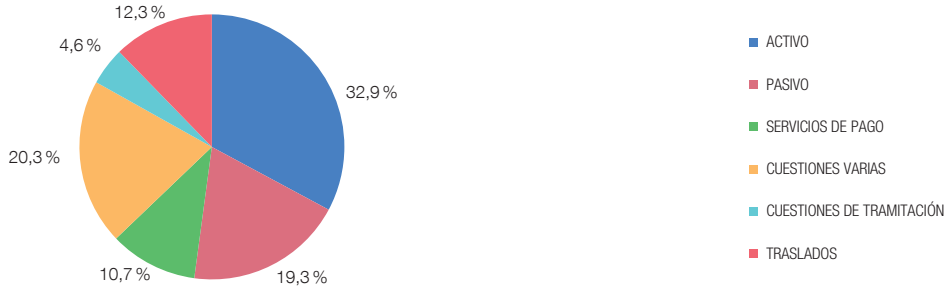
El servicio de atención telefónica de consultas es uno de los instrumentos más usados por los usuarios de servicios financieros para plantear dudas acerca de cuestiones que les interesan, permitiendo obtener la información necesaria para decidir sobre la oportunidad de presentar una reclamación contra la entidad de la que son clientes de un forma rápida y eficaz, o simplemente para informarse sobre los criterios del Departamento, siendo un canal esencial para incrementar la educación financiera de los ciudadanos. En 2016 se han recibido 31.660 llamadas telefónicas, lo que supone un descenso del 11 % respecto al ejercicio 2015.

De otra parte, las consultas escritas presentadas por vía telemática son un medio idóneo para resolver las dudas de los usuarios de servicios financieros cuando se pretende tener constancia escrita de la respuesta. En 2016 se recibieron 1.935 consultas escritas, un 40,2 % menos que el año anterior.

El gráfico 2.12 nos muestra la evolución de ambos tipos de consultas, las telefónicas y las escritas.

CONSULTAS ESCRITAS

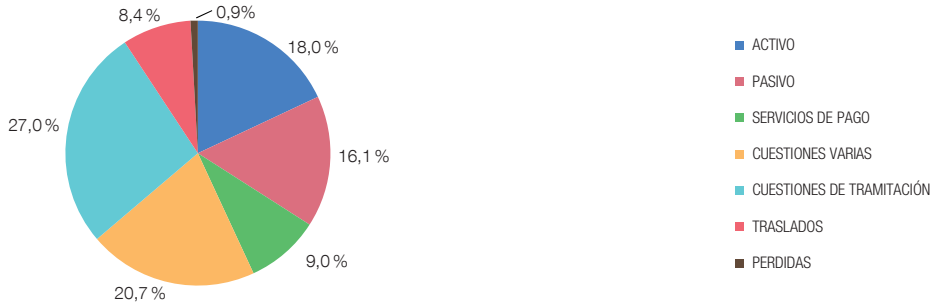
GRÁFICO 2.13



FUENTE: Banco de España.

CONSULTAS TELEFÓNICAS

GRÁFICO 2.14



FUENTE: Banco de España.

Las cuestiones sobre las que los consultantes muestran mayor interés se encuentran muy interrelacionadas con la problemática financiera del momento, e incluso con las noticias económicas, siendo un rápido reflejo de las dudas e inquietudes más frecuentes de los ciudadanos. En este sentido, el servicio de consultas, tanto telefónicas como escritas, refuerza las herramientas de información al público (Portal del Cliente Bancario) y de educación financiera (portal finanzasparatodos.es, junto con la CNMV)) que ofrece el Banco de España.

Los gráficos 2.13 y 2.14 muestran el peso relativo de las distintas materias objeto de consulta en cada canal. Como puede observarse, el fondo de las cuestiones planteadas varía significativamente entre las consultas escritas y las telefónicas.

En las consultas escritas, los usuarios plantean dudas, principalmente sobre cuestiones relativas al cobro de comisiones, tanto en productos de pasivo —cuentas corrientes y depósitos a plazo— como en productos de activo —préstamos hipotecarios y personales—, destacando entre estas últimas las relativas al cobro de comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas a un préstamo.

Sin embargo, en las consultas telefónicas cobran especial relevancia las cuestiones sobre el procedimiento para presentar reclamación contra una entidad financiera y las consultas sobre el estado de una reclamación ya presentada en el Banco de Es-

paña, habiéndose atendido más de 8.000 llamadas por estos motivos en 2016. Otras dudas planteadas telefónicamente han sido sobre el cobro de comisiones, tanto en productos de activo como de pasivo, y sobre cuestiones relacionadas con la tramitación de herencias.

2.4 Anejo estadístico

ALLANAMIENTOS E INFORMES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2016

CUADRO A.1

Bancos

Entidad	Allanamientos		Informes favorables al reclamante		Informes desfavorables al reclamante		Informes sin pronunciamiento		TOTAL
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	
CaixaBank, SA	215	26,0	385	46,5	192	23,2	36	4,3	**828**
Banco Santander, SA	148	22,8	295	45,4	177	27,2	30	4,6	**650**
Unicaja Banco, SA	93	17,1	359	66,1	89	16,4	2	0,4	**543**
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA	182	34,5	154	29,2	172	32,6	19	3,6	**527**
Banco Mare Nostrum, SA	248	51,6	138	28,7	90	18,7	5	1,0	**481**
Ibercaja Banco, SA	90	19,7	260	56,9	97	21,2	10	2,2	**457**
Banco Popular Español, SA	119	30,6	117	30,1	141	36,2	12	3,1	**389**
Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SA	63	17,3	172	47,3	123	33,8	6	1,6	**364**
Bankia, SA	113	32,6	137	39,5	84	24,2	13	3,7	**347**
Banco Sabadell, SA	116	37,9	87	28,4	92	30,1	11	3,6	**306**
Abanca Corporación Bancaria, SA	77	30,3	80	31,5	88	34,6	9	3,5	**254**
Liberbank, SA	41	17,5	146	62,4	43	18,4	4	1,7	**234**
Wizink Bank, SA	38	18,2	98	46,9	62	29,7	11	5,3	**209**
Banco de Castilla-La Mancha, SA	13	8,7	83	55,3	52	34,7	2	1,3	**150**
Bankinter, SA	16	11,8	89	65,4	28	20,6	3	2,2	**136**
Catalunya Banc, SA	39	32,2	55	45,5	22	18,2	5	4,1	**121**
CajaSur Banco, SA	23	22,1	44	42,3	33	31,7	4	3,8	**104**
Kutxabank, SA	25	26,6	42	44,7	24	25,5	3	3,2	**94**
Banco Cetelem, SA	14	25,5	19	34,5	19	34,5	3	5,5	**55**
Evo Banco, SA	7	14,3	26	53,1	12	24,5	4	8,2	**49**
Deutsche Bank, SAE	9	25,0	18	50,0	8	22,2	1	2,8	**36**
Banco Pastor, SA	8	23,5	12	35,3	14	41,2	0	0,0	**34**
Banca March, SA	12	40,0	8	26,7	8	26,7	2	6,7	**30**
Unoe Bank, SA	9	33,3	6	22,2	12	44,4	0	0,0	**27**
Santander Consumer Finance, SA	2	8,0	13	52,0	8	32,0	2	8,0	**25**
Banco Caixa Geral, SA	2	10,0	14	70,0	3	15,0	1	5,0	**20**
Targobank, SA	7	43,8	8	50,0	1	6,3	0	0,0	**16**
Banca Pueyo, SA	1	10,0	6	60,0	3	30,0	0	0,0	**10**
Banco Mediolanum, SA	5	50,0	2	20,0	3	30,0	0	0,0	**10**
Open Bank, SA	2	20,0	1	10,0	3	30,0	4	40,0	**10**
Bancofar	0	0,0	0	0,0	3	75,0	1	25,0	**4**
Bankoa, SA	0	0,0	2	50,0	2	50,0	0	0,0	**4**
Citibank España, SA	1	25,0	1	25,0	2	50,0	0	0,0	**4**
Instituto de Crédito Oficial	0	0,0	0	0,0	2	50,0	2	50,0	**4**
Self Trade Bank, SA	0	0,0	4	100,0	0	0,0	0	0,0	**4**
Andbank España, SA	2	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Banco Caminos, SA	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Banco Finantia Sofinloc, SA	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Banco Pichincha España, SA	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Cecabank, SA	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
TOTAL	**1.741**	**26,6**	**2.883**	**44,1**	**1.713**	**26,2**	**205**	**3,1**	**6.542**

FUENTE: Banco de España.

ALLANAMIENTOS E INFORMES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2016

CUADRO A.2

Cajas de ahorros

Entidad	Allanamientos		Informes favorables al reclamante		Informes desfavorables al reclamante		Informes sin pronunciamiento		TOTAL
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	
Caja de Ahorros y MP de Ontinyent	0	0,0	0	0,0	2	100,0	0	0,0	**2**
TOTAL	**0**	**0,0**	**0**	**0,0**	**2**	**100,0**	**0**	**0,0**	2

FUENTE: Banco de España.

ALLANAMIENTOS E INFORMES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2016

CUADRO A.3

Cooperativas de crédito

Entidad	Allanamientos		Informes favorables al reclamante		Informes desfavorables al reclamante		Informes sin pronunciamiento		TOTAL
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	
Caja Rural del Sur, SCC	10	3,9	205	79,5	43	16,7	0	0,0	**258**
Cajamar Caja Rural, SCC	80	36,0	102	45,9	35	15,8	5	2,3	**222**
Caja Rural de Granada, SCC	8	7,5	74	69,8	21	19,8	3	2,8	**106**
Caja Rural de Castilla-La Mancha, SCC	7	17,9	23	59,0	6	15,4	3	7,7	**39**
Caja Rural de Navarra, SCC	11	34,4	18	56,3	1	3,1	2	6,3	**32**
Caja Laboral Popular, CC	9	32,1	14	50,0	5	17,9	0	0,0	**28**
Cajasiete, Caja Rural, SCC	7	25,9	11	40,7	9	33,3	0	0,0	**27**
Caja Rural de Extremadura, SCC	0	0,0	12	75,0	3	18,8	1	6,3	**16**
Caja Rural de Aragón, SCC	6	40,0	5	33,3	4	26,7	0	0,0	**15**
Caja Rural de Asturias, SCC	5	35,7	4	28,6	5	35,7	0	0,0	**14**
Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid, SCC	2	14,3	9	64,3	3	21,4	0	0,0	**14**
Caja Rural de Albacete, Ciudad Real y Cuenca, SCC	8	61,5	3	23,1	2	15,4	0	0,0	**13**
Caja Rural Central, SCC	4	33,3	5	41,7	3	25,0	0	0,0	**12**
Caja de Arquitectos, SCC	2	20,0	6	60,0	2	20,0	0	0,0	**10**
Caixa Popular-Caixa Rural, SCCV	0	0,0	7	100,0	0	0,0	0	0,0	**7**
Caixa de C. dels Enginyers-CC Ingenieros, SCC	0	0,0	1	20,0	1	20,0	3	60,0	**5**
Caja Rural de Almendralejo, SCC	0	0,0	4	100,0	0	0,0	0	0,0	**4**
Caja Rural de Torrent, CCV	1	25,0	2	50,0	0	0,0	1	25,0	**4**
Caixa Rural Galega, SCCIG	0	0,0	0	0,0	3	100,0	0	0,0	**3**
Caja Rural de Soria, SCC	1	33,3	0	0,0	2	66,7	0	0,0	**3**
Caja Rural de Teruel, SCC	0	0,0	3	100,0	0	0,0	0	0,0	**3**
Caixa Rural Altea, CCV	2	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Caixa Rural de Callosa d'en Sarrià, CCV	2	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Caja de Crédito de Petrel, Caja Rural, CCV	1	50,0	1	50,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Caja Rural de Burgos, Fuentepelayo, Segovia y Castelldans, SCC	1	50,0	0	0,0	1	50,0	0	0,0	**2**
Caja Rural de Salamanca, SCC	0	0,0	1	50,0	1	50,0	0	0,0	**2**
Caja Rural de Zamora, CC	0	0,0	1	50,0	1	50,0	0	0,0	**2**
Caixa Rural La Vall «San Isidro», SCCV	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Caja Rural de Gijón, Soc. Asturiana de Crédito	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Caja Rural Nuestra Madre del Sol, SCAC	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Caja Rural San Roque de Almenara, SCCV	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
TOTAL	**169**	**19,9**	**513**	**60,3**	**151**	**17,7**	**18**	**2,1**	**851**

FUENTE: Banco de España.

ALLANAMIENTOS E INFORMES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2016

CUADRO A.4

Establecimientos financieros de crédito

Entidad	Allanamientos		Informes favorables al reclamante		Informes desfavorables al reclamante		Informes sin pronunciamiento		TOTAL
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	
Unión de Crédito para la Financiacion Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo, EFC, SA	5	10,4	40	83,3	3	6,3	0	0,0	**48**
Evofinance, Establecimiento Financiero de Crédito, SAU	1	2,4	6	14,6	31	75,6	3	7,3	**41**
Servicios Financieros Carrefour, EFC, SA	10	33,3	12	40,0	8	26,7	0	0,0	**30**
Unión de Créditos Inmobiliarios, SA, EFC	1	3,3	25	83,3	4	13,3	0	0,0	**30**
Volkswagen Finance, SA, EFC	1	14,3	5	71,4	1	14,3	0	0,0	**7**
Santander Consumer, EFC, SA	2	33,3	0	0,0	4	66,7	0	0,0	**6**
PSA Financial Services Spain, EFC, SA	2	40,0	2	40,0	1	20,0	0	0,0	**5**
Unión Financiera Asturiana, SA, EFC	2	50,0	2	50,0	0	0,0	0	0,0	**4**
Financiera El Corte Inglés, EFC, SA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	3	100,0	**3**
Financiera Española de Crédito a Distancia, EFC, SA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	2	100,0	**2**
Popular Servicios Financieros, EFC, SA	0	0,0	0	0,0	2	100,0	0	0,0	**2**
Telefónica Consumer Finance, EFC, SA	0	0,0	0	0,0	2	100,0	0	0,0	**2**
Popular de *Factoring,* SA, EFC	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Santander *Factoring* y *Confirming,* SA, EFC	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
TOTAL	**24**	**13,2**	**92**	**50,5**	**58**	**31,9**	**8**	**4,4**	**182**

FUENTE: Banco de España.

ALLANAMIENTOS E INFORMES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2016

CUADRO A.5

Sucursales en España de entidades de crédito extranjeras

Entidad	Allanamientos		Informes favorables al reclamante		Informes desfavorables al reclamante		Informes sin pronunciamiento		TOTAL
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	
ING Bank NV, sucursal en España	26	30,2	12	14,0	38	44,2	10	11,6	**86**
Barclays Bank PLC, sucursal en España	6	18,2	17	51,5	10	30,3	0	0,0	**33**
Cofidis, SA, sucursal en España	4	28,6	2	14,3	8	57,1	0	0,0	**14**
Triodos Bank, NV, sucursal en España	2	20,0	2	20,0	4	40,0	2	20,0	**10**
Deutsche Bank AG, sucursal en España	2	66,7	0	0,0	1	33,3	0	0,0	**3**
RCI Banque, SA, sucursal en España	3	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**3**
Banco Primus, SA, sucursal en España	0	0,0	1	50,0	1	50,0	0	0,0	**2**
Novo Banco, SA, sucursal en España	0	0,0	1	50,0	1	50,0	0	0,0	**2**
Dexia Crédit Local, sucursal en España	0	0,0	0	0,0	0	0,0	2	100,0	**2**
American Express Payment Services Limited, SE	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Banque PSA Finance, sucursal en España	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	100,0	**1**
Bigbank as Consumer Finance, sucursal en España	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
BMW Bank GmbH, sucursal en España	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
FCE Bank PLC, SE	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Orey Financial-Instituição Financeira de Crédito, SA, SE	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Toyota Kreditbank GmbH, sucursal en España	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
UBS Europe, sucursal en España	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Volkswagen Bank GmbH, sucursal en España	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
TOTAL	**45**	**27,4**	**38**	**23,2**	**66**	**40,2**	**15**	**9,1**	**164**

FUENTE: Banco de España.

ALLANAMIENTOS E INFORMES EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2016

CUADRO A.6

Resto de entidades

Entidad	Allanamientos		Informes favorables al reclamante		Informes desfavorables al reclamante		Informes sin pronunciamiento		TOTAL
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	
Bankinter Consumer Finance, EFC, SA	10	34,5	13	44,8	5	17,2	1	3,4	**29**
CaixaBank Consumer Finance, EFC, SA	0	0,0	5	50,0	5	50,0	0	0,0	**10**
Oney Servicios Financieros, EFC, SA	1	20,0	3	60,0	1	20,0	0	0,0	**5**
American Express Card España, SA	1	25,0	0	0,0	3	75,0	0	0,0	**4**
Sabadell Consumer Finance, EFC, SA	0	0,0	1	33,3	1	33,3	1	33,3	**3**
Western Union Payment Services Ireland Limited (Red de Agentes)	1	33,3	2	66,7	0	0,0	0	0,0	**3**
CaixaBank Payments, EFC, EP, SA	1	50,0	0	0,0	1	50,0	0	0,0	**2**
Moneygram International Limited (Red de Agentes)	0	0,0	2	100,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Moneygram Payment Systems Spain, SA	0	0,0	2	100,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Small World Financial Services Spain, SA	1	50,0	1	50,0	0	0,0	0	0,0	**2**
Alia Tasaciones, SA	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	100,0	**1**
Best and Fast Change España, SA	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
CaixaBank Electronic Money, EDE, Sl	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Comercia Global Payments, Entidad de Pago, Sl	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Change Center, Entidad de Pago, SA	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Maccorp Exact Change, Entidad de Pago, SA	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Moneytrans World, Entidad de Pago, SA	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Sociedad Conjunta Emisión Gestión Medios de Pago, EFC	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
Tasaciones Inmobiliaras, SA (Tinsa)	0	0,0	0	0,0	1	100,0	0	0,0	**1**
Técnicos en Tasación, SA (Tecnitasa)	0	0,0	0	0,0	0	0,0	1	100,0	**1**
Titanes Telecomunicaciones, SA	0	0,0	1	100,0	0	0,0	0	0,0	**1**
United Europhil, EP, SA	1	100,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	**1**
TOTAL	**17**	**23,0**	**33**	**44,6**	**20**	**27,0**	**4**	**5,4**	74

FUENTE: Banco de España.

3 CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES

ÍNDICE

3.1 ACTIVO 61

3.1.1 Préstamos hipotecarios 61

a. Política comercial. Aprobación 61
b. Claridad y transparencia con el cliente 62
c. Información previa a la contratación 65
d. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 66
e. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual 67
f. Tramitación administrativa de la hipoteca 68
g. Tasación de la finca objeto de la hipoteca 71
h. Tipología de operaciones hipotecarias 74
Préstamos y créditos hipotecarios 74
Disposiciones de créditos hipotecarios y de préstamos hipotecarios de disposición sucesiva 74
Préstamos multidivisa 75
Préstamos subvencionados o subsidiados 76
i. Intereses 76
Intereses ordinarios o remuneratorios 77
Desaparición *ex lege* de determinados índices de referencia 79
Primera liquidación de intereses 82
Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés 82
Sistema francés de amortización 82
Intereses tras una amortización parcial anticipada 83
Intereses bonificados 84
Año comercial-año civil 85
Límites a la variación del tipo de interés —«cláusula suelo»— en préstamos y créditos a interés variable 87
Préstamos nuevos 87
Posible ineficacia de las bonificaciones 92
Los denominados «intereses negativos» 92
Intereses de demora de préstamos hipotecarios 93
Índices de referencia oficiales 94
Reliquidación de préstamos hipotecarios 95
j. La tasa anual equivalente (TAE) 95
k. Comisiones 96
Comisión de apertura 96
Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo del préstamo 98
Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca 98
Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario 99
Comisión por cancelación anticipada 100
Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 100
Préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003 100
Cancelación anticipada, subrogatoria 100

Cancelación anticipada, no subrogatoria 100
Préstamos a interés variable concertados entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007 101
Cancelación anticipada, subrogatoria 101
Cancelación anticipada, no subrogatoria 101
Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 102
Compensación por desistimiento 102
Compensación por riesgo de tipo de interés 102
Comisión por subrogación de deudor 105
l. Subrogación por cambio de deudor 105
Información que se ha de facilitar con motivo de la subrogación de deudor 106
m. Subrogación de entidad acreedora 107
Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora 108
Motivo de la subrogación 108
Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación de entidad acreedora y de su enervación 109
Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación 110
n. Productos vinculados 110
o. Cesión de créditos hipotecarios 112
p. Cesión de activos a la Sareb 114
q. Titulización de préstamos hipotecarios 114
r. Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés 115
Comercialización 115
Formalización del producto derivado 116
Documentos de liquidación 116
Cargos en descubierto 117
s. Otros aspectos 117
Amortizaciones parciales anticipadas. Destino 117
Anticipar el vencimiento final 117
Reducción del importe de las cuotas periódicas 117
Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo 118
Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo 118
Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas 119
Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin 122
Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualación de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza 123
Errores en escrituras públicas 123
Cláusulas de vencimiento anticipado 124
Liberación de fincas hipotecadas 126
3.1.2 Préstamos con garantía personal 126
a. Contratación 127
b. Liquidación 128
c. Renovación/refinanciación de pólizas de crédito 129

d. Novedades normativas en la financiación a pymes 130
e. Préstamos subvencionados 131
f. Información sobre operaciones en situación irregular 132
g. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo 133
Información precontractual y prácticas previas a la contratación 133
Información contractual 135
Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias 136
Cálculo de la TAE 136
Intereses de demora 137
Derecho de retracción o de desistimiento 137
Derecho al reembolso anticipado 137
Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios 139
Incumplimiento de la norma por entidades de crédito 139

3.1.3 Préstamo responsable 140

3.1.4 Avales y garantías 140
a. Introducción 140
b. Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología 141
c. Competencia del DCMR 144
d. Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación 145
e. Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas 149

3.2 PASIVO 152

3.2.1 Depósitos bancarios. Introducción 152

3.2.2 Aspectos comunes 153
a. Identificación de los potenciales titulares 153
Tipología de titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación 153
Cuentas de incapaces 153
Cuentas de menores de edad 154
Cuentas de personas jurídicas 155
Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios 156
Cuentas de no residentes 156
Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo 157
b. Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España 158
c. Tipos de cambio. Información al público 158
d. Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos 159
Comunicaciones a clientes. Requisitos 159
Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados 159

Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses 159
e. Publicidad de los depósitos 159
3.2.3 Depósitos a la vista 160
a. Cuestiones generales 160
b. Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia 161
Explicaciones adecuadas 161
Información precontractual 163
Formalización del contrato 163
Contenido del contrato 163
Contenido del contrato de cuenta en divisas 163
Cuentas en divisas 164
Integridad de los contratos 164
Oscuridad de las cláusulas 164
Entrega de documento contractual y conservación de documentos 165
c. Vida. Operativa y funcionamiento de la cuenta 165
Disposición de fondos. Posibles incidencias 166
Autorización de operaciones 166
Autorizados en cuenta 166
Disposiciones de efectivo 168
Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta 168
Restricción del importe en los reintegros de efectivo 169
Posibles incidencias en los apuntes en cuenta 170
Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores 170
Deber de diligencia en el traslado de cuentas 170
Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente 171
Adeudos para corregir abonos indebidos 172
Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales, etc.) 172
Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono 172
Bloqueo de la cuenta 173
Compensación de cuentas 175
Cuentas con varios titulares o cuentas plurales 176
Régimen de disposición 176
Cuentas indistintas (o solidarias) 176
Cuentas conjuntas (o mancomunadas) 176
Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta 177
Descubierto en cuentas indistintas 177
Modificaciones contractuales 178
Formalidades y plazos 178
Modificaciones de titulares 179
Liquidación de la cuenta 180
Cobro de comisiones. Casuística 180
Comisión de mantenimiento 180
Comisión de administración 181

Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas 181
Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta 183
Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular del depósito a la vista 183
Comisión de manipulación (cuenta en divisas) 184
Comisión de reclamación de posiciones deudoras 184
Gastos de correo 185
Intereses. Valoración 186
Retribución en especie 186
Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo 187
Liquidación por descubierto. Intereses y comisión de descubierto. Límite 188
Comisión por descubierto 189
Obligaciones de información a los clientes 189
Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta 189
Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones 189
Información periódica 190
Extractos 190
Comunicación anual de comisiones, gastos devengados e intereses (aplicable a partir del 1 de enero de 2014) 190
Cuentas inactivas 191
Saldos en presunción de abandono 191
Cancelación de la cuenta 192
A iniciativa del cliente. Caso particular de orden de cancelación dada por uno de los titulares 193
Reapertura de cuentas canceladas 194
d. Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción 194
3.2.4 Depósitos a plazo con garantía del principal 196
a. Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos 196
Explicaciones adecuadas 196
Información precontractual 196
Formalización del contrato. Contenido 199
b. Contratación de depósitos estructurados o híbridos 200
Explicaciones adecuadas 200
Información precontractual 201
Contenido del contrato 201
c. Liquidación del depósito. Tipo de interés 201
Falta de abono del porcentaje de interés complementario en un depósito bonificado 201
Documentos de liquidación 202
d. Renovación 202
e. Modificación 204
f. Cancelación 204
A instancia de la entidad 204

A instancia del cliente antes del vencimiento 204
Vencimiento 206
3.2.5 Embargo del saldo de depósitos en entidades 206
a. Embargos por deudas con las Administraciones 208
b. Embargos por deudas con la Seguridad Social 209
c. Embargos judiciales 209
3.2.6 Incidencias derivadas del fallecimiento del titular de un depósito 210
a. Tramitación de testamentarías 211
Acreditación de la condición de heredero 211
Deber de diligencia 211
Comisión por tramitación de expedientes de testamentaría 211
Certificado de posiciones del causante 213
b. Información a herederos 214
Entrega de contratos a herederos 216
c. Disposición de fondos. Cuestiones generales 217
d. Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente 219
e. Disposición de fondos. Cuentas con un único titular 220
f. Disposición de fondos. Cuentas con varios titulares 221
Régimen de disposición indistinto o solidario 221
Régimen de disposición conjunto o mancomunado 222
g. Cancelación de la cuenta 222
Baja de cotitular fallecido 222
h. Bloqueo de la cuenta 222
i. Depósitos a plazo 223
j. Legatarios 224
k. Legatarios de legítima 224
Disponibilidad de los fondos 225
Información 226

3.3 SERVICIOS DE PAGO 227

3.3.1 Introducción y régimen aplicable 228
a. Sistemas de pago 228
3.3.2 Aspectos comunes 229
a. Condiciones contractuales 229
Transparencia, integridad 229
Oscuridad de las cláusulas 229
b. Información y documentación contractual 230
Operaciones de pago singulares 230
Operaciones amparadas en un contrato marco 230
Conservación de documentos 231
c. Modificación de las condiciones del contrato marco 231
d. Resolución del contrato marco 231
e. Comisiones y gastos 232
3.3.3 Tarjetas 232
a. Gastos y comisiones 232
Emisión, renovación y mantenimiento 232
Reclamación de posiciones deudoras 232
Comisión por devolución de recibo 232

Límites de utilización y disposición de capital de la tarjeta de crédito 233
Comisión por exceso sobre el límite 233
b. Actuación unilateral de la entidad 234
Emisión de tarjetas sin solicitud previa 234
Envío por medios que no aseguran su recepción 235
Comisión por cancelación anticipada 235
Bloqueo unilateral de la tarjeta 235
c. Tarjetas de pago aplazado 236
Tarjetas *revolving.* Lenta amortización de la deuda 237
Traspasos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito 239
Incremento unilateral de tipos de interés 240
d. Terminales de punto de venta 241
«Contactless» 242
e. Uso fraudulento 242
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 243
Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago 243
Fraude con datos de tarjetas 244
Comercio electrónico seguro 245
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 246
Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído 246
Programas de fidelización en tarjetas 247
f. Dinero electrónico 247
3.3.4 Transferencias y adeudos domiciliados: aspectos comunes 248
3.3.5 Transferencias 249
a. Identificador único 250
b. Gastos de la operación 250
c. Comisiones 251
d. Fecha de abono 251
e. Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 252
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 252
Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago 252
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 252
Fraude por Internet 252
Procedimiento interbancario en caso de fraude 252
Régimen de responsabilidad en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente 253
3.3.6 Adeudos domiciliados 255
a. Consideraciones generales 255
b. Tipología de adeudos domiciliados 255
c. La orden de domiciliación o mandato 256
d. El adeudo domiciliado B2B 257

e. El adeudo domiciliado básico SEPA 257
f. Procesos excepcionales 257
Rechazo de una orden de pago 258
Devolución de recibos 259
g. Revocación de la orden de adeudo domiciliado 260
3.3.7 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja 261
a. Consideraciones generales 261
b. Efectivo ingresado en una cuenta de pago 261
c. Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina 262
d. Billetes y monedas 262
Billetes falsos 262
Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda) 263
e. Comisión por ingresos en efectivo 265
f. Limitaciones de canales, horarios y medios de pago para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados 266
Establecimiento de limitaciones horarias 266
Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático 268
Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero 268

3.4 DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS 269

3.4.1 Introducción 269
3.4.2 Normativa protectora del deudor hipotecario en riesgo de exclusión 271
a. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo *(BOE* del 10) 272
b. Ley 1/2013, de 14 de mayo *(BOE* del 15) 273
c. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y Ley 25/2015, de 28 de julio 273
d. Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifican el RDL 6/2012 y la Ley 1/2013 274
e. Convivencia de diferentes versiones, adhesión por la entidad a unas u otras y escenarios posibles 274
3.4.3 El Código de Buenas Prácticas. Su contenido 276
a. Versión del RDL 6/2012. Redacción original 276
b. Versión de la Ley 1/2013 279
c. Versión del RDL 1/2015 279
d. Versión del RDL 5/2017 279
3.4.4 Incidencias detectadas en relación con el contenido del Código de Buenas Prácticas 280
a. Publicidad 280
b. Otras ventajas aplicables a los deudores sin recursos 282
La limitación de los intereses moratorios 282
El alquiler social 282
Ventajas fiscales y notariales 282
c. Respuesta esperada de la entidad 283

d. Dentro del plazo de un mes desde la solicitud con la documentación completa, se debe formular el plan de reestructuración 287
La viabilidad del plan de reestructuración se mide poniendo en relación la cuota del período de carencia con los ingresos actuales de la familia 288
e. Dentro del plazo de doce meses, si el plan deviene inviable por circunstancias sobrevenidas, se puede solicitar la dación 289
f. Reestructuración, refinanciación y reunificación 291
g. Escritura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca. Préstamo titulizado 293

3.4.5 Ámbito subjetivo de aplicación del Código 295
a. El umbral de exclusión 295
b. Sujetos beneficiarios en el RDL 6/2012 295
c. Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios 296
d. Sujetos beneficiarios en la Ley 1/2013 296
e. Sujetos beneficiarios en el RDL 1/2015 299
f. Sujetos beneficiarios en el RDL 5/2017 299

3.4.6 Ámbito objetivo de aplicación del Código 300
a. Viviendas sujetas al Código según el RDL 6/2012 300
b. Viviendas sujetas al Código según la Ley 1/2013 300
c. Viviendas sujetas al Código según el RDL 1/2015 301

3.4.7 Incidencias detectadas en relación con el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Código de Buenas Prácticas 302
a. El umbral de exclusión para la reestructuración al amparo de la versión de la Ley 1/2013: el doble rasero 302
b. La unidad familiar 303
c. Los ingresos de la unidad familiar 303
d. La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de exclusividad 304
e. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores 305

3.4.8 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas 305

3.4.9 Sanción por el incumplimiento 306

3.1 Activo

3.1.1 PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

a. Política comercial. Aprobación

Las entidades, en materia de asunción de riesgos crediticios, son libres para aprobar o desestimar las operaciones o novaciones de condiciones que les plantean sus clientes, en función del estudio riguroso e individualizado del riesgo y de las condiciones propuestas, armonizando a estos efectos los criterios clásicos de la selección de inversiones (seguridad o solvencia, liquidez y rentabilidad), a partir de las cuales diseñan sus políticas crediticias, políticas que —no se puede olvidar— son dinámicas y cambiantes en el tiempo, al igual que la propia economía sectorial, nacional o supranacional, por las que se verán condicionadas[1].

El Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR) entiende que, una vez que una entidad acepta las limitaciones (capacidad de pago, garantía de la operación, liquidez, solvencia...) de un cliente al iniciar el estudio de la operación solicitada, únicamente puede denegar esta, de conformidad con las exigencias de las buenas prácticas y usos bancarios, si, de acuerdo con su política de adopción de riesgos, se alegan incumplimientos o condicionantes distintos a aquellas, no conocidos inicialmente.

Igualmente se considera, de acuerdo con las buenas prácticas y usos financieros, que la sanción de la operación debe realizarse en un plazo razonable, acorde con las circunstancias concurrentes, comunicando, en su caso, sin demora imputable a la parte solicitante la denegación de la solicitud formulada, al objeto de que, si lo considera oportuno, pueda recurrir a otra entidad alternativa en busca de la financiación interesada. En sentido contrario, no se considera acorde con las buenas prácticas y usos financieros la generación de falsas expectativas sobre la concesión de operaciones que puedan llevar a los clientes a la asunción de compromisos con base en aquellas.

En todo caso, debe precisarse que, una vez cumplida por parte de la entidad de crédito su obligación de comunicar al cliente solicitante en un período de tiempo razonable la denegación de la operación de financiación, no existe ninguna norma de transparencia que exija a la entidad que informe sobre las razones que le llevaron a adoptar tal decisión, salvo las relativas a la inclusión del solicitante en ficheros de solvencia, debiendo informar al cliente del resultado de la consulta formulada al respecto.

Las reclamaciones formuladas ante el DCMR en relación con el contenido de este apartado suelen estar basadas en:

a) denegación de la operación tras haber generado en el solicitante expectativas de que aquella sería aprobada;

b) demora en el plazo de la sanción, generando coste de oportunidad por la pérdida de la posibilidad de adquisición de la vivienda en momentos de elevada demanda de mercado y precios al alza, y/o, en su caso,

---

1 Al respecto, deben referirse las reglas sobre evaluación de solvencia contenidas en el título III, capítulo II, «préstamo responsable», y concretamente en el art. 18 de la Orden/EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios *(BOE* de 29), así como en la norma duodécima de la CBE 5/2012 y en las directrices de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) sobre evaluación de solvencia (EBA/GL/2015/11) publicadas el 19 de agosto de 2015 y de aplicación desde el 16 de marzo de 2016, salvo los requisitos de información referidos en su apartado 7, de aplicación desde el día siguiente a la mencionada fecha de publicación.

c) pérdida de las arras, por haber excedido el plazo concedido para formalizar la adquisición.

En los casos contenidos en el apartado a), en muchas ocasiones la parte reclamante suele invocar incumplimiento de promesas y acuerdos verbales alcanzados con los directivos de las correspondientes oficinas. A este respecto, ha de señalarse que el DCMR emite su pronunciamiento sobre los hechos que quedan documentalmente acreditados en el expediente, no pudiendo pronunciarse sobre promesas o acuerdos verbales invocados por los clientes que son rechazados por las entidades, ya que su valoración corresponde a los tribunales de justicia, a los que, de considerarlo oportuno, pueden dirigirse los clientes, haciendo uso a tal fin de todas las pruebas admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Por el contrario, si el reclamante acredita documentalmente (mediante correos electrónicos y/o cualesquiera otros documentos) que realmente se le generaron expectativas que luego resultaron frustradas, el DCMR considera la actuación de la entidad reclamada como contraria a las buenas prácticas y usos financieros, ello sin cuestionar la legitimidad que asiste a las entidades en la aprobación o denegación de los apoyos financieros solicitados, en el marco de su política crediticia.

Cuando en la reclamación se invoca demora en la sanción de la operación, finalmente positiva —supuestos de las letras b) y c)—, se debe tener en cuenta que no hay un plazo prefijado para ello, dependiendo la razonabilidad de este de cada caso en particular. En los supuestos en los que, con arreglo a las circunstancias particulares concurrentes, se estima que el plazo para la sanción de la operación excede al que razonablemente cabría esperar, sin que se acrediten causas imputables en exclusiva al cliente, se considera la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas bancarias, por falta de la diligencia exigible en el análisis y la sanción de la operación propuesta, sin perjuicio de señalarse en los informes emitidos con este objeto que el DCMR no ostenta competencias para la valoración del eventual detrimento económico que el cliente pudiera haber sufrido.

b. Claridad y transparencia con el cliente

De acuerdo con las buenas prácticas bancarias, a las entidades financieras, como profesionales en la materia, les es exigible que velen tanto por sus intereses como por los de sus clientes, lo cual se traduce en este punto en la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan.

Ha sido opinión reiterada de este Departamento que la transparencia y la claridad deben ser los principios inspiradores que han de regular la relación de las entidades con sus clientes, de modo que, en todo momento, estos puedan conocer no solo cuáles son sus posiciones, sino también su desglose, con el suficiente detalle como para saber cómo se llega a las distintas partidas que puedan ser sus componentes.

En cualquier caso, debe recordarse que este Departamento considera que los clientes no pierden esta condición, con independencia del estado o situación de sus préstamos, por lo que las entidades mantienen con ellos la obligación ineludible de que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario constituiría un impedimento a la transparencia informativa, que quebrantaría las buenas prácticas y usos bancarios.

En este mismo sentido, y con base en los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, es recomendable que, cuando estas efectúen los seguimientos periódicos de las posiciones impagadas, se aseguren

de comunicar y requerir aquellas a sus titulares, para evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe el conocimiento que puedan tener de sus deudas, máxime cuando tenga la intención de presentar una demanda judicial en orden al recobro de los préstamos impagados.

De la misma manera, las entidades deberán actuar con la diligencia exigible a un experto comerciante cuando informen a sus clientes de los débitos pendientes de cara a la cancelación anticipada de sus operaciones de activo, incluyendo en los correspondientes certificados el capital, intereses, comisiones y gastos de cualquier índole que esté el cliente obligado a satisfacer en virtud de los pactos alcanzados con la entidad, además de justificar debidamente ante aquel todas las partidas recogidas en el certificado, considerándose mala práctica bancaria cualquier actuación apartada de dichos criterios.

Por último, el DCMR entiende que las entidades vienen obligadas a facilitar a los interesados una información completa, veraz y actualizada de los productos que comercialicen, debiendo para ello mantener un adecuado control interno y coordinación entre todas sus oficinas, y estando obligadas, en todo caso, a subsanar prontamente cualquier error cometido en la información facilitada sobre dichos productos, so pena de incurrir en una falta de diligencia constitutiva de mala práctica bancaria.

En el expediente R-2016049646, el reclamante objetó que la entidad no le hubiera entregado documentación económica de su préstamo hipotecario antes de ejecutar este. La entidad se remitió al cauce procesal para denegarlo. El DCMR estimó que respecto a la solicitud de documentación del reclamante, refiriéndonos a la relacionada con la situación económica de la operación, en el expediente no constaba que la entidad hubiera facilitado algún tipo de información sobre aquella anterior a la presentación de la demanda de ejecución hipotecaria.

En el expediente R-201515471, el reclamante mostró su disconformidad con que la entidad emitiera, respecto de la cancelación de su préstamo hipotecario, un segundo certificado de deuda —seis días después del primero— con 6.000 euros de gastos correspondientes a intereses de demora y sobre todo de gastos de procurador y abogado, cuando no se había producido ningún proceso judicial conocido. La entidad alegó que había advertido al reclamante de que el primer certificado no incluía los gastos que después este ha reclamado. El DCMR estimó que, al emitir el primer certificado, la entidad pudo inducir a la parte reclamante a creer que el importe en él contenido se correspondía con la totalidad de la deuda pendiente, habida cuenta de que no queda acreditado en el expediente que la entidad informase a la parte reclamante de que el primer certificado no contenía todos los gastos incluidos en la deuda pendiente del préstamo, tal y como esta indica. A mayor abundamiento, no constaba en el expediente que la entidad hubiera entregado a la parte reclamante un desglose detallado de la deuda que tenía pendiente de pago en el que constara el concepto de principal, intereses acumulados deudores, de excedido y de demora, concepto, cuantía y plazo de devengo de las comisiones aplicadas, así como cualquier otro gasto que pudiera conformar el saldo deudor. En este orden de cosas, tampoco constaba acreditado que la entidad reclamada hubiese aclarado en el expediente la forma o los cálculos realizados para alcanzar la cuantía de la segunda liquidación.

En el expediente R-201601598, el reclamante cuestionaba que su entidad prestamista no hubiera pasado al cobro el recibo de su préstamo hipotecario de marzo de 2015 y siguientes en su cuenta de cargo en otra entidad y hubiera ejecutado judicialmente dicho préstamo sin ninguna información previa. El DCMR entendió que:

– La entidad en la que mantenía la cuenta de domiciliación no acreditó la no presentación por la entidad prestamista del recibo de cuota de préstamo cuestionado.

– La entidad prestamista no actuó según los principios de claridad y transparencia exigibles, al no avisar a su cliente de la devolución del citado recibo, ni de la consecuente paralización de la presentación de los siguientes en virtud de los pactos acordados. Además, no constaba en el expediente que la entidad hubiera entregado a la parte reclamante un desglose de la deuda que tenía pendiente de pago en el que constara el concepto de principal, intereses contractuales y de demora aplicados y comisiones y gastos repercutidos, así como cualquier otro concepto que pudiera conformar el saldo deudor, desglose que, no obstante, se recogía en el acta de fijación de saldo que aportaba con sus alegaciones la entidad. Asimismo, en relación con la reclamación de las cuotas vencidas, la prestamista no acreditó en el expediente que realizase los correspondientes requerimientos de pago sobre aquellas, con el fin de hacer partícipe a la parte reclamante de la situación de su deuda y para evitar que el transcurso del tiempo desvirtuase el conocimiento que pudiese tener de esta. A mayor abundamiento, no constaba acreditado que informase al reclamante de las implicaciones que tendría la declaración de vencimiento anticipado de su préstamo en el pago de sus cuotas, en el sentido de que el pago de cualquier cantidad que destinara a satisfacer la deuda del préstamo hipotecario se imputaría necesariamente a la disminución de la totalidad de la deuda contraída y no al de cuotas determinadas, dado que, al encontrarse el préstamo vencido, quedaba obligado al pago de la totalidad de la deuda exigible.

En el expediente R-201613297, el reclamante objetó que la entidad le publicitase un producto de crédito, del que la oficina negó su existencia. La entidad reconoció el error. El DCMR estimó que la información facilitada al reclamante por la sucursal, según la cual no se comercializaba el producto en cuestión, no debería ser considerada como un simple error, sino que podría tratarse de una falta de diligencia de sus empleados, lo cual denotaría deficiencias de control interno de la entidad, que repercutiría sobre sus clientes. Por el contrario, en el expediente no constaba acreditado que la referida sucursal hubiera intentado tampoco ponerse en ningún momento en contacto con el reclamante para explicar el producto, como se indicaba en el escrito de respuesta del SAC y nuevamente en el escrito de alegaciones del expediente, habiendo negado el reclamante expresamente que se hubiese producido dicho contacto, lo cual denotaba una actitud pasiva de la sucursal ante la subsanación de una incidencia motivada por su falta de diligencia.

Se pretende garantizar así el derecho de los clientes a seleccionar la entidad con la que se unirán financieramente durante un plazo que, en el caso de los préstamos hipotecarios, puede llegar a ser muy largo. De igual modo, para que durante la vida de una operación pueda seguir comparando otras ofertas del mercado, por si, llegado el caso, pudiera resultarle interesante cancelar la operación en vigor —con arreglo a las condiciones pactadas al efecto— y concertar otra nueva, más ventajosa, con otra entidad.

Asimismo, vigente la relación contractual, son exigibles de las entidades idénticas claridad y transparencia a la hora de facilitar a sus clientes la información que resulte necesaria para poder cumplir con las obligaciones y hacer valer los derechos dimanantes tanto de la normativa aplicable como del propio contrato que les une.

c. Información previa a la contratación

Por medio del folleto regulado en el artículo 3 de la Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de préstamos hipotecarios, actualmente derogada, según se indica más adelante, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a todo aquel que solicitara un préstamo hipotecario que reuniera los requisitos de la citada orden (que la hipoteca recayera sobre una vivienda, que el prestatario fuera persona física y que el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 150.253,03 euros, o su equivalente en divisas). El folleto debía contener, con carácter orientativo, las condiciones financieras del préstamo hipotecario.

Una vez que la entidad efectuaba las comprobaciones correspondientes, podía emitir una oferta definitiva con las condiciones financieras aplicables a la operación —eliminando así futuros problemas que pudieran surgir de una negociación verbal—, bien fuera a través de una oferta vinculante obligatoria, con arreglo al artículo 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, si la operación entraba en los límites cuantitativos y materiales de aquella, o bien mediante cualquier otro documento con el que informara a los solicitantes de las condiciones económicas a las que, durante el plazo que allí se recogiera, y de acuerdo con la buena fe que debe presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, se comprometía.

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c[2] de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se aprueba la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que deroga la Orden de 5 de mayo de 1994 y viene a «concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones existentes, a la vez que desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo referente al préstamo responsable».

La Orden EHA/2899/2011 establece la obligatoriedad de facilitar la información regulada en los artículos 21 (Ficha de Información Precontractual, FIPRE) y 22 (Ficha de Información Personalizada, FIPER). Del mismo modo, la orden actualmente vigente regula en su artículo 23 la oferta vinculante, que, de coincidir íntegramente la información en ella contenida con la de la FIPER, podrá facilitarse en un único documento.

En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994 (en cuyo artículo 5 regulaba la oferta vinculante) ni la Orden EHA/2899/2011 (a cuya entrada en vigor derogó la anterior) establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación.

No obstante, dado que la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, y la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30.2, determinan que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos, durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de ellas que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la «cláusula suelo»— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación sobre la fecha señalada, en ambas normas reguladores, para la firma de la escritura pública.

2 Artículo 29.2, derogado por la disposición derogatoria f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Así las cosas, el DCMR considera que, de acuerdo con criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades deben estar en condiciones de acreditar haber facilitado la información de las condiciones financieras de las operaciones formalizadas con al menos tres días hábiles de antelación a la fecha de la firma de la escritura pública de formalización del préstamo.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, el DCMR considera contrario a las buenas prácticas bancarias o a la normativa de aplicación, según el caso de que se trate:

a) Que las entidades no puedan acreditar el cumplimiento adecuado del deber de información, bien por no constar este en soporte duradero, bien por no incluir la totalidad de las menciones preceptivas conforme a la normativa aplicable, bien por no haber quedado constancia de su recepción por el cliente, o bien por no habérsela facilitado con antelación suficiente a la fecha de firma de la escritura.

b) La falta de claridad del documento a través del cual se ha facilitado la indicada información precontractual.

c) El cambio, en perjuicio del cliente, de las condiciones ofertadas durante la vigencia comprometida de estas.

d) Que las entidades creen expectativas de aprobación de las operaciones solicitadas o de aplicación de determinadas condiciones a aquellas que luego se vean injustificadamente defraudadas.

Los criterios expuestos más arriba son aplicables en cualquier momento de la relación contractual en el que se modifique cualquiera de las condiciones pactadas, como, por ejemplo, en aquellos casos en que se suscriban escrituras de novación, y han sido aplicados en el ejercicio en varios expedientes.

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de incluir en la FIPER y/o, en su caso, en la oferta vinculante toda la información contemplada en la norma de aplicación, ha de advertirse de que, por lo que se refiere a la Orden EHA/2899/2011, no solo debe tomarse en consideración el contenido de la parte A del anexo II, que incluye el modelo de FIPER, sino también su parte B, concerniente a las instrucciones para la cumplimentación de dicho modelo.

Bajo la anterior consideración, este DCMR se ha pronunciado en contra del proceder de la entidad en ocasiones en las que los documentos de información precontractual facilitados a los reclamantes se limitaban a reproducir mecánicamente los apartados del modelo, omitiendo toda mención a condiciones financieras específicas del contrato de préstamo a las que sí se hacía referencia en otras partes de la Orden —destacadamente, en las instrucciones para cumplimentar la FIPER— y cuya inclusión resultaba necesaria, en aras de una total transparencia para con el cliente que realmente le colocara en una posición en la que pudiera comparar las distintas ofertas vigentes en el mercado.

d. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras

El artículo 1280 del Código Civil establece que deberán constar en documento, entre otros, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», entre los que se encuentra la hipoteca.

En cuanto a la estructura del documento público, la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 6, señalaba que las escrituras públicas en las que se formalizan los préstamos hipotecarios deben contener, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras en el orden y con el contenido dispuesto en el anejo II de la Orden. En términos similares se manifiesta actualmente el artículo 29 de la vigente Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, hace referencia a la formalización en escritura pública de la subrogación de entidad acreedora.

e. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual

El Reglamento Notarial consagra el derecho de los particulares a la libre elección de notario, derecho que en los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas se ejercerá por «quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales», y en todo caso por el adquirente de bienes o derechos vendidos o transmitidos onerosamente por quienes se dedican a ello habitualmente. La Orden EHA/2899/2011 ratifica lo indicado, en su artículo 30.1.

Por tanto, la elección de notario para la formalización de la escritura de constitución o de carta de pago y cancelación de hipoteca corresponderá al cliente interesado. Ahora bien, parece razonable entender que sea exigible que dicho fedatario público tenga cierta conexión con alguno de los elementos personales o reales del negocio (por ejemplo, que radique en la ciudad en la que se encuentra el inmueble hipotecado).

La obligación de dar a conocer este derecho a quienes con ellas contratan se recoge, únicamente, en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al establecer en su artículo 5.4 que «cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público [...] (la) forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible [...] c) el derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor».

A la vista de lo anterior, el DCMR estima que, dado que las entidades no están obligadas a informar a sus clientes de la facultad que les asiste para elegir notario, únicamente puede considerase que su actuación se apartaría de las normas de disciplina y/o las buenas prácticas y usos bancarios cuando impusieran, en contra de la voluntad de estos clientes, una notaría determinada.

En cualquier caso, la Orden EHA/2899/2011 regula, en su artículo 30, el acto de otorgamiento de la escritura, remitiendo al Reglamento Notarial a efectos de elección de notario, y recoge la obligación del notario otorgante de informar a la parte prestataria de un amplio elenco de aspectos relevantes de la operación que se formaliza, para una mayor garantía de transparencia.

Respecto a la entrega de documentos contractuales, la norma novena, apartado 3 «in fine», de la Circular del Banco de España 5/2012 contempla la obligación de la entidad de acreditar la entrega de los documentos notariales al cliente, permitiendo enviarlos por correo y estableciendo que, en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

En el expediente R-201607508, el reclamante manifestó su discrepancia con la negativa de la entidad a entregarle copia autorizada de la escritura pública de un préstamo hipote-

cario. La entidad alegó que debía ser la notaría interviniente la que hiciera esa entrega. El DCMR consideró que resultaba preciso aclarar que el original de la escritura de préstamo hipotecario es normalmente una escritura matriz que queda en poder del notario, en su protocolo, de modo que las partes solicitan copias de aquella, bien sean copias autorizadas (que reproducen de forma exacta el original y tiene todos los efectos inherentes a este tipo de documento), bien sean copias simples (que constituyen una reproducción únicamente con carácter informativo). En consecuencia, entendiendo que la parte reclamante solicitaba primera copia autorizada, y dado que satisfizo la factura del notario, tenía derecho a la entrega en su día de la copia simple o autorizada correspondiente, según su deseo, aparte de la copia autorizada para la entidad. Se ha de precisar, por otra parte, que no constaba en el expediente acuse de recibo alguno que acreditase dicha entrega al cliente por parte de la gestoría interviniente.

f. Tramitación administrativa de la hipoteca

La inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. Paralelamente, de estar gravado el inmueble con una carga previa, la entidad pretenderá asegurar la cancelación registral existente a favor de la parte vendedora, para lo cual, y con independencia de si el vendedor estuviera obligado contractualmente a ello, la entidad puede solicitar a su cliente —comprador— que haga frente a ella.

El mismo carácter constitutivo tiene la inscripción registral respecto a la subrogación de entidad acreedora (artículo 5 de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar, de común acuerdo con la entidad prestamista, quién va a realizar la gestión administrativa de la operación[3], es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito, para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, entraría dentro de lo razonable que la entidad acreedora no facilitara la disposición del préstamo hasta tanto la hipoteca no hubiera sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, elegida la gestoría por la entidad, a esta le incumbe una cierta responsabilidad por su actuación, pues, como tiene repetidamente declarado el DCMR, la actividad de las entidades de crédito con sus clientes se proyecta hacia estos a través no solo de sus propios departamentos, oficinas y empleados, sino también de los colaboradores externos concertados por ellas para la prestación al cliente del servicio de que se trate, que siempre tiene su causa en una operación formalizada por la entidad con ese cliente, y más aún si el servicio se presta para el cumplimiento de un requisito exigido por el banco para acceder a una determinada operación. En consecuencia, la entidad no debe abstraerse por completo del resultado del servicio prestado y de la adecuada satisfacción del cliente, descargando toda la responsabilidad de las anomalías que puedan presentar las gestiones de los colaboradores externos en quienes las llevaron a cabo.

3 Artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

Adicionalmente, los clientes tendrán que soportar una serie de gastos para cubrir los de formalización y tramitación de los correspondientes contratos. No obstante, y dado que no hay ninguna norma que establezca taxativamente las cantidades que una entidad de crédito puede exigir a su cliente en concepto de provisión de fondos, la transparencia que debe presidir las relaciones banco-cliente exige que las entidades informen adecuadamente de esta circunstancia previamente a la contratación, desglosando los distintos conceptos de gasto y procurando, además, que las provisiones requeridas a sus clientes se ajusten al máximo a la realidad, a fin de que conozcan con razonable aproximación la totalidad de cargas que deben asumir.

No obstante, y dado que las entidades suelen estimar el importe total de estas cargas considerando que la operación se desenvolverá en el escenario más probable, puede ocurrir que finalmente este no se produzca y, consecuentemente, el importe de las cargas finales varíe. En estos casos, evaluar si las desviaciones son o no excesivas, atendiendo a las circunstancias de cada operación, determinará la calificación final de la actuación de la entidad desde la óptica de las buenas prácticas bancarias.

A la vista de lo anterior, se considerarán malas prácticas bancarias, entre otras:

- Que las entidades no acrediten haber informado a sus clientes, previamente a su adeudo en cuenta y de forma detallada:
  - De los gastos de gestión que deben correr a su costa para inscribir o cancelar una carga hipotecaria.
  - De las repercusiones fiscales que se generan por la formalización de una fianza o de un pacto de igualación de rango en una escritura de modificación del préstamo, o de cualquier otro gasto generado por la novación modificativa del préstamo, aun si el conocimiento por parte de la entidad fuera también posterior a la formalización de la operación.
- Que las entidades tampoco puedan acreditar el consentimiento de los clientes a su cargo, inicial o sobrevenido.
- Que sea elevado el porcentaje de desviación (al alza o a la baja) del importe de provisión inicialmente informado y autorizado.
- Que las entidades se despreocupen de las incidencias que puedan surgir por la actuación de las gestorías por ellas elegidas.

Resulta de interés en este orden de cosas la sentencia del Tribunal Supremo número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015. Mediante esta resolución, se declara la nulidad, por su carácter abusivo, de varias cláusulas contenidas en determinados contratos de préstamo con garantía hipotecaria de dos entidades de crédito, entre ellas las que imponen al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato como consecuencia de la intervención notarial y registral y el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es la entidad acreedora. Así, razona el Alto Tribunal que «en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el

interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (artículo 89.2 TRLGCU)».

En relación con las reclamaciones derivadas de la declaración de abusividad de la señalada cláusula de atribución de gastos, el DCMR ha venido considerando que, de conformidad con el ámbito competencial establecido en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, no procede por este DCMR: i) la determinación del carácter abusivo de una cláusula contractual, ni la nulidad de un contrato por eventuales vicios en el consentimiento prestado o de alguna de sus cláusulas, y ii) efectuar pronunciamiento alguno en relación con la devolución de las cantidades cobradas por la entidad, como consecuencia de la posible declaración de abusividad de determinadas cláusulas contractuales, correspondiendo las anteriores cuestiones a los tribunales de justicia, pudiendo hacer uso, a tal fin, las partes interesadas, de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, se recomienda a las entidades que, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias que deben presidir las relaciones entre las entidades financieras y su clientela, acrediten, si fuera menester, haber realizado un análisis razonado, a la luz de la sentencia n.º 705/2015 de la Sala Civil (Pleno) del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, en relación con la asunción de los gastos derivados de la formalización de los contratos de préstamo hipotecario que sean objeto de reclamación, justificando las medidas adoptadas, en su caso, para ajustar su comportamiento a dicha sentencia.

Huelga decir, por otra parte, que el criterio de este DCMR en cuanto al deber que tiene la entidad de crédito que encomienda a una gestoría la tramitación de la inscripción registral de la hipoteca de supervisar adecuadamente la actuación de dicha gestoría en interés de su cliente se extiende a otros trámites que pueda encargarle en el devenir del negocio jurídico de préstamo y de su garantía hipotecaria, como sucede, típicamente, en el caso de su cancelación, en el que es igualmente exigible a la entidad que ponga los medios para evitar cualesquiera perjuicios para el prestatario como consecuencia de errores o demoras en la ejecución de los trámites encomendados.

En el expediente R-201605552, el reclamante objetó que la entidad hubiera demorado seis años la cancelación registral de la ejecución hipotecaria de su vivienda. La entidad alegó que la demora se debió al colapso del juzgado. El DCMR estimó que, si bien era cierto que la expedición del mandamiento requerido correspondía únicamente al juzgado, la entidad reclamada no había justificado que empleara la diligencia debida en la gestión de su solicitud, ya que solo había acreditado haber presentado ante el juzgado el primero de los escritos solicitando el mandamiento judicial, sin que constara que hubiera realizado ninguna otra actuación o hubiese presentado ningún otro escrito ante el juzgado para rei-

terar las pretensiones de la parte reclamante, como cabría esperar a la vista del tiempo transcurrido, en aras de cumplir su compromiso de obtención del mandamiento judicial, habiéndose obtenido finalmente el documento solicitado con inmediata posterioridad a la presentación de la reclamación por la parte reclamante ante el DCMR.

En el expediente R-201604126, el reclamante exponía que había detectado mediante nota simple del Registro de la Propiedad que aun figuraba inscrita la hipoteca concedida a la promotora sobre la vivienda que adquirió de esta en su día, para cuya adquisición había solicitado financiación a otra entidad, la cual a su vez había constituido otra hipoteca sobre la finca. Al dirigirse a la entidad que concedió el préstamo hipotecario de la promotora para que cancelase registralmente su hipoteca, la reclamada le remitió a la entidad con la que actualmente mantenía el préstamo, al considerarla la encargada de realizar dichos trámites, alegando que, aunque en 2011 otorgó efectivamente escritura de cancelación de hipoteca, es del todo ajena a los acuerdos a los que hubiese llegado el reclamante respecto a la tramitación de dicha escritura, sin perjuicio de ofrecerse a efectuar dicha tramitación si el interesado lo solicitaba expresamente y corría con los gastos correspondientes.

El DCMR entendió que, ciertamente, no constaba acreditado si en algún momento en la contratación del préstamo hipotecario por el reclamante o en la compraventa con la promotora se pactó quién debía hacerse cargo de realizar la cancelación registral de la primera hipoteca. No obstante, se consideró que, como quiera que la entidad de la promotora no desmintió las manifestaciones del reclamante en cuanto a que al firmar las escrituras de compraventa con la promotora y de préstamo con la otra entidad, compareció un representante de la reclamada, quien tomó el cheque para el pago de la primera hipoteca, una buena praxis bancaria habría exigido una de estas dos actuaciones: si dicho cheque incluía también los gastos para la cancelación registral de dicha hipoteca, debería haberla llevado a cabo, mientras que si, por el contrario, solo incluía el importe del débito pendiente del préstamo garantizado por ella, debería haber informado al interesado sobre la conveniencia de hacer constar registralmente la cancelación de la garantía real. Al no constar acreditado que hubiera efectuado ninguna de dichas acciones, el DCMR apreció en su proceder la concurrencia de una mala práctica, sin perjuicio de que, asimismo, la entidad que le otorgó el préstamo al reclamante, en caso de que estuviera garantizado por primera hipoteca, debería haber velado por la cancelación de la hipoteca preexistente cuestionada.

g. Tasación de la finca objeto de la hipoteca

El informe de tasación es el instrumento utilizado por las entidades prestatarias para, mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el valor de tasación de la finca objeto de garantía, calcular el límite máximo del importe del préstamo que la entidad está dispuesta a conceder. Y ello teniendo en cuenta que la sanción —positiva o negativa— de las operaciones solicitadas debe basarse, en el marco de la política crediticia fijada por cada entidad, no solo en la valoración de las garantías aportadas, sino también, principalmente, en la capacidad de pago de los solicitantes.

De conformidad con el artículo 3 bis I de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.

Aunque la tasación se elabore en interés propio de la entidad de crédito y no en el de los futuros adquirentes de la vivienda, suele ser habitual que sean ellos los que corran con los gastos, por lo que este DCMR considera, desde la perspectiva de las buenas prácticas financieras, que las entidades han de informar a su clientela no solo de la necesidad de realizar tal operación, sino también de que los gastos que se generen van a correr a su cargo, requiriendo a tal fin su autorización para cargarlos en cuenta, debiendo indicarse igualmente que la realización de la tasación no conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, sin que su negativa conlleve la devolución de dichos gastos. En caso de resultar denegada la operación solicitada, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que aquel pueda acudir, si así lo desea, dentro del plazo de vigencia del informe (seis meses desde su fecha de emisión[4]), a otra entidad en demanda del préstamo denegado.

Teniendo en cuenta el coste que supone hacer una tasación, así como la obligación de la entidad, como profesional en la materia, de velar no solo por sus propios intereses, sino también por los de sus clientes, en la medida de lo posible, durante el análisis de la propuesta de riesgo tratará de minimizar los costes en los que deba incurrir el solicitante, posponiendo razonablemente la obtención de los informes más costosos —entre ellos, la tasación— hasta que se haya realizado un preestudio de la viabilidad de la operación, contemplando el resto de las variables intervinientes, incluido el análisis de la capacidad de pago.

En particular, en los casos en los que, a la vista de la información inicialmente recabada del solicitante de la operación, se planteen dudas acerca de la titularidad registral del bien objeto de garantía, o quepa presumir falta de idoneidad de aquella, una actuación diligente, acorde con las buenas prácticas bancarias, llevará a la entidad a solicitar una nota registral simple antes de encargar la tasación, al objeto de valorar y, en su caso, subsanar los aspectos dudosos que plantee dicha titularidad registral.

Las reclamaciones correspondientes a este apartado presentadas en el DCMR corresponden, básicamente, a la siguiente casuística:

a) Falta de información previa del coste de la tasación.

b) Falta de autorización para el cargo en cuenta.

c) Disconformidad con el cargo de aquella por denegación de la operación por falta de capacidad de pago.

d) Disconformidad con el cargo, al no haber podido formalizarse la operación por problemas con la titularidad registral de la finca.

e) Negativa de la entidad a aceptar una tasación en vigor (dentro de los seis meses de validez desde su fecha de emisión) emitida por una tasadora homologada, imponiendo al cliente el coste de una nueva tasación realizada por otra tasadora de mayor confianza para la entidad.

En los dos primeros supuestos —a) y b)—, que a veces concurren en una misma reclamación, el DCMR considera mala práctica bancaria si las entidades no acreditan haber infor-

4 Conforme a la redacción dada al artículo 8.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el Real Decreto 1817/2009, de 27 de noviembre.

mado a sus clientes, con carácter previo, de la necesidad de llevar a cabo la tasación y de su coste. Además, en los casos en los que tal aspecto se cuestiona, deben acreditar haber obtenido autorización para el cargo en cuenta del coste de dicho informe.

En el supuesto c), las entidades deben acreditar haber realizado un primer análisis de la capacidad de pago del solicitante antes de hacerle incurrir en gastos de tasación, considerándose mala práctica no haber actuado de ese modo.

Respecto al caso d), se considera actuación no diligente y, por tanto, contraria a las buenas prácticas bancarias cuando, existiendo indicios de que podría haber falta de idoneidad en la titularidad registral de la finca objeto de garantía, no se realizaron las verificaciones registrales correspondientes de bajo coste antes de hacer incurrir a la parte solicitante en gastos de tasación.

No obstante, respecto a los últimos casos planteados con las letras c) y d), el DCMR considera que las entidades no habrían incurrido en mala práctica si la tasación se llevó a cabo sin realizar el correspondiente preanálisis de la operación (bien de la capacidad de pago, bien sobre la titularidad registral, o bien respecto a ambos aspectos), por urgencia manifiesta y petición expresa de los clientes, tras haber sido advertidos tanto del coste del informe como de la posibilidad de que la operación fuera denegada.

Finalmente, en relación con el supuesto contemplado en la letra e), si las entidades consideran oportuno realizar una nueva tasación, vigente la validez de otra aportada por el cliente que hubiera sido realizada por tasadora homologada, el coste del nuevo informe deberá ser asumido por la entidad, sin que, por tanto, pueda repercutirse al cliente.

Para finalizar este apartado, se ha de indicar que no compete al DCMR analizar la bondad del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

Respecto a los referidos gastos de tasación, en el expediente R-201606097 el reclamante cuestionaba el cargo en cuenta de dichos gastos sin autorización previa para su repercusión, ni concesión de la operación a pesar de haber sido aprobada, así como que la entidad había tratado de impedir la libre contratación de la notaría que iba a formalizar el contrato, la gestoría encargada de su tramitación y que la propia parte reclamante pudiese inscribir el inmueble en el registro de la propiedad o liquidar el impuesto, negándose también a posicionar a otra persona como primera titular de la cuenta corriente.

EL DCMR estimó que la entidad faltó a la transparencia informativa y a la colaboración, y por ello se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, al no alegar sobre el cambio de condiciones de la operación tras haber sido aprobada. Asimismo, entendió que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y las buenas prácticas y usos bancarios al no constar que hubiera proporcionado a su cliente la correspondiente FIPRE en la cual se informase sobre todos los gastos de preparación de la operación, y entre ellos la tasación realizada, ni documento alguno por medio del cual la parte reclamante autorizase el cargo de sus gastos en su cuenta, así como que informase de que la realización de la tasación no conllevaba automáticamente la aprobación de la operación solicitada, sin que su negativa supusiera la devolución de dicho gasto, así como por incumplir injustificadamente la orden de devolución a su cliente del recibo de tasación y al no constar tampoco que le hubiera entregado FIPRE por medio de la cual se le informase de su derecho a designar la gestoría, de mutuo acuerdo con la entidad. No obstante, no

se apreció mala práctica bancaria respecto a la libre elección del notario, al no haberse llegado a formalizar la operación.

h. Tipología de operaciones hipotecarias

Junto con los préstamos en sentido estricto, contratos por los que la entidad de crédito entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien lo recibe (prestatario) a restituir otro tanto en la forma y plazo convenidos, incluidos los intereses y comisiones correspondientes, existen operaciones de financiación hipotecaria que adoptan la forma de créditos.

Préstamos y créditos hipotecarios

La apertura de crédito en cuenta corriente es un contrato a través del cual la entidad pone a disposición del cliente (acreditado) una cantidad cierta de dinero de la que este puede disponer, en todo o en parte, con arreglo a las condiciones pactadas, durante un período de tiempo determinado o indeterminado, con la obligación de restituir el capital y de pagar intereses por la suma efectivamente utilizada. Si la cuenta de crédito lleva aneja una garantía hipotecaria, estamos en presencia de un crédito hipotecario.

Se incluyen en la denominada generalmente «modalidad *revolving»,* o «revolvente», aquellos créditos hipotecarios que permiten sucesivas disposiciones de la parte de capital que se va amortizando, dentro del límite concedido. Es frecuente en relación con estos últimos que las entidades se reserven la facultad de autorizar, o no, las disposiciones a partir de una determinada fecha y/o cumplimiento de condiciones, particularmente una vez realizados los desembolsos pactados para la adquisición y/o promoción de la vivienda, denegando ulteriores disposiciones si concurren determinadas circunstancias, como deterioro de la solvencia y/o de la capacidad de pago de la parte prestataria, así como por la disminución de valor del bien objeto de garantía, situación ante la cual lo que este DCMR viene exigiendo es claridad en la expresión de cuáles serían los presupuestos de la denegación, de manera que esta no sea producto de la pura arbitrariedad de la prestamista. Adicionalmente, la posibilidad de efectuar disposiciones sucesivas del capital puesto a disposición por parte de la entidad acreedora puede dar lugar a situaciones de cierta complejidad cuando la titularidad del préstamo es plural.

Disposiciones de créditos hipotecarios y de préstamos hipotecarios de disposición sucesiva

En las reclamaciones presentadas se cuestionaban los requisitos exigibles para las disposiciones en créditos hipotecarios y, en concreto, la posibilidad de que, en el caso de una pluralidad de acreditados, pueda cualquiera de ellos efectuar válidamente disposiciones sin contar con el consentimiento de los demás. El DCMR exige que en estos casos las cláusulas sean suficientemente claras de cara a determinar si el régimen de disposición es solidario o mancomunado, constituyendo mala práctica bancaria las cláusulas confusas u oscuras que no permitan colegir, de su mera lectura, las condiciones de disposición pactadas.

También se cuestionaban, en operaciones de préstamo para autopromoción de disposición sucesiva, las condiciones requeridas para las entregas de capital, supuestos en los que el DCMR no solo exige a las entidades claridad en la redacción de las correspondientes cláusulas reguladoras de tales entregas, sino una actuación diligente encaminada a facilitar oportunamente a su cliente todas las explicaciones y justificaciones precisas ante las discrepancias que albergue sobre las cuantías de dichas entregas de capital, incurriendo la prestamista en mala práctica bancaria en caso de que no ajuste su actuación a dichas premisas.

En el expediente de reclamación R-201606163, el reclamante discrepó de que se le hiciera deudor solidario de una disposición unilateral en su crédito hipotecario por parte de su

excónyuge. La entidad alegó que la posición de su cliente en el crédito hipotecario era la de prestatario solidario, responsable de cualquier disposición realizada conforme a las previsiones del contrato. El DCMR consideró que en la escritura de crédito con garantía hipotecaria se pactó el carácter de deudores solidarios de la reclamante junto con su exmarido para hacer frente a la primera disposición. No obstante, respecto a las ulteriores disposiciones no se estipuló expresamente en la escritura el carácter mancomunado o solidario, careciendo de transparencia la escritura de crédito con garantía hipotecaria acerca de tales disposiciones sucesivas.

En el R-201607494, el reclamante alegó que la entidad aplicó indebidamente las cuantías de las entregas de capital de su préstamo autopromotor. La entidad alegó que aplicó el contrato de préstamo, donde se recogía que las disposiciones se calculaban sobre el capital total concedido y no sobre el valor de tasación. El DCMR apreció que no fue hasta que la parte reclamante presentó su reclamación ante este Departamento cuando la entidad prestó las debidas aclaraciones a la parte reclamante, dado su desacuerdo con el importe concedido, considerando innecesario que se deba llegar hasta esta instancia para que la entidad preste la debida información respecto a la operación de préstamo hipotecario objeto de reclamación, conforme a la transparencia informativa que le es exigible. En consecuencia, si bien este Departamento ha podido comprobar cómo la entidad ha actuado conforme a lo estipulado por las partes en el contrato de préstamo hipotecario, de la documentación aportada no se desprende que haya facilitado las oportunas aclaraciones hasta su escrito de alegaciones a la parte reclamante, a fin de detallar los criterios estipulados y aplicados, con respecto al cálculo del importe de la segunda disposición de capital realizada, faltando así a la transparencia informativa que le era exigible.

Préstamos multidivisa

Las reclamaciones que han tratado sobre este tipo de financiación hipotecaria se centran habitualmente en la falta de información precontractual sobre el producto contratado y sus características, y en especial sobre el riesgo de tipo de cambio que asume el prestatario al tomar el préstamo en otra divisa distinta al euro, materializado en la posibilidad de que por mor de la evolución de la cotización de esa divisa, el contravalor en euros del débito pendiente del préstamo, aun después de años de amortización, sea superior al contravalor en euros en el momento de su formalización.

También se han recibido reclamaciones cuestionando el tipo de cambio aplicado al cliente con motivo de la entrega de la divisa en el momento de la formalización del préstamo, así como con motivo del pago de los vencimientos en la moneda elegida y con motivo de la amortización anticipada del préstamo. En estos casos, la entidad deberá pactar expresamente con su cliente el tipo de cambio que se aplicará a la operación, salvo para pagos de cuantías no superiores al contravalor de 3.000 euros, en los que, según la normativa de transparencia en vigor[5], la entidad deberá publicar los tipos únicos o los tipos mínimos de compra y máximos de venta que aplique para la compraventa de divisas o billetes contra euros en operaciones de contado.

En el expediente R-201610668, el reclamante cuestionaba que la entidad reclamada, financiadora del comprador de su vivienda hipotecada, no le informase previamente del tipo de cambio que aplicaría a la cancelación de su préstamo multidivisa que mantenía con otra entidad. La entidad reclamada alegó que aplicó el tipo de cambio de su mesa de tesorería. El DCMR estimó que la entidad no había aportado documento alguno que acreditase haber informado a la parte reclamante, con carácter previo a la formalización de la escritura de

5 Norma cuarta de la CBE 5/2012.

compraventa, sobre el tipo de cambio aplicado al importe destinado a la cancelación de su préstamo hipotecario contratado con la otra entidad, esto es, que el tipo de cambio a aplicar era el facilitado por su mesa de tesorería para la compra de la divisa, como informaba en su escrito de alegaciones. La parte reclamante, una vez formalizada la escritura de compraventa y amortizado su préstamo hipotecario, solicitó a la entidad reclamada dicha información mediante sendos correos electrónicos, sin que conste que la entidad prestase las explicaciones oportunas para atender sus pretensiones. Si bien la entidad, ya en fase de alegaciones en el expediente, informó de que aplicó un tipo de cambio del 1,0185, aportando detalle de tipo de cambio aplicado, la propia parte reclamante mediante escrito de contraalegaciones manifestó no haber recibido dicho documento junto con las alegaciones de la entidad. Este Departamento no consideró oportuno que la parte reclamante tuviera que llegar hasta esta instancia para que la entidad le facilitase la información solicitada, sin que aun así se hubieran atendido sus pretensiones.

Préstamos subvencionados o subsidiados

Respecto a los prestamos subvencionados o subsidiados, este DCMR viene manteniendo que las entidades, en cumplimiento de sus obligaciones de transparencia frente a los prestatarios beneficiarios de tales subvenciones, deben facilitarles cuanta información y explicaciones sean precisas respecto a cualquier duda que les surja con ocasión de la formalización y el devenir de tales operaciones.

Habitualmente, las discrepancias versan sobre la falta de aviso por parte de la entidad respecto al cese de las subvenciones o a la necesidad de solicitar en plazo la prórroga de estas para seguir disfrutándolas, así como sobre la alteración de la cuantía de la cuota periódica que debe satisfacer el cliente, que puede deberse a la modificación del tipo de interés aplicado, normalmente por acuerdo del Consejo de Ministros en el marco del Plan de Vivienda al que esté acogido el préstamo en cuestión, o a los diferentes sistemas de amortización pactados, pero que, en todo caso, debe ser convenientemente explicada y justificada por la entidad a su cliente.

En el expediente R-201608223, el reclamante se mostró contrario a que se le hubiese incrementado en 40,00 euros la cuota mensual de su hipoteca sin permitirlo el contrato de préstamo y sin ser justificado o notificado por la entidad. La entidad alegó que el contrato de hipoteca de vivienda de protección oficial preveía la terminación de la subvención de la cuota, y que en la oficina adscrita al reclamante le informaron verbalmente de la modificación. El DCMR consideró que, si bien el incremento de la cuota que se había de pagar por la parte reclamante en sus recibos de préstamo hipotecario encuentra su justificación en el cese de la subsidiación que se le venía aplicando, lo cierto es que la parte reclamante, al verse afectada por una variación de condiciones financieras aplicables a su préstamo hipotecario —como consecuencia del fin de la subsidiación, y provocando por ello un incremento de la cuota que había de pagar—, debería haber sido informado detalladamente de este hecho, lo que demuestra una falta de diligencia de la entidad para con su cliente. Además de que en ninguno de los recibos del préstamo hipotecario aportados por el reclamante, en los que se aplicó la subsidiación, se recoge su importe, por lo que no se informaba al cliente convenientemente de la subvención aplicada cada mes.

i. Intereses

La normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito, salvo lo que más adelante se indicará respecto al límite de los intereses de demora[6].

6 En el ámbito de préstamos personales de la modalidad *revolving,* también existe una doctrina jurisprudencial sobre el carácter usurario de los intereses remuneratorios, que referiremos al hablar de esta tipología de présta-

Intereses ordinarios o remuneratorios

En el caso de los préstamos concedidos a tipo de interés variable, a efectos de conocer cuál debe ser el índice de referencia que se debe aplicar en cada variación del tipo pactado, habrá que estar a lo contractualmente acordado por las partes, sin que las dudas interpretativas de fondo que pudieran surgir al respecto puedan ser resueltas por el DCMR, sino, en última instancia, por los tribunales de justicia.

Para estos préstamos, se adjuntará a la FIPER a la que se refiere el artículo 22 de la Orden EHA/2899/2011, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas que han de ser satisfechas por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor.

Los tipos de interés oficiales de referencia se publican mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y también están disponibles en el sitio web del Banco de España.

Las reclamaciones relativas a este capítulo hacen referencia a todo tipo de casuística, si bien las más numerosas se engloban, fundamentalmente, en los siguientes temas:

– En cuanto a los tipos o índices de interés oficiales de referencia, se cuestionan con frecuencia las expresiones genéricas sobre meses de publicación de aquellos (por ejemplo, «publicado el mes anterior a la fecha de revisión», a los que se hace mención en las cláusulas de revisión del tipo de interés), y respecto a los que algunos clientes entienden que deben referirse al tipo publicado el mes anterior «de fecha a fecha» y no al mes natural anterior. El DCMR, a salvo de lo que al respecto pudieran establecer otras instancias, admite como práctica consolidada que, a falta de precisión contractual, la consideración de los meses se refiera a meses naturales, según el calendario, y no a períodos mensuales contados de fecha a fecha, por lo que los informes se emiten en tal sentido.

  Una problemática análoga a la anterior es la que se produce en caso de discrepancia entre las partes en la interpretación de la cláusula contractual que regula cuál habrá de ser el momento de toma de valor del tipo de referencia en alusión a un número determinado de mensualidades anteriores a la fecha de revisión. Así, hay ocasiones en las que el prestatario o el prestamista entienden que debe estarse al valor del índice correspondiente a un cierto mes, mientras que la otra parte contractual considera que será aplicable el valor que ha sido publicado en ese mismo mes, el cual corresponderá al valor arrojado por dicho índice en el mes anterior. En estos casos, aunque mediante informe se pone de relieve que este DCMR carece de atribuciones para dirimir entre partes privadas acerca de cuál ha de ser la interpretación del contrato, podría llegar a emitirse un pronunciamiento de censura a la entidad de crédito si no demostrara que ha operado de forma consistente a lo largo del tiempo en la selección del mes al que se refiera el valor del índice con ocasión de cada una de las revisiones, que habrá de ser, en principio, el mismo en cada anualidad (o período de revisión, si fuera de duración distinta a la anual), de manera que sus fluctuaciones sean susceptibles

mos y créditos, derivada de la sentencia del Tribunal Supremo n.º 628/2015, de 25 de noviembre, acerca de intereses remuneratorios usurarios en créditos personales de la modalidad *revolving* (véase sobre este último punto el epígrafe 3.3.3.c de la presente Memoria).

de aprovechar en cada revisión a cualquiera de las partes, en lugar de optar por una interpretación distinta —la que le sea más favorable al prestamista— en cada caso.

El DCMR entiende, por otra parte, que la fecha de revisión pactada, es decir, aquella hasta la cual se liquidan intereses al tipo de interés anterior, es también la fecha en la que comienza a aplicarse el nuevo tipo de interés resultante de la revisión, circunstancia de gran relevancia práctica cuando la fecha de revisión coincide con el último día del mes.

A título de ejemplo, cabe citar el expediente R-201609921, en el que constaba un pacto de que las revisiones se llevaran a cabo el día 30 de septiembre de cada año, así como que «El índice de referencia que se tendrá en cuenta será el último publicado en el *Boletín Oficial del Estado,* al último día del tercer mes natural anterior al del inicio de cada período de revisión de la segunda fase, aunque en su publicación no se haya respetado la periodicidad prevista en la resolución que lo define». Por ello, habida cuenta de que la revisión del tipo de interés se llevaba a cabo en el mes de septiembre, la entidad debería haber tomado como referencia para las revisiones anteriores a la fecha de eliminación del IRPH de Cajas pactado, el «IRPH-Cajas» del mes de mayo, publicado en el *BOE* del mes de junio, y sin embargo tomó el IRPH de cajas de junio, publicado en el *BOE* de julio, al entender erróneamente que la fecha de inicio para la aplicación del nuevo tipo de interés era el primer día del mes siguiente al de revisión, al ser la fecha de revisión el último día del mes, cuando realmente el inicio de cada período de tipo de interés es el último día en el que se aplicó el anterior tipo liquidado (en este caso, el 30 de septiembre de cada año, que es la fecha de revisión pactada). Dada tal incorrección en la determinación del tipo de referencia aplicable y que además el valor del índice aplicado era más perjudicial para el cliente que el pactado, el DCMR aprecio la concurrencia de una mala práctica bancaria por parte de la entidad, al igual que en otros casos muy similares, como los analizados en los expedientes R-201611312 y R-201611425.

– Cuando se trata de tipos de referencia distintos de los oficiales previstos en la normativa en vigor, son frecuentes las reclamaciones por falta de comunicación con carácter previo de su aplicación y, fundamentalmente, por las dificultades y, en su caso, imposibilidad por parte de los clientes para verificar que el tipo aplicado es el realmente pactado.

  En este punto, y sobre la base del principio de claridad y transparencia, el DCMR considera contrario a las buenas prácticas bancarias que las entidades no puedan acreditar haber comunicado a sus clientes con carácter previo el tipo de interés que iba a estar vigente en el correspondiente período objeto de revisión. De igual signo es el pronunciamiento cuando se trata de tipos de interés de difícil verificación por parte de los clientes, salvo que, de manera clara y accesible para ellos, se les facilite la vía que deben seguir para verificar que el tipo aplicado es el pactado, incluida, en su caso, la dirección o el enlace de acceso para aquellos tipos que pueden obtenerse gratuitamente a través de Internet.

– Aplicación de un tipo de interés o del diferencial distinto del prometido o acordado verbalmente con el director u otros empleados de la oficina de la

que son clientes. En unos casos, los clientes señalan que se dieron cuenta en el momento de la firma y que no tuvieron más remedio que firmar, mientras que, en otros, indican que se enteraron al verlo en las liquidaciones de los recibos.

En estos supuestos, las entidades deben acreditar haber informado con anterioridad a la fecha de formalización del préstamo de todas las condiciones financieras a él aplicables. Si tal circunstancia no se acredita —mediante oferta vinculante y/o FIPER—, el DCMR considera la actuación de la entidad reclamada contraria a las buenas prácticas bancarias (o, en su caso, a la normativa de transparencia), y de manera aún más contundente cuando el cliente aporta indicios —notas manuscritas, correos electrónicos o cualesquiera otros— de la posible existencia de la promesa invocada.

Igualmente, tanto cuando los reclamantes invocan que conocieron las condiciones en la propia notaría, pero que se vieron en la necesidad de firmar ante el coste que para ellos podría representar, en su caso, la pérdida de arras o, incluso, de la oportunidad de adquirir la vivienda que se había de financiar, como cuando manifiestan que no eran conscientes de las condiciones que firmaban y que, de haberlo sabido, no lo hubieran hecho, el DCMR les informa de la posibilidad de que pudiera existir vicio de consentimiento en la documentación firmada, si bien la declaración de su existencia, así como las consecuencias que de ello pudieran derivarse, compete a los tribunales de justicia, a los que, de considerarlo oportuno, pueden dirigirse los afectados.

– Demoras en la aplicación del nuevo tipo tras la fecha de revisión pactada, o errores en perjuicio del cliente de los tipos de interés aplicados. Una regularización diligente de las demoras o errores en perjuicio del cliente en los que se incurrió durante la vida de la operación pasaría, bien por recalcular el préstamo considerando las cuotas realmente pagadas por la parte prestataria e imputando a amortización parcial anticipada cada uno de los importes pagados de más en cada vencimiento, o bien por abonar al cliente los pagados en exceso en los respectivos vencimientos, actualizados a la fecha de abono, con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, según el vencimiento. La falta de diligencia por parte de las entidades en la regularización de los recibos mal liquidados constituye una mala práctica bancaria.

Por todo lo anterior, es exigible a las entidades que redacten con claridad las cláusulas donde se establecen los tipos de referencia que se han de aplicar, fijando de forma precisa las fechas que han de tenerse en cuenta y el método de revisión, de modo que no den lugar a distintas interpretaciones por las partes contratantes.

Desaparición *ex lege* de determinados índices de referencia

Durante este ejercicio, se han continuado recibiendo reclamaciones en relación con el tipo de interés aplicable a préstamos y créditos hipotecarios tras la desaparición *ex lege* de determinados índices de referencia.

Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, el Banco de España dejó de publicar los siguientes índices o tipos de referencia: i) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; ii) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, y iii) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

El régimen de transición para la desaparición de estos tipos se recoge en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que establece, en primer lugar, que las referencias a dichos tipos en los contratos de préstamo o crédito hipotecario sean sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo acordado en el propio contrato y, en caso de que no exista un tipo sustitutivo en el contrato, o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

Siendo esto así, se han recibido durante el año 2016 reclamaciones de clientes por diferentes motivos, relacionados todos ellos con la desaparición de determinados índices de referencia por Ley, tanto por la fecha de la efectiva aplicación de la sustitución, por no haber atendido la entidad su solicitud de aplicar un índice diferente al que, por contrato o de conformidad con lo establecido en la Ley, correspondería (cuestión que se enmarcaría dentro de la libre política comercial y de riesgos de la entidad), como por la diferente valoración sobre el índice que sería de aplicación a partir del momento establecido en la Ley. Dichas reclamaciones fueron resueltas teniendo en cuenta tanto lo pactado en cada contrato como lo establecido en la Ley, sin entrar en las consideraciones de política comercial y de riesgos de la entidad.

Así, entre las reclamaciones presentadas en el ejercicio al que hace referencia la presente Memoria, han sido numerosas aquellas en las que el cliente, titular de un préstamo hipotecario referenciado a alguno de los indicadores extintos, o incluso al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (también conocido como «IRPH-Entidades»), que a la fecha continúa teniendo la consideración de índice oficial, ha instado a este DCMR a la declaración de nulidad del tipo de referencia aplicado, por considerarlo abusivo, y su sustitución por el euríbor. Las reclamaciones de esta tipología han sido resueltas con informes favorables a las entidades, poniéndose de relieve que estas gozan de libertad para negociar y pactar con sus clientes la aplicación de un concreto índice de referencia, al tratarse de una materia perteneciente al ámbito de su política comercial, remitiendo a los reclamantes a los órganos judiciales para hacer valer su pretensión ante estos, de considerar oportuno pedir la declaración de nulidad de cualesquiera cláusulas contractuales, al trascender dicha función el alcance de las competencias del DCMR.

Por otro lado, y en relación con esta misma cuestión, también se han recibido en 2016 reclamaciones de clientes en cuyas escrituras de financiación hipotecaria a interés variable, además de regularse el índice de referencia principal y el sustitutivo (y siendo estos alguno de los que han dejado de publicarse), se contenía una previsión adicional que venía a regular el tipo de interés que se aplicaría al préstamo o crédito en el supuesto de que el índice de referencia sustitutivo también dejara de publicarse o desapareciera. La casuística es variada —dependiendo de la entidad—, pero, en términos generales, se trataba de cláusulas que, de una manera u otra, establecían la aplicación para el resto de la vida del préstamo de un tipo de interés fijo, siendo la aplicación de estas cláusulas por parte de las entidades, tras la desaparición de los citados índices, lo que motivaba la disconformidad por parte de los clientes.

En estos casos, el DCMR entiende que la dificultad interpretativa de estas cláusulas no puede ser atribuida al deudor y, por tanto, no debería ser aplicada en su perjuicio por parte de la entidad —salvo lo que al respecto pudieran establecer los órganos judiciales competentes—, y considera acorde con criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente, dada la trascendencia del cambio que supone convertir una operación a tipo variable en una financiación a tipo fijo, y las eventuales consecuencias que ello podría tener, por ejemplo, ante una potencial cancelación anticipada.

Por ello, el DCMR estima conforme a criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente antes de proceder a la aplicación de la previsión contractual controvertida para el caso de interrupción en la publicación del índice de referencia principal y del sustitutivo, informando debidamente a su cliente de las diferentes opciones posibles, así como de la posibilidad de subrogación de entidad acreedora, con explícita mención a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ofreciendo al cliente la posibilidad de pactar para el resto de la vida del préstamo las condiciones que a ambos convengan, entre las que se podría encontrar alguna de las siguientes opciones:

a) adoptar como tipo fijo el resultante de la previsión contractual (en cuyo caso deberá explicar con todo detalle las consecuencias del cambio de una financiación a tipo variable a otra a tipo fijo);

b) sustituir el tipo de interés por la aplicación del índice establecido al efecto en el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 («tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo), adicionándole, en su caso, el diferencial original pactado en el contrato[7], o

c) establecer un nuevo tipo variable, propuesto por la entidad, según las condiciones de mercado.

En todos los casos, deberá informarse al cliente por parte de la entidad acerca de todos los gastos por cualquier concepto (notaría, registro, gestoría, comisiones, impuestos, etc.) que, en su caso, dicha modificación pudiera conllevar.

Cabe señalar que, a resultas de la difusión de este criterio por el DCMR, una gran parte de las entidades de crédito contra las que se han dirigido reclamaciones con este objeto en el año 2016 han procedido en su actuación de conformidad con él, dirigiéndose a los clientes reclamantes para ofrecerles una novación contractual en términos semejantes a los recomendados de acuerdo con el criterio expuesto.

Respecto a la repercusión de gastos derivados de aquellas novaciones contractuales que consistan en la aplicación del índice IRPH del conjunto de entidades (opción b), este

7 A este respecto, se dispone en la referida disposición adicional que «[l]a sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita».

DCMR entiende que la entidad deberá asumir todos los derivados de dicha novación (notariales, fiscales, gestoría, Registro de la Propiedad, etc.), habida cuenta de que la Ley 14/2013 contempla la novación *ope legis* de los contratos cuando los índices pactados sean de los desaparecidos y no haya índice sustitutivo válido.

En el expediente R-201604990, el reclamante se mostró disconforme con la negativa a aplicarle el IRPH-Entidades y sin gastos de nueva escrituración. La entidad alegó que, en función de la letra del contrato y la previsión normativa sobre sustitución de índices de referencia, correspondía aplicar el último tipo aplicado como tipo fijo. La entidad había ofrecido a su cliente una única alternativa, consistente precisamente en la aplicación del IRPH-Entidades más los ajustes de la disposición adicional decimoquinta: sustituir el tipo de interés por la aplicación del índice establecido al efecto en el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 [«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España» (IRPH-Entidades), aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo], adicionando a aquel, en su caso, el diferencial original pactado en el contrato. El DCMR estimó que la entidad reclamada, no obstante, se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios por cuanto, aun cuando había ofrecido a la parte reclamante una alternativa a la aplicación de un tipo de interés fijo a su crédito hipotecario, estaba exigiendo a su cliente que asumiera, para hacer efectivo dicho cambio, los gastos de formalización en documento público propios de una novación contractual, siendo así que era la propia reclamada la que instaba y a quien interesaba su acceso al Registro de la Propiedad.

Primera liquidación de intereses

Es práctica habitual que, cuando el préstamo se firma y se desembolsa en fecha que no coincide con la del vencimiento de las cuotas periódicas, por los días que median desde la fecha de desembolso hasta la del primer vencimiento, se cobren solo, a efectos de simplificación de cálculo, los intereses, sin amortización de capital. Dicha liquidación se considera correcta, ya que el capital prestado comienza su devengo de intereses desde el mismo día de su abono al cliente por parte de la entidad.

Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés

Existiendo varias opciones para ello, suponiendo todas financieramente válidas, lo que es exigible desde la transparencia que debe presidir la relación de la entidad con su cliente es que este conozca y acepte el criterio que se va a aplicar, bien por estar recogido en la escritura, bien, en caso contrario, por haberse informado previamente a su aplicación. Lo que no se considera buena práctica bancaria es que la entidad, sin existencia de pacto contractual al respecto, decida unilateralmente el criterio aplicable, que puede ir en contra de lo deseado por su cliente, o que lo modifique en cada revisión del tipo de interés.

Sistema francés de amortización

La casuística presentada es, básicamente, la siguiente:

- Elaborar a la fecha de revisión un nuevo cuadro de amortización por el método francés, obteniendo nuevas cuotas constantes, según el capital pendiente de amortizar en ese momento y el plazo residual del préstamo, siendo este el caso más habitual, el normalmente utilizado por las entidades, salvo que expresamente se haya pactado otra cosa.

- Mantener fijas las cuotas de amortización de capital calculadas por el método francés en el primer momento, y únicamente calcular los intereses sobre el

capital vivo al comienzo del período de intereses de cada cuota, según la frecuencia pactada (mensual, trimestral, etc.). Mediante la suma de ambos importes, se determinará la cuota periódica que se debe pagar en cada vencimiento, cuota que resultará variable para cada pago, dada la forma de cálculo.

Intereses tras una amortización parcial anticipada

Generalmente, en el cálculo de intereses tras una amortización parcial anticipada, y salvo otro tipo de pacto, suelen darse dos supuestos:

- Que se realice una liquidación de intereses *ad hoc* de los devengados por la parte amortizada desde el vencimiento de la cuota periódica anterior hasta la fecha de la amortización parcial anticipada, cargándose aquellos, bien por separado en la cuenta asociada, o bien en el mismo documento de cargo de la amortización parcial, liquidando la siguiente cuota periódica con los intereses devengados desde el anterior vencimiento y por el importe del principal resultante tras la amortización anticipada.

- Que los intereses de la cuota que vence inmediatamente después de la amortización parcial anticipada se calculen sumando los intereses correspondientes al principal pendiente al inicio del período en el que se realiza la amortización parcial anticipada, por los días que median entre dicho momento y la fecha de la amortización anticipada, más los intereses correspondientes al principal pendiente una vez realizada la amortización anticipada, por los días que median entre dicha fecha y el final del período (vencimiento de la cuota inmediatamente posterior).

Con carácter general, en los préstamos más comunes —los amortizables por el método francés de cuotas constantes (para cada período de interés, en caso de ser variable)—, los intereses que incorpora cada pago periódico (mensual, trimestral, semestral, etc.) se calculan aplicando el tipo de interés correspondiente sobre el capital vivo al inicio[8] del período de cómputo y dividiendo el importe total anual así resultante por el número de períodos que hay en el año (doce para mensuales, cuatro para trimestrales, dos para semestrales, etc.), homogeneizando así el cálculo mensual de intereses, haciendo abstracción del número de días del mes. Ello hace que no resulte indiferente la forma de cálculo de los intereses «pico» (entendiendo por tales los devengados por la cuantía objeto de amortización en el período comprendido entre el vencimiento de la última cuota y la fecha de dicha amortización anticipada), con independencia del supuesto al que la entidad se haya acogido de entre los más arriba indicados.

Así, para el cálculo de los referidos intereses «pico» en las cancelaciones parciales anticipadas en fechas no coincidentes con las de vencimiento de las cuotas periódicas, en principio, habrá de estarse a lo pactado y, en su defecto, al cálculo de los intereses devengados por la cantidad amortizada durante los días transcurridos desde el vencimiento de la cuota anterior hasta la fecha de amortización, con base 365 días (366 los años bisiestos, si en el cálculo se incluyen los 29 días de febrero); en ambos casos, y acorde con criterios de buena praxis bancaria, con la limitación de que los intereses así calculados no sean más gravosos para la parte prestataria que los que resultarían de aplicar la parte proporcional de intereses de todo el período a la cuantía amortizada por los días de devengo de aquella.

8 Salvo que en dicho período haya amortización parcial anticipada, en cuyo caso podrá tomarse el principal antes, o después, de la amortización anticipada y realizar el correspondiente ajuste por los intereses «pico» a los que venimos haciendo referencia.

Dicho de otro modo, en un préstamo amortizable por el sistema francés ordinario, los intereses «pico» no podrán ser superiores a los que resultarían de calcular los intereses que devengaría la parte amortizada durante todo el período si esta no tuviera lugar, con arreglo al criterio de cálculo utilizado por la entidad para los recibos periódicos (en su caso: capital o tipo interés / número de períodos en el año —doce si es mensual, etc.—), dividido por el número de días del período (si las cuotas son mensuales, el período será de 28, 29, 30 o 31 días, según los que medien entre el vencimiento de la última cuota pagada y la siguiente a la fecha de amortización) y multiplicado por los días de devengo de la parte amortizada anticipadamente.

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR en relación con este apartado fueron, fundamentalmente, por discrepancias con los intereses resultantes calculados y por la operativa derivada de la actuación anteriormente referida. En el análisis y resolución de tales reclamaciones se procedió a la revisión de los cálculos realizados, emitiéndose informes contrarios en los casos en los que no se habían realizado los cálculos de acuerdo con las condiciones pactadas o en los que, habiéndose detectado errores en los cálculos, no habían sido debidamente informados y regularizados, dando lugar a que los clientes tuvieran que recurrir al Banco de España. En los supuestos contemplados en el párrafo anterior no se consideró mala práctica siempre que entre las condiciones pactadas se contemplara expresa y claramente el cálculo de intereses sobre la base de los días naturales transcurridos, entendiendo, por el contrario, que, cuando nada se dijera al respecto, el método de cálculo debía ser mediante reparto proporcional de los intereses devengados en un mes entre los días transcurridos entre la fecha de amortización anticipada y los de referencia al efecto (anterior y posterior). Siempre, salvo que expresamente se diga otra cosa, en referencia a préstamos amortizables por el sistema francés de cuotas constantes (en caso de interés variable, para cada período de intereses).

El DCMR, haciéndose eco de las numerosas reclamaciones planteadas en las que los clientes no entendían cómo podían llegar, en determinados supuestos, a pagar en términos relativos —y, en ocasiones, también absolutos— más intereses por un determinado período cuando había una amortización parcial anticipada que cuando no la había, ha considerado oportuno, de acuerdo con criterios de buenas prácticas bancarias, contemplar el límite anteriormente señalado a los intereses «pico» en los casos de amortizaciones parciales anticipadas, considerando mala praxis cuando este no se tenga en cuenta.

Intereses bonificados

Cuando las partes pactan una reducción adicional del diferencial aplicable para el cálculo del tipo de interés variable estipulado en la escritura, en función del cumplimiento de ciertas condiciones de vinculación, el DCMR considera mala práctica bancaria que las entidades no actúen con la diligencia que les es exigible a la hora de tramitar las solicitudes de tales productos o de informar de los requisitos que cada una de ellas conlleva.

En cualquier caso, no solo la entidad de crédito ha de actuar diligentemente a la hora de poner los medios para que sus clientes conozcan los pormenores de la contratación y/o mantenimiento de los productos o servicios que generen el derecho a beneficiarse de tales bonificaciones, sino que, una vez conocidos estos, los propios clientes deberán prestar la atención que resulte precisa para cumplir en sus propios términos con las condiciones de vinculación que ellos mismos han aceptado al suscribir el documento contractual.

En el expediente R-201607145, el reclamante se mostraba contrario a la obligación de contratación de un seguro que no cubría que la vivienda hipotecada fuera de madera. La

entidad alegó que el primer año se hizo cargo de la prima cuestionada y a su finalización ofreció al reclamante contratar un nuevo seguro para poder bonificar su tipo de interés, que rechazó. El DCMR consideró que, en relación con la afirmación de la parte reclamante en la que manifestaba que la entidad conocía las condiciones de su vivienda ya que se encargó de su tasación, dado que resultaba incontrovertido que la citada entidad encargó a una tasadora de su confianza la tasación de la casa de madera de la parte reclamante, pudo y debió percatarse de dicha cualidad del bien hipotecado. Lo anterior, unido a su condición de mediadora del seguro de daños controvertido, llevó al Departamento a considerar que la entidad no debió exigir al cliente la contratación de un seguro para la bonificación del tipo de interés del préstamo que no cubría los eventuales daños del inmueble asegurado, siendo por ello ineficaz tanto para el cliente como para la propia prestamista, al no asegurar el mantenimiento del valor de la garantía real constituida, lo que obviamente resultaba contrario a los intereses del cliente y de la propia entidad prestamista.

Año comercial-año civil

La práctica a que nos referimos en este epígrafe tiene incidencia tanto en productos de activo como en los de pasivo, por cuanto se refiere a una metodología para el cálculo de los intereses. No obstante, consideramos oportuno efectuar su análisis en esta sección, por las implicaciones que aquella tiene en la clientela de préstamos hipotecarios.

Esta metodología consiste, en lo relativo a préstamos, en la referencia a una base de cálculo distinta en el numerador y el denominador de la fórmula de cálculo de los intereses, esto es, considerando en el numerador, como días en los que se habría producido el devengo de dichos intereses, el número de días realmente transcurridos con arreglo al año civil o natural (365 días, 366 si es bisiesto), y, por su parte, incluyendo en el denominador, como cifra entre la que se divide la anterior, los 360 días de que se compone el denominado «año comercial». Otras formas de cálculo que suelen pactarse consisten en aplicar el cambio de base 365/360 (en los años bisiestos 366/360), bien directamente sobre el tipo de interés aplicable (tipo de referencia más diferencial), bien solo sobre el tipo de interés de referencia.

Como se ha publicado en anteriores memorias de este DCMR, el empleo de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un «uso bancario» establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras, y como tal fue en su día reconocido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de octubre de 1950 *(BOE* del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2.1 del Código de Comercio.

No obstante el reconocimiento de esta práctica como uso bancario, este DCMR ya venía advirtiendo en sus últimas memorias e informes motivados de que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificarlos hace que hoy carezcan de razón técnica.

De cualquier modo, conviene recordar que existe un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican año natural en el numerador y comercial en el denominador, o año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la TAE o «tasa anual equivalente», la cual, en igualdad de condiciones en cuanto a las comisiones que deben incluirse en aquella y el tipo de interés nominal aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo, proporcionando al cliente un imprescindible elemento de juicio a la hora de comparar y de decidir con quién contratar su operación. Hay que advertir, no obstante, de que puede suceder que la TAE se calcule en estas operaciones sin

tener en cuenta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada contraria a las buenas prácticas bancarias por el DCMR.

En esta línea de admisión del uso y análisis de la debida información y transparencia de esta con la clientela, hasta la fecha, siempre y cuando el citado criterio de «cambio de base» de año natural a año comercial en el cálculo de intereses estuviera debidamente contemplado y explicitado en las condiciones contractuales, así como en la información precontractual, el DCMR no ha venido considerando mala práctica bancaria su aplicación, emitiendo pronunciamientos de reproche a las entidades cuando, por el contrario, no habían detallado la fórmula en la que figurase de manera explícita la correspondiente base 360 o 365, limitándose a una simple mención de «días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales», o expresión equivalente.

Algunos ejemplos de reclamaciones resueltas en el ejercicio al que hace referencia esta Memoria conforme al expuesto criterio de transparencia informativa son los que enumeramos a continuación.

En el expediente R-201607012, a pesar de que la fórmula año comercial/año civil se recogía en el contrato de préstamo del que se entregó oferta vinculante al reclamante, no se informó en esta última del uso de la base de 360 días, por lo que el DCMR consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia, y en concreto el artículo 5.1.2 de la Orden de 4 de mayo de 1994.

Por su parte, en el expediente R-201610190, pese a estipularse en el contrato de préstamo la referencia a la base de 360 días, no constaba entregada la oferta vinculante, donde debiera haberse recogido asimismo dicha fórmula, por lo que se estimó que la entidad había incurrido en una mala práctica bancaria, aunque no en una infracción normativa por cuanto la cuantía de la operación era superior a 150.253,03 euros, por lo que no le resultaba aplicable la Orden de 1994 que regulaba esta materia, y que se examina en otros apartados de esta Memoria.

En los expedientes R-201611620 y R-201605372, por el contrario, al no haberse acreditado la entrega de la oferta vinculante, siendo esta preceptiva conforme a la citada norma, se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y, en concreto, el artículo 5.1.2 de la Orden de 4 de mayo de 1994.

Finalmente, en el expediente R-201612511 la fórmula asimétrica del denominador basado en el año comercial no se recogía siquiera en el contrato —como tampoco constaba entregada oferta vinculante—, lo que llevó a este DCMR a entender que la entidad podría haber vulnerado los artículos 6 y 5.1.2 de la Orden de 4 de mayo de 1994.

De la manera expuesta, el enfoque hasta la fecha dado a esta práctica —que, insistimos, siempre ha partido de la premisa de la admisión como uso bancario de la metodología de cálculo descrita— ha servido de salvaguarda al principio de transparencia para con la clientela bancaria por el que debe velar el DCMR.

Ahora bien, este DCMR, conocedor de la evolución de las prácticas del mercado, de los cambios normativos en la regulación del mercado hipotecario en el ámbito nacional y comunitario, así como de la posición de los órganos jurisdiccionales, ha considerado que, a partir de la fecha de publicación de la presente Memoria, no se considerará acorde a las buenas prácticas el cálculo de intereses utilizando períodos no uniformes, tanto en opera-

ciones de activo como de pasivo, en la medida en que tal práctica es perjudicial para la clientela.

La motivación de este cambio de criterio encuentra su justificación, de manera principal, en el perjuicio que la utilización de esta práctica puede producir en la clientela bancaria, tanto de activo como de pasivo. Pero existen, asimismo, otras razones que justifican dicho cambio de criterio, a saber:

- la modernización de los sistemas informáticos de las entidades implica que, en la actualidad, la utilización de la metodología 365/360 carezca de razón técnica alguna;

- se ha venido observando que un elevado número de entidades utiliza la fórmula de cálculo con períodos uniformes, por lo que cabría entender que el anterior uso bancario consistente en utilizar la fórmula 365/360 ha perdido su condición de tal;

- adicionalmente, la regulación en materia hipotecaria en curso refuerza claramente los requerimientos de conducta de las entidades y exigen actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios, debiéndose citar al respecto la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, vigente desde el 21 de marzo de 2016, pendiente de transposición a nuestro ordenamiento nacional.

Como consecuencia de lo expuesto, en lo sucesivo, y en relación con las liquidaciones practicadas desde la publicación de la presente Memoria, solo se considerará como buena práctica el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se reputará contrario a una buena praxis financiera el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses.

Límites a la variación del tipo de interés —«cláusula suelo»— en préstamos y créditos a interés variable

El DCMR ha venido considerando en los últimos años, al resolver las múltiples reclamaciones que se han sometido a su consideración sobre el particular, que las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés son aplicables siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentren debidamente recogidas en el contrato, extremando las cautelas que aseguren el conocimiento de su existencia y de las consecuencias de su aplicación por parte de los clientes, con antelación a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de la escritura pública.

Préstamos nuevos

Así, actuando siempre dentro del ámbito de las atribuciones propias de este DCMR en el seno de los expedientes de reclamación, limitado conforme a su régimen de funcionamiento a la valoración del cumplimiento de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas bancarias de las entidades reclamadas, se ha hecho por parte del DCME especial hincapié en el requerimiento a las entidades de que, mediante la oferta vinculante o, en su caso, otro documento firmado por la parte prestataria con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, aquellas acrediten haber informado a su cliente de todas las condiciones financieras de la operación, incluidos, en su caso, los límites a la variación del tipo de interés aplicable.

En relación con lo anterior, a continuación se enumeran los criterios de transparencia más utilizados por el DCMR en la resolución de reclamaciones relativas a las «cláusulas suelo»:

– El DCMR valora la acreditación de la entrega por parte de las entidades reclamadas de la información previa sobre la inclusión de la cláusula, en función de la fecha de formalización de los contratos:

  • La Orden de 5 de mayo de 1994 establecía la obligación de las entidades de entregar a los solicitantes que sean personas físicas una oferta vinculante para préstamos hipotecarios cuya garantía recaiga sobre vivienda, de cuantía igual o inferior a 150.253,03 euros. La entidad debe estar en condiciones de acreditar la entrega de la oferta vinculante con antelación suficiente y con los requisitos formales recogidos en el artículo 5 de la orden. Así, el DCMR viene considerando que la entidad podría haber incurrido en quebrantamiento de normativa si no acredita la entrega de la oferta vinculante (no existe o no está firmada por la parte prestataria, ni se puede acreditar la entrega de otro modo), si la oferta vinculante que se aporta tiene algún defecto en su contenido en relación con la «cláusula suelo», si no menciona el derecho del cliente a consultar el proyecto de escritura en la notaría o si no hace referencia al plazo de vigencia de la oferta vinculante.

    La Orden de 5 de mayo de 1994 se considera de aplicación a contratos tanto de préstamo como de crédito hipotecario. También se considera de aplicación a préstamos hipotecarios cuya hipoteca recae sobre una vivienda si, además de la vivienda, se hipoteca algún local o solar; o si la vivienda está en construcción. Y, sin que afecte a dicha aplicabilidad la finalidad del préstamo, siempre que la hipoteca recaiga sobre vivienda, con el único límite del artículo 1.4 de la orden: «no quedará sujeta a la presente Orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de esta».

– El DCMR hace extensivos los requisitos de información previa de la Orden de 5 de mayo de 1994, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios, cualquiera que sea su importe, si bien, en estos casos, se considera suficiente acreditar la entrega con la antelación suficiente de una oferta vinculante o de un documento informativo análogo que, aunque no reúna todas las formalidades de aquella, contenga similares estándares informativos.

  • A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 —el 29 de julio de 2012, a estos efectos—, se exige la inclusión de los límites a la variación de los tipos de interés en la FIPRE (artículo 21 de la orden); en la propia FIPER (artículo 22 de la orden), además de en un anexo a esta última ficha (artículo 25 de la orden); y, en su caso, en la oferta vinculante. No obstante, «si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento» (artículo 23.4 de la orden).

    Estas obligaciones de información previa se exigen, igualmente, en los casos de novaciones o subrogaciones con novación celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma citada.

En consecuencia, se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por quebrantamiento de la normativa de transparencia en todos los supuestos en que no se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos de información previa citados.

- Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social —el 15 de mayo de 2013—, los contratos de préstamo hipotecario que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas «suelo» y «techo», deberán incluir en la escritura pública, junto con la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

– Se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por haberse apartado de las buenas prácticas y usos financieros, siempre que, acreditada la entrega de la información previa, no se hubiera acreditado dicha entrega con tres días hábiles de antelación a la formalización de la escritura (artículo 7.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y artículo 30.2 de la Orden EHA/2899/2011).

  Las declaraciones y advertencias notariales realizadas en la escritura del préstamo o crédito hipotecario son analizadas caso a caso por el DCRM a efectos de valorar si, a través de ellas, se puede considerar acreditado o no el cumplimiento de los requisitos de información previa.

– Con respecto a los documentos contractuales cuyas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés no especificaran, en el cuerpo de la escritura, los límites mínimo y/o máximo, remitiéndose a las cifras que figuraban en un documento incorporado a la escritura como anexo protocolizado, se ha venido considerando que la forma de inclusión de estas cláusulas es contraria a las buenas prácticas y usos financieros, porque contraviene los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones entidad-cliente, pues podrían resultar confusas para la parte prestataria, la cual está suscribiendo un mero documento tipo que no determina la información relevante sobre las condiciones financieras que van a regir su préstamo hipotecario. Igualmente, la inclusión de limitaciones a las variaciones de los tipos de interés en la parte expositiva de las escrituras se considera contraria a las buenas prácticas y usos financieros, ya que supone una fragmentación de la información que dificulta el adecuado conocimiento de la cláusula por la parte prestataria.

– El DCMR se ha manifestado asimismo acerca de determinadas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés que aluden a los límites «a efectos obligacionales e hipotecarios», «a efectos hipotecarios y registrales» o «a efectos meramente hipotecarios»; o bien «a efectos hipotecarios» y posteriormente fijan los límites a efectos de la determinación del tipo de interés aplicable en el correspondiente período por referencia a los anteriores. Sin perjuicio de que la interpretación de las cláusulas contractuales sea competencia exclusiva de los tribunales de justicia, el DCMR considera que estas alusiones confunden

dos conceptos diferentes, cuales son, por un lado, el tipo de interés que se establece a efectos de la determinación de la responsabilidad hipotecaria de la finca y, por otro, los límites a la variación del tipo de interés aplicable en cada período de revisión y determinación del tipo de interés variable, a partir del cual se calcula la cuota de interés que el prestatario debe abonar; en definitiva, el importe de los intereses de que responde la finca hipotecada en caso de ejecución, por un lado, y los límites a la variación de los tipo de interés, por otro.

Este DCMR considera que las «cláusulas suelo» con alusiones como las arriba citadas no se han redactado con la claridad exigible, dada su trascendencia en la determinación del tipo de interés aplicable, por lo que la actuación de la entidad ha de considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias.

Mención aparte merecen los supuestos de subrogación pasiva o sustitución del prestatario o deudor por un tercero, normalmente el adquirente del inmueble hipotecado, supuesto en el cual este DCMR ha venido considerando que si la entidad prestamista comparecía en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación de deudor, una actuación diligente de dicha entidad implica que se ocupe de que todas las condiciones financieras del préstamo figuren de manera expresa y detallada en el documento público.

De igual modo, en el supuesto de que el deudor subrogado solicitara de la entidad esa información con carácter previo a formalizar la operación, esta habrá de facilitársela, la cual se extenderá a la totalidad de las condiciones financieras de la operación en la que aquel se subrogue, se haya producido o no una novación de todas o algunas de ellas.

Como se ha advertido, tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, el DCMR considera que, con respecto a las subrogaciones y/o novaciones posteriores a aquella, la falta de acreditación de la entrega de la FIPRE, de la FIPER y, en su caso, de la oferta vinculante podría constituir incluso un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria.

Conviene advertir, en cualquier caso, que el DCMR no cuenta entre sus atribuciones con la de determinar el carácter abusivo o la nulidad de cláusula contractual alguna, ni con la de hacer valer resoluciones judiciales (y, en lógica consecuencia, tampoco con la de declarar la extensión de sus efectos a casos que pudieran llegar a considerarse análogos) ni con la de resolver controversias sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación de las entidades sometidas a supervisión.

Como cierre de este apartado, se refiere seguidamente la evolución que el tratamiento jurisprudencial que las cláusulas de esta tipología ha tenido en los últimos años.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se manifestó sobre el carácter abusivo de las «cláusulas suelo» en sus sentencias en diversos pronunciamientos: n.° 241/2013, de 9 de mayo; (Sala de lo Civil) n.° 464/2014, de 8 de septiembre; n.° 139/2015, de 25 de marzo, y n.° 705/2015, de 23 de diciembre. En la sentencia de 9 de mayo de 2013, la Sala concluyó que, sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en la normativa sectorial de transparencia, que es requisito previo para su incorporación a los contratos de condicio-

nes generales, no son claras y comprensibles para el consumidor por la forma en que están incluidas en el marco general del contrato, es decir, no superan el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, por lo que se estiman nulas. De esta manera, en los casos planteados, las cláusulas habrían superado el control de transparencia documental, pero no el de comprensibilidad real, de tal forma que el adherente pudiera conocer la «carga económica» y la «carga jurídica» a la que se compromete y también comprender que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato. Conforme a los indicados pronunciamientos, la declaración de nulidad de las cláusulas conllevaría la condena a las entidades reclamadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización, pero tal declaración no se efectuaba con carácter retroactivo. En los supuestos de control abstracto (acciones colectivas en defensa de intereses difusos, que son las que se ejercen en este caso), la nulidad eventualmente declarada tendría efectos *ex nunc,* por razones de interés general, por lo que no se obligaba a las demandadas a devolver el importe de las liquidaciones ya practicadas, sino a recalcular las cuotas de amortización que vencieran desde la fecha de publicación de la sentencia.

En sentido contrario, la mencionada Sala también ha emitido sentencias favorables a la validez de la cláusula «suelo», como la de fecha 9 de marzo de 2017, por considerar que se cumplirían en el caso en ella analizado los requisitos de transparencia antes mencionados. Dicha sentencia ha confirmado la del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel y la de la Audiencia Provincial de Teruel. El Tribunal Supremo ha considerado en este caso que la cláusula suelo impugnada cumple los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial para considerar superado dicho control de transparencia, ya que su ubicación en el contrato era correcta, no estando enmascarada para que pasara desapercibida para los prestatarios consumidores, ni se diluía la atención de estos entre otras cláusulas, sino que aparecía como una cláusula principal del contrato, cuyo contenido es claro y comprensible y resaltado en negrita. Además, la prueba practicada acredita que la estipulación fue negociada individualmente y que el notario autorizante de la escritura expresamente advirtió a los contratantes de su alcance y consecuencias.

Ante las dudas que generaba la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión cuando se analizaba la posible retroactividad de sus efectos, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante interpusieron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sendas cuestiones prejudiciales, relativas a la limitación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo. Con fecha 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia ha resuelto las citadas cuestiones prejudiciales y ha considerado que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que impone el pago de importes que, por tal atributo de «abusividad», resulten ser cantidades indebidamente pagadas, genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con todos los importes.

Como consecuencia de tal resolución, el 15 de febrero de 2017 el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha acordado la retroactividad total de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, adaptando así su jurisprudencia a la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de la resolución de un recurso de casación interpuesto por el BBVA contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmando esta última.

Debe señalarse, no obstante, que el Tribunal Supremo, mediante auto de fecha 4 de abril de 2017, invocando el principio de cosa juzgada, ha rechazado revisar las sentencias

dictadas antes del 21 de diciembre de 2016, fecha del citado fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableciendo que únicamente cabría dicha revisión con base en el contenido de documentos —no considerando tales las resoluciones judiciales— que hubieran sido obtenidos o recobrados después de pronunciada la sentencia firme, que hubieran sido retenidos por causa de fuerza mayor o por la parte en cuyo favor se dictó el fallo impugnado y que sean decisivos para la justa decisión de la litis, recayendo la carga de la prueba en la parte recurrente.

Pues bien, sobre la base de una ya consolidada doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas en cuestión, con fecha 30 de septiembre de 2016 el DCMR ha instado a las entidades a adoptar medidas adicionales respecto a las cláusulas suelo incluidas en los respectivos contratos con consumidores, analizando de manera individualizada cada cláusula y, para el caso de que aprecien su invalidez, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, supriman su aplicación de forma unilateral.

Por último, se informa de que, con fecha 21 de enero de 2017, se ha publicado el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que establece un cauce para facilitar a aquellos el llegar a un acuerdo extrajudicial con la entidad de crédito que dirima las controversias derivadas de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 respecto a la retroactividad de las cláusulas suelo, con el ánimo de ordenar el proceso de devolución y evitar la saturación de los órganos judiciales.

Posible ineficacia de las bonificaciones

Cuando se incluyen «cláusulas suelo» en contratos en los que se prevén bonificaciones al diferencial aplicable al tipo de interés de referencia, condicionadas a la contratación de una serie de productos y/o servicios bancarios, el DCMR viene entendiendo que dicha inclusión es contraria a las buenas prácticas y usos financieros si no se informa adecuadamente al prestatario, con la necesaria antelación a la firma del préstamo, sobre la existencia de dicho suelo y las implicaciones que puede tener respecto a las bonificaciones. El motivo es que la «cláusula suelo» puede hacer parcial o totalmente inoperantes las bonificaciones si el tipo de referencia pactado baja hasta determinado nivel y, por tanto, el cliente puede ver frustradas sus expectativas de abaratamiento del coste del préstamo, mientras que la entidad logra una mayor vinculación del prestatario.

Los denominados «intereses negativos»

En el contexto de los productos bancarios de activo se ha planteado la cuestión de las potenciales consecuencias que se derivarían de la actual coyuntura de tipos de interés en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos; en concreto, en relación con la procedencia o improcedencia de que se efectúe un abono de intereses al prestatario, en lugar de serle debitados, como sucede cuando dicho valor excede del 0 %.

Con independencia de las controversias doctrinales, que a menudo pivotan alrededor de la naturaleza del pacto de intereses en el contrato de préstamo mercantil, este DCMR ha venido manifestando en los casos concretos planteados a lo largo del año 2016 que carece de competencias para realizar un pronunciamiento sobre el fondo de esta cuestión, en la medida en que, para determinar si procede dicho abono de intereses al prestatario, habrá que llevar a cabo una labor interpretativa del clausulado del contrato en cuestión. En particular, y en ausencia de previsión específica, habrían de interpretarse los términos en los que se exprese la cláusula en la que se regule el tipo de interés que se ha de satisfacer y si este se configura como una obligación exclusiva del prestatario o, por el contrario, cabe interpretar que la voluntad de las partes fue también la de admitir la posibilidad de pago de interés a cargo de la entidad prestamista.

En concreto, el grueso de las reclamaciones que han dado lugar a la emisión de pronunciamientos al respecto por nuestra parte en el ejercicio considerado en esta Memoria se han referido a préstamos de la modalidad multidivisa, en su mayoría denominados en francos suizos en el momento de la revisión controvertida, y referenciados al líbor, dados los bajos valores registrados por este índice en los últimos tiempos, esgrimiendo en ocasiones los reclamantes argumentos como el de que, de no liquidarse intereses negativos y aplicarse en su lugar un tipo de interés nulo, como hacían las entidades reclamadas en los expedientes tramitados por este DCMR, se estaría procediendo como si existiese una limitación a las fluctuaciones a la baja que pudiera experimentar el tipo de interés de su préstamo a interés variable, esto es, una suerte de «cláusula suelo» del 0 %.

Como se ha indicado, en los informes resueltos, este DCMR ha declarado que, como quiera que la interpretación y valoración de la eficacia de los pactos, cláusulas y condiciones establecidos en un contrato sujeto al Derecho privado corresponden de forma exclusiva a los tribunales de justicia, no ostenta atribuciones para hacer prevalecer la interpretación de una parte sobre la de la otra. Sin perjuicio de lo anterior, sí se ha dirigido recordatorio a las reclamadas acerca del deber que les corresponde de desplegar una diligencia informativa reforzada con respecto a aquellos clientes a los que esta situación pudiera llegar a afectar, facilitándoles las explicaciones precisas acerca del tipo de interés que les resultará de aplicación, ya que les es exigible la diligencia propia de un experto comerciante.

Intereses de demora de préstamos hipotecarios

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual dejan de ser libres tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (artículo 3 y disposición transitoria segunda), quedando limitados a tres veces el tipo de interés legal del dinero y pudiendo devengarse solo sobre el principal pendiente de pago; con respecto al momento desde el que el indicado límite máximo será aplicable, se contempla que lo sea, con carácter general, tras la entrada en vigor de la citada ley, si bien se prevé también su aplicación retroactiva para los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, que se devenguen con posterioridad a aquella, así como a los que, habiéndose devengado en dicha fecha, no hubieran sido satisfechos.

Resulta de interés en este punto la argumentación expuesta por el Tribunal Supremo en su ya citada Sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, resolución en la cual, tras ratificar la declaración del carácter abusivo de la cláusula por la que se fijaban los intereses moratorios de un préstamo de este género en un 19 %, vino a aplicar un criterio análogo al establecido para los préstamos personales y estimó que, al declararse la nulidad de la mencionada estipulación, tal declaración afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, en vez de dar lugar a la aplicación de forma supletoria del indicado límite del triple del interés legal prescrito por la referida reforma legislativa.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 364/2016, de 3 de junio, ha hecho extensiva su doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de fechas 22 de abril de 2015 y 18 de febrero de 2016, relativas a préstamos sin garantía real, a todo tipo de préstamos con consumidores, incluidos los préstamos o créditos hipotecarios, considerando abusivo un tipo de interés de demora que exceda en más de dos puntos el tipo de interés contractual pactado.

Finalmente, ha de señalarse que se encuentra pendiente de resolución la cuestión prejudicial para unificación de doctrina planteada el 22 de febrero de 2017 por nuestro Tribunal

Supremo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los concretos efectos de la declaración del carácter abusivo y nulidad de este género de estipulaciones.

Índices de referencia oficiales

Durante el año 2016 se recibieron diversas reclamaciones en las que se cuestionaban los índices de referencia oficiales pactados en los contratos de préstamo hipotecario y aplicados en sus revisiones periódicas, a pesar de que dichos índices seguían estando en vigor.

El DCMR considera al respecto que los índices de referencia oficiales, al ostentar dicha condición, cumplían con las condiciones establecidas a tal efecto por la normativa en vigor en el momento de su incorporación a los contratos de préstamo y también con la normativa vigente, que los sigue considerando índices oficiales y susceptibles de ser pactados como referencia en los contratos que se formalicen con la clientela bancaria.

En el expediente R-201607399, el reclamante cuestionaba, entre otros extremos, el índice euríbor pactado en su escritura de préstamo hipotecario suscrita en 2003, al considerarlo ilegal por incumplir lo establecido en el artículo 6.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994, que recogía como requisitos a los que se tenían que ajustar los tipos de referencia pactados el de que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

La entidad defendía la aplicación del índice cuestionado sobre la base de haberse incorporado al contrato tras haber recibido el cliente las explicaciones e información suficientes sobre las obligaciones que asumía y formalizarse ante fedatario público, no habiendo objetado su aplicación durante más de 12 años,

El DCMR entendió que la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, establecía en el momento de firmarse la escritura de préstamo cuestionada en su número 3 de la norma sexta, punto 7, que las entidades no podrían utilizar como tipos de referencia los tipos publicados o practicados por la propia entidad de crédito o por otras de su grupo, y, en los párrafos finales del apartado, precisaba que las entidades únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las dos condiciones ya recogidas en la Orden de 1994 y transcritas anteriormente, subrayando además que, siempre y cuando se cumplan tales condiciones, el hecho de que el índice sea oficial, o no, tendrá trascendencia en cuanto a la necesidad, o no, de la previa comunicación al cliente cuando se modifique en cada revisión.

El Departamento añadía que la nueva regulación contenida en el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011 establece que para los préstamos concedidos a tipo de interés variable reproduce los dos requisitos antes mencionados, añadiendo la condición de que se haya calculado a coste de mercado, y que el artículo 27 recogía la referencia interbancaria a un año (euríbor), entre otros, como tipo de interés oficial, previendo ya la Orden de 1994, en su disposición adicional segunda que el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definiera mediante circular un conjunto de índices o tipos de referencia oficiales susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a tipo variable, lo que se hizo mediante la CBE 5/1994, introduciendo una norma sexta bis en la CBE 8/1990, con la definición de varios índices oficiales, y con la CBE n.º 7/1999, que introdujo en la CBE 8/1990 el eurí-

bor y su definición, por lo que el DCMR no apreció mala práctica por la aplicación del euríbor, al ser un tipo oficial.

Reliquidación de préstamos hipotecarios

Cuando se hace necesaria la reliquidación de un préstamo como consecuencia de errores incurridos por parte de las entidades en su liquidación, o de incumplimientos normativos de estas, las cantidades abonadas deben tener en cuenta el momento en que se produjeron los cargos incorrectos, sin que los cálculos se correspondan únicamente con la suma aritmética simple de las diferencias entre las cuotas realmente pagadas y las que se debieron pagar con arreglo a las condiciones pactadas o la normativa de aplicación, ya que, en caso contrario, se podría producir un desfase que correspondería con la falta de actualización del valor de las cantidades obtenidas en dicha rectificación, sin haber tenido en cuenta la entidad el lapso de tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación de las cuotas indebidamente calculadas hasta su rectificación.

En relación con esta cuestión, este Departamento entiende que, acorde a criterios de buenas prácticas bancarias, una subsanación diligente pasaría, bien por recalcular el préstamo considerando las cuotas realmente pagadas por la parte prestataria como amortizaciones anticipadas e imputando cada uno de los importes pagados de más en cada vencimiento, bien por abonar al cliente los importes pagados de más en los respectivos vencimientos, actualizados a la fecha de abono, con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, según el vencimiento. Ello sobre la base de que, desde el punto de vista financiero, no es indiferente el momento en el que se hacen efectivos los flujos monetarios.

En definitiva, cuando la regularización de operaciones implica abonos para los clientes, limitarla al abono de la suma aritmética simple de los importes resultantes —sin someterlos a la actualización a la fecha de abono—, en la práctica, implicaría beneficiar injustificadamente a las entidades con mayor número de incumplimientos normativos o errores e incidencias de tal naturaleza.

En el expediente R-201606942, el reclamante se opuso a que la entidad le aplicase un redondeo al alza a las cuotas de su préstamo hipotecario y que le recalculara las cuotas solo desde 2007, y no desde el inicio de la vigencia del préstamo (2002). La entidad alegó que, según normativa, la nulidad del redondeo se aplicaría desde 2007 y que recalculó las cuotas suprimiendo su redondeo. El DCMR estimó la alegación de la entidad de que la eliminación de la cláusula, así como la devolución de los importes, procedería, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, desde marzo de 2007, fecha a partir de la cual dichas cláusulas devinieron nulas —según la normativa aplicable—. No obstante, reprochó a la entidad que se hubiera limitado a abonar las cuotas incorrectamente adeudadas y a cargarlas con la cuantía corregida, pero sin actualizar los importes a fin de tener en cuenta el efecto financiero del tiempo transcurrido hasta la subsanación.

j. La tasa anual equivalente (TAE)

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR, en lo relativo a la TAE de operaciones hipotecarias, tienen su origen, fundamentalmente:

- En entender que no está correctamente calculada.
- En la divergencia entre la TAE informada en la escritura pública de formalización del préstamo y la que figura en las ulteriores liquidaciones de las cuotas periódicas.

– En que, habiéndose pactado cambio de base —de días naturales a comerciales— en la fórmula de cálculo de los intereses, tal efecto no se ha tenido en cuenta a la hora de calcular la TAE informativa, en la escritura de préstamo y/o en los recibos de liquidación de las cuotas periódicas.

En la resolución de estas reclamaciones, el DCMR procede a verificar si la TAE está bien calculada, emitiéndose el correspondiente informe, acorde con el resultado obtenido. En particular, en los casos en los que se había pactado cambio de base de días naturales a comerciales, es frecuente encontrar TAE en las que no se había tenido en cuenta dicho cambio de base en su cálculo, por lo que se emite pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad reclamada.

En los supuestos en los que se denuncia divergencia entre la TAE informada en la escritura de préstamo y la que figura en los recibos de liquidación de las cuotas periódicas, fundamentalmente en operaciones a tipo de interés variable, suelen estar bien calculadas, debiéndose la mayoría de las reclamaciones a que el cliente no ha tenido en cuenta que la TAE informada en la escritura se ha calculado, además de con los correspondientes gastos iniciales computables al efecto (en términos de coste total del préstamo[9], referido en el artículo 31 de la Orden EHA/2899/2011), con el tipo aplicable al primer período, que es de interés fijo, y que para el resto de la duración del préstamo se considera que va a estar vigente el variable conocido en el momento de formalizar la operación, y que, sin embargo, en las ulteriores liquidaciones de cuotas periódicas, entrados en los períodos de interés variable, se tendrá en cuenta el tipo de interés realmente aplicable para cada uno de los respectivos vencimientos, de acuerdo con la normativa referida *ut supra.*

k. Comisiones

Con carácter general, las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos (artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011).

Ha de advertirse de que, en los párrafos sucesivos, abordaremos el análisis de las comisiones que, habiendo dado lugar a reclamaciones ante este DCMR en el año 2016, resulten, bien exclusivas de los productos de activo, bien más comunes en estos que en otros productos y servicios bancarios, lo que no es óbice para que en los respectivos contratos que establezcan el régimen aplicable a ellos puedan pactarse cualesquiera otras comisiones, en cuyo caso nos remitimos, en cuanto a sus características, efectos y requisitos para su plena eficacia y exigibilidad a los clientes, a los correspondientes epígrafes del presente informe, destacadamente el 3.2.2.

Comisión de apertura

La Circular del Banco de España 5/2012, en su norma sexta («Informaciones exigibles»), entre otras cosas, establece, con carácter general, que la información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y facilitada antes de que el cliente asuma cualquier obligación; y, en particular, en el caso de los préstamos, «cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por su concesión, no

9 Dentro del concepto de «coste total del préstamo» se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de todos los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios.

se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes».

Anteriormente, la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, hoy derogada, en su norma tercera, 1 bis. b), establecía que «en los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refería el artículo 1 de la también derogada Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la comisión de apertura, que se devengaría una sola vez, englobaría cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluiría, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo», criterio que el DCMR, de acuerdo con una buena praxis bancaria, hacía extensivo a los préstamos de importes superiores.

Las reclamaciones presentadas sobre esta comisión aplicadas durante la vigencia de la Circular del Banco de España 8/1990 hacen referencia, básicamente:

a) A la aplicación simultánea de comisión de apertura y gastos o comisión de estudio de la operación.

b) A la aplicación simultánea de comisión de apertura y otra por cambio de divisa en préstamos de esta naturaleza.

c) A la aplicación de la comisión de apertura, en los casos de novación modificativa con ampliación de capital, sobre el importe final del préstamo novado (inicial más ampliación).

Es criterio del DCMR considerar contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación simultánea de la comisión de apertura señalada en los casos a) y b) anteriores y, adicionalmente, con vulneración de la Circular del Banco de España 8/1990, en su caso.

En el supuesto de la letra c), se considera igualmente contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación de comisión de apertura sobre un importe mayor que el de la ampliación del capital del préstamo, con motivo de su novación modificativa, puesto que, aplicándola sobre tal base, se estaría duplicando una comisión que ya se liquidó por el servicio de apertura con ocasión de la concesión del préstamo.

En el expediente R-201605777, el reclamante discrepaba con el retraso de la firma de una escritura de préstamo hipotecario en dos ocasiones, una vez aprobado, motivado por la exigencia de la firma de diversos documentos que no se le habían solicitado previamente, así como con los gastos conexos a dicha operación, dado que le informaron de que se le cobraría por dichos gastos una única vez y no por las restantes entregas de capital. También se mostraba disconforme con unos gastos en concepto de correo no acordados y con el cobro de la formalización de escritura de obra nueva, dado que considera que no era necesaria.

El DCMR estimó que la entidad incurrió en mala práctica bancaria por falta de transparencia informativa y colaboración al no alegar respecto a las demoras cuestionadas ni sobre la existencia de varias FIPER con las mismas condiciones financieras, ni tampoco sobre

los gastos de correo controvertidos. Además, consideró que la entidad quebrantó la normativa de transparencia de aplicación al no acreditar que informase a su cliente de la realización de las operaciones accesorias (escritura de declaración de obra nueva y de acta y entrega de capital en la segunda y ulteriores disposiciones) con carácter previo a la formalización de la escritura de préstamo hipotecario, así como de sus respectivos costes, ni del régimen de disposiciones sucesivas pactado. El DCMR apreció mala práctica bancaria por la falta de las provisiones de fondos con los gastos de la operación que se había de formalizar y los accesorios con tres días de antelación. Respecto a la comisión de apertura, el DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios al cobrarla en su totalidad, sin que se hubiera dispuesto del principal total de la operación de préstamo hipotecario y a pesar de manifestar el reclamante su voluntad de no disponer del resto.

Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo del préstamo

Cuando tales novaciones tengan por objeto la ampliación del plazo del préstamo, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de modificación de condiciones más del 0,1 % de la cifra de capital pendiente de amortizar (artículo 10 de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca

Según el artículo 82 del texto refundido de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, el DCMR considera que las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública.

Hay que recordar que los clientes pueden llevar a cabo por sí mismos los trámites necesarios para la cancelación registral de su hipoteca, obtenida la certificación de haberse pagado la deuda. Por tanto, las entidades financieras únicamente prestan este servicio si lo solicita su cliente (entendiendo por tal, en las cancelaciones de préstamos hipotecarios, bien el titular del préstamo, bien la persona que está interesada en esta cancelación notarial); resulta imprescindible para que el cobro de la comisión que lo retribuye pueda considerarse procedente que el cliente preste su consentimiento previo no solo a que la entidad realice este servicio, sino a que se le adeuden las comisiones informadas por este concepto.

Así, la comisión remunera la preparación de la documentación necesaria, a petición del cliente, para que sea la entidad la que realice las gestiones y tramitaciones precisas para la cancelación registral de la hipoteca. Es por ello por lo que el DCMR exige que se acredite que se ha prestado un verdadero servicio al cliente, supuesto ante el que estaríamos si la entidad hiciera las veces de gestoría, sustituyendo a esta en la tramitación completa de la operación, sin que quepa incluir en este supuesto:

- La entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (la emisión de un certificado de deuda cero).

- El simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

– La recopilación de la documentación y antecedentes referidos al préstamo cancelado, junto con la minuta de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca.

Las reclamaciones que llegan al DCMR traen su causa, fundamentalmente:

– En el cobro de comisión por la simple emisión del certificado de cancelación económica de la deuda.

– En el cobro por gastos de desplazamiento a la notaría del apoderado de la entidad como representante de esta en su comparecencia para declarar la extinción de la deuda.

En ambos casos, se emite un pronunciamiento contrario a la actuación de las entidades reclamadas si cobran comisiones y/o gastos por los conceptos señalados.

– Por falta de información previa acerca de la aplicación de la comisión por las gestiones de preparación de la documentación para la cancelación registral de la hipoteca, así como por el adicional cobro de gastos de gestoría.

Igualmente, se emite pronunciamiento desfavorable a las entidades si no acreditan: i) haber informado a sus clientes con carácter previo de las comisiones y/o gastos aplicables, y ii) en su caso, tener autorización para el cargo en cuenta de tales comisiones y gastos.

En el expediente R-201514263, el reclamante discrepaba con el cobro de 120 euros en concepto de «comisión por preparación de carta de pago del préstamo hipotecario», a través del propio notario y sin previo aviso ni conformidad con su parte. La entidad alegó que el reclamante instaba la devolución de una comisión que se había cobrado a la notaría, la cual solicitó el trámite de preparación de las cartas de pago, por lo que la comisión no fue cobrada al reclamante, sino a la mencionada notaría, la cual sería la legitimada activamente, en su caso, para solicitar su devolución ante el DCMR.

El DCMR consideró que la actuación de la entidad había sido contraria a las buenas prácticas bancarias al no justificar en modo alguno aquella el cobro de la comisión cuestionada, puesto que no constaba un consentimiento previo firmado por el reclamante para que se efectuasen las gestiones a fin de proceder a la cancelación registral de su operación hipotecaria, o que aquel lo hubiera solicitado a la gestoría interviniente, con apercibimiento expreso de las comisiones que se devengarían, así como tampoco se había acreditado la prestación de un verdadero servicio al interesado.

Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario

Las reclamaciones presentadas ante el DCMR en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por cancelación anticipada superiores a los límites establecidos, en su caso, en la normativa en vigor en cuanto a los préstamos formalizados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007, así como a la falta de claridad y transparencia a la hora de informar a los prestatarios sobre el coste en términos de compensación por riesgo de tipo de interés, que deben pagar por la cancelación anticipada de los préstamos en los que esta se haya pactado, formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Las alusiones a préstamos hipotecarios, a los efectos que aquí nos ocupan, incluyen también los créditos hipotecarios.

Comisión por cancelación anticipada

El pronunciamiento del DCMR sobre las reclamaciones en esta materia se fundamenta en analizar la procedencia, o no, de su cobro de acuerdo con la normativa vigente en cada momento y con el porcentaje aplicado, con arreglo a la información expuesta a continuación.

Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007

En estos casos, el DCMR aplica las siguientes reglas:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procede percibir cantidad alguna por este concepto.

- Cuando sí se haya pactado, al no estar sujetos a la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, la comisión por cancelación parcial o total anticipada aplicable será la que se haya pactado en los correspondientes contratos.

  No obstante, para las operaciones subrogatorias con la finalidad de convertir el tipo fijo en variable, y de importe del préstamo inicial inferior a 240.404,84 euros (contravalor de 40 millones de pesetas), en 1996 el Gobierno emitió una declaración que alude a esta cuestión, recomendando que en la subrogación de ciertos préstamos hipotecarios las entidades apliquen voluntariamente un límite del 2,5 % en la comisión por cancelación anticipada, cuando en virtud de ella el tipo fijo se convierta en una fórmula de tipo variable de interés.

- Para los concertados a partir del 9 de diciembre de 2007 a los que fuera de aplicación la Ley 41/2007, se deberá tener en cuenta el régimen de compensación por desistimiento y/o riesgo de tipo de interés descrito más abajo.

Préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003

La fecha de 27.4.2003 corresponde a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, que posteriormente se tramitó como proyecto de ley y fue aprobado como Ley 36/2003, de 12 de noviembre, de medidas de reforma económica.

Cancelación anticipada, subrogatoria

Aunque no conste en los contratos la posibilidad de amortización anticipada, la cantidad que debe percibir la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito se calculará sobre el capital pendiente de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.

- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado.

Cancelación anticipada, no subrogatoria

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.

– Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.

– En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, aunque estuviera pactada una comisión mayor[10].

Préstamos a interés variable concertados entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007

Cancelación anticipada, subrogatoria[11]

Aunque no conste en los contratos la posibilidad de amortización anticipada, la cantidad que habrá de percibir la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito se calculará sobre el capital pendiente de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas:

– Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

– Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 0,50 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.

– En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 0,50 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquel. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en esta ley, y solo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido.

Cancelación anticipada, no subrogatoria

Procede tener en cuenta las siguientes reglas:

– Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.

– Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.

– En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado[12].

---

10 Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

11 Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, y disposición adicional primera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

12 Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007

Se aplica el régimen previsto en el artículo 7 de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, a las operaciones de préstamo hipotecario (a estos efectos, préstamos y créditos) en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; o bien que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto sobre sociedades.

No se puede cobrar comisión por cancelación anticipada, parcial o total, para los préstamos formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la citada Ley 41/2007. Pero a partir de dicha fecha sí podrá cobrarse, si así se pacta, comisión por desistimiento y/o compensación por riesgo de tipo de interés.

Compensación por desistimiento

- En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, y siempre que esté pactado, la cantidad que habrá de percibir la entidad acreedora por este concepto no podrá ser superior:

  - al 0,5 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o

  - al 0,25 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el ordinal anterior.

- Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación que habrá de percibir la entidad acreedora será la pactada.

Compensación por riesgo de tipo de interés

De aplicación tras la entrada en vigor, el 9 de diciembre de 2007, de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (artículo 9). En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales:

- Si se producen dentro del período inicial a tipo fijo, solo procederá el cobro de la compensación si quedan más de doce meses para la fecha de la primera revisión del tipo de interés.

- Si se producen dentro de un período de revisión de tipos igual o inferior a doce meses, no procederá el cobro de compensación alguna por este concepto, pudiendo solo cobrarse si el período de revisión es superior a doce meses, sea cuando sea la cancelación.

- Si se produce ganancia de capital para la entidad, no procederá el cobro de compensación alguna por este concepto. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito.

– Si existe pérdida de capital y el período de revisión es superior al año, la compensación consistirá, según lo pactado en el contrato, en el porcentaje pactado aplicado sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación o en el importe de la pérdida de capital.

La Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 28 los «Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés», dictando que «se considerarán índices o tipos de interés de referencia los tipos *Interest Rate Swap* (IRS) a los plazos de dos, tres, cuatro, cinco, siete, diez, quince, veinte y treinta años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización», añadiendo, igualmente, el citado precepto, que «se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés», para, finalmente, señalar en su punto 3 que «La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España».

En desarrollo de la previsión del último inciso del párrafo anterior, la Circular del Banco de España 5/2012, en su norma decimoquinta, señala la forma de cálculo de los citados tipos, estableciendo que el tipo de actualización para al cálculo del valor de mercado del préstamo vendrá dado por el valor de un índice o tipo de referencia incrementado en un diferencial.

El índice será el tipo *Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de dos, tres, cuatro, cinco, siete, diez, quince, veinte y treinta años que más se aproxime al que reste desde el momento de la cancelación anticipada del préstamo hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento, en caso de no estar prevista tal revisión.

La cuantía del diferencial será la resultante de sustraer al tipo medio IRPH de entidades el valor del tipo *Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de un año.

Para el cálculo del tipo de actualización se utilizarán los últimos valores publicados de cada uno de los índices o tipos de referencia, a condición de que todos ellos vengan referidos al mismo mes.

Pueden consultarse los valores del tipo *Interest Rate Swap* (IRS), así como los del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades de crédito (IRPH de entidades), aplicables para el cálculo del valor de mercado del préstamo, en las páginas web del Banco de España:

http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_para_el_ca/tipos/Tablas_de_tipos_069dd5914101a41.html.

http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/tipos/Tabla_de_los_tip/.

Las reclamaciones en esta materia vienen determinadas fundamentalmente por la falta de información detallada sobre dichas compensaciones con carácter previo a la contratación del préstamo, o por falta de información suficiente en el momento de consultar el coste de

la posible cancelación del préstamo, así como por los importes definitivamente adeudados por tal concepto.

El DCMR entiende que una actuación diligente de la entidad acreedora debe permitirle estar en condiciones de, por un lado, acreditar haber informado a su cliente con carácter previo a la cancelación de su coste y, por otro lado, para poder percibir dicha compensación en el momento de la cancelación definitiva, acreditar también que existe una pérdida de capital igual o mayor que el importe de la compensación adeudada. Dicha acreditación deberá realizarse, según indica la norma, mediante la comparación entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, aportando también los cálculos realizados al efecto, de manera que pueda verificarse su bondad.

Del mismo modo, si se cuestionara haber informado de la existencia de dicha compensación previamente al otorgamiento de la escritura de préstamo, con criterios de buenas prácticas bancarias, es exigible acreditar su información previa por parte de la entidad, bien mediante la oferta vinculante y/o FIPER suscrita por las partes con anterioridad a la fecha de formalización del préstamo, si la entidad estaba obligada a emitirla, bien con cualquier otro documento suscrito por la parte prestataria con igual antelación.

En el expediente R-201608467, el reclamante cuestionaba que la entidad le aplicase sendas compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés en una amortización parcial y otra total, cuando en la FIPER no se especificaba si correspondía su aplicación a amortizaciones subrogatorias o no. La entidad alegó que el gasto cuestionado estaba previsto tanto en la FIPER como en la escritura de préstamo. El DCMR estimó que ni en la FIPER ni en la escritura se recogía nada sobre los presupuestos previos necesarios para el cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés; esto es, que la amortización anticipada tuviera lugar dentro de un período de interés variable mayor de doce meses y siempre y cuando generase pérdidas para la entidad, ni, por otro lado, acerca de la manera de calcular el eventual quebranto, por comparación entre el capital pendiente y el valor de mercado del préstamo, incumpliendo la norma 7.3, letra g), de la Orden EHA/2899/2011, ni tampoco sobre la aplicación de ambos tipos de compensación a las amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias, denunciado por el reclamante, así como la forma de cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés, incumpliendo el apartado 6.º del anexo IV, parte B, de la citada orden.

En el expediente R-201609566, el reclamante manifestó su disconformidad con el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés efectuado por la entidad. La entidad alegó estar prevista en el contrato. El DCMR consideró que, aunque se había aportado al expediente oferta vinculante del préstamo, firmada por las partes, dicha oferta no recogía previsión alguna sobre la compensación de riesgo de tipo de interés controvertida. Además, la entidad no había aportado al expediente ni el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, ni recibo alguno de sus liquidaciones, por lo que el Departamento no pudo comprobar la bondad de los cálculos realizados en aras de determinar la pérdida o ganancia de capital —en nuestro caso, pérdida para la entidad—.

En el expediente R-201602774, el reclamante cuestionó que la entidad le aplicase una compensación por riesgo de tipo de interés, cuando ya le había aplicado una comisión por desistimiento por cancelación del préstamo y sin haber acreditado pérdida alguna por esa amortización anticipada. La entidad alegó que la comisión cuestionada estaba pre-

vista en contrato y explicó la pérdida sobre la base de la cual se aplicó. El DCMR estimó que la entidad, en su cálculo, no llevaba a cabo la actualización del importe de las cuotas hasta la siguiente revisión, que calculaba como mera suma aritmética de dichas cuotas —14.332,08 euros—, ni tampoco la actualización del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión, sino que se limitaba a tomar aquel tal cual del cuadro —47.694,49 euros—, por lo que la suma de ambos términos —62.026,57 euros— no se correspondía con el valor de mercado previsto en la normativa antes transcrita, ni podía por tanto reputarse válido el resultado de restar del capital vivo en el momento de la cancelación —53.801,20 euros— dicho supuesto valor de mercado, que daría una pérdida de 8.225,37 euros, al no haberse tenido en cuenta los índices legales para dicha actualización, incurriendo así en mala práctica bancaria por cuanto la entidad no justificó convenientemente la corrección de la compensación por riesgo de tipo de interés cuestionada. Adicionalmente, este Departamento entendió que la actuación de la entidad podría ser constitutiva de quebrantamiento normativo por cuanto la cláusula contractual sobre la compensación por riesgo de tipo de interés, a pesar de haberse suscrito con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa aplicable, no se ajustaba a aquella, al no recoger el tipo IRS previsto en ella como índice de actualización, sino otro índice que ya no debe utilizarse para el cálculo del valor de mercado de los préstamos (el tipo vigente de rendimiento interno en el mercado secundario de deuda pública con vencimiento residual entre dos y seis años).

Comisión por subrogación de deudor

Las entidades pueden pactar una comisión que se ha de aplicar en los casos de venta del inmueble hipotecado con asunción de la deuda hipotecaria por parte del nuevo adquirente. En consecuencia, habrá que estar a lo pactado en el contrato. El caso más frecuente de subrogación de deudor es con motivo de la compraventa de viviendas nuevas, en que los adquirentes se subrogan en las respectivas partes asignadas a las fincas adquiridas del préstamo concedido al promotor para su construcción.

Sin embargo, las reclamaciones ante el DCMR consisten, mayoritariamente, en la confusión de los compradores que se subrogan en el préstamo, al entender que la comisión aplicable es la vigente para operaciones de cancelación subrogatoria.

I. Subrogación por cambio de deudor

Una vez formalizado el préstamo hipotecario, las partes contratantes quedan obligadas en los términos recogidos en el propio contrato, por lo que cualquier modificación de sus condiciones pactadas requeriría el consentimiento de ambas partes contratantes. Por tanto, para alterar la titularidad del préstamo se precisaría, en todo caso, que la entidad acreedora prestase su conformidad, pues la financiación se concedió sobre la base de unos determinados deudores que respondían del pago. Y esto debe ser entendido así con independencia de las vicisitudes que pudiese experimentar, a lo largo del tiempo, el vínculo que originariamente ligaba a los codeudores entre sí.

Igualmente, debe precisarse que cualquier cambio en la titularidad del inmueble ofrecido en garantía del préstamo en nada afecta a las obligaciones derivadas de este, pues, por la propia naturaleza de un préstamo hipotecario, el inmueble se configura como una garantía adicional a la propia solvencia del deudor o deudores, con independencia de quién sea su dueño en cada momento.

Por subrogación por cambio de deudor se identifican las modificaciones contractuales con las que se sustituye al deudor del préstamo con la autorización —expresa o tácita— de la entidad acreedora, de modo que el nuevo prestatario asume todos los derechos y/o obligaciones que le correspondían a aquel.

En materia de préstamos hipotecarios, la subrogación de deudor corresponde, básicamente, a operaciones de compraventa de viviendas gravadas con un préstamo hipotecario precedente, en el que se subroga el comprador, bien sea de viviendas nuevas con subrogación en el préstamo concedido al promotor, bien sea de viviendas usadas con subrogación del préstamo que, en su caso, las grava. A su vez, la subrogación puede ser simple, en la que permanecen vigentes todas las condiciones de la operación en vigor, o con novación modificativa de las condiciones financieras del préstamo.

Información que se ha de facilitar con motivo de la subrogación de deudor

En estos casos, las entidades no tenían, desde el punto de vista estrictamente legal, ninguna obligación de informar al nuevo prestatario, previamente a la formalización de la subrogación, de las condiciones que rigen el préstamo, ya que esta obligación recaía en el deudor original. En este sentido, expresamente, la normativa de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasara los 150.253,02 euros, disponía que, con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información que se debe suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados a constructores o promotores inmobiliarios en los que se previera una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas debían incluirse cláusulas financieras con contenido similar al que se exigía para los préstamos regulados por la derogada Orden de 5 de mayo de 1994. En la misma línea, pero sin límite cuantitativo de la operación, se pronuncia el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, desarrollado por el anejo 6, punto 12, de la Circular del Banco de España 5/2012.

Así, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, el DCMR considera que, en aquellos casos en los que la entidad acreedora intervenga en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación, bien como parte (para admitir esta de forma expresa y, en su caso, para novar las condiciones del préstamo), bien como simple compareciente, resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que no contenga incorrecciones u omita aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente. Hay que entender que, si en última instancia la entidad tiene la potestad de admitir la subrogación del deudor hipotecario, es ella la primera interesada en que sus clientes conozcan las condiciones en las que contratan, a fin de evitar, entre otras incidencias, situaciones de asimetría informativa. En adelante, habrá de tenerse presente lo señalado en el último inciso del párrafo anterior, en cuanto a la responsabilidad de las entidades prestamistas de asegurarse, antes de aceptar la subrogación, de que el cliente está informado sobre las características del préstamo.

Especial relevancia adquiere la exigencia de dicha diligencia informativa por parte de las entidades en los casos de novación modificativa, dado que ello implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, se considera que es obligación de las entidades, conforme a la Orden 2899/2011, estar en condiciones de acreditar haber informado a sus clientes de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de las operaciones objeto de subrogación.

Igualmente, se considera que en aquellos casos en los que la entidad, con posterioridad a la formalización del préstamo al promotor, ha emitido un documento —sin la consideración de oferta vinculante— que va a servir al vendedor como vehículo de promoción para la subrogación de los posibles compradores en la financiación que le fue concedida, se entiende que debe contener, de manera clara e inequívoca, toda la información

necesaria para el cálculo del coste real de la operación, a fin de que el cliente pueda elegir libremente subrogarse en ella o buscar otra alternativa en el mercado. También debe facilitarse esta información en cualquier otro supuesto en el que de la documentación aportada se desprenda la existencia de negociaciones previas entre entidad y deudor subrogado.

Los criterios expuestos en relación con la información que se ha de entregar con motivo de la subrogación del deudor se han aplicado, en función de la cuestión planteada en cada caso, en la resolución de diversos expedientes planteados en el ejercicio a que se refiere esta Memoria.

Como peculiaridad, merece la pena reseñar el supuesto en que la subrogación se produce por fallecimiento del deudor hipotecario, en cuyo caso el mecanismo subrogatorio opera *ope legis.* En estos casos, la cuestión no reside en la información que se ha de entregar, sino en la propia aceptación de la subrogación por parte de la entidad prestamista, la cual se ha de someter a distinta valoración según el supuesto de hecho en el que nos encontremos, de manera que viene entendiéndose como contrario a las buenas prácticas el que la entidad exija garantías adicionales o la contratación de nuevos productos financieros comercializados por ella en aquellos casos en los que el deudor subrogado sea, bien el único heredero existente, o bien la totalidad de los que tengan tal condición, a diferencia de los supuestos en que, habiendo varios herederos, no todos ellos adquieren la deuda. A estos efectos, es importante resaltar que los herederos, según nuestro derecho común, se subrogan solidariamente en todas las deudas del causante, por lo que no cabe que, en virtud de una partición y adjudicación de herencia, alguno o algunos de los herederos pretendan eludir dicha responsabilidad solidaria frente a la entidad.

En el expediente R-201519389, la pretensión del reclamante era hacer valer ante la entidad una escritura de aceptación de herencia en la cual se adjudicaban a un coheredero la vivienda hipotecada y el préstamo que garantizaba, ya que el banco le consideraba también deudor de dicho préstamo. El DCMR entendió que, atendiendo a los artículos 657, 660 y 661 del Código Civil, los causahabientes se subrogan por el fallecimiento del causante, en sus derechos y obligaciones, estableciendo el artículo 1003 que por la aceptación pura y simple de la herencia resulta el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, y el 1084 que, a pesar de la partición que se lleve a cabo, los acreedores podrán exigir el pago de las deudas solidariamente a cualquiera de los herederos. En consecuencia, estimó que la entidad podía considerar también codeudor al reclamante y que para relevarse de tal condición debía recabarse el consentimiento de la entidad prestamista, que podría otorgarlo, o no, según su política comercial y de asunción de riesgos.

m. Subrogación de entidad acreedora

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, la parte deudora podrá subrogar a las entidades financieras prestamistas por otras entidades análogas, siendo de aplicación a los contratos de préstamo y crédito hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización, aunque no conste en aquellos la posibilidad de amortización anticipada, y estando previsto el procedimiento incluso en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida. Ello con sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación de préstamos hipotecarios. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Las reclamaciones presentadas ante el DCMR sobre esta materia corresponden básicamente a las siguientes cuestiones:

Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora

El cliente entiende que las condiciones aplicadas tras la novación generada por la enervación son peores que las contenidas en la oferta vinculante facilitada por la entidad que pretendía subrogarse.

El artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación de préstamos hipotecarios, en relación con la entidad que enerva la subrogación, simplemente se limita a decir que debe manifestar, «con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante» realizada por la entidad que se pretende subrogar en la posición de la primera entidad acreedora, no estableciendo, por tanto, unos criterios de homogeneización ni las condiciones necesarias para que la comparación pudiera realizarse de manera objetiva e inequívoca.

Ante la indefinición o falta de concreción de los criterios de homogeneización y comparación, el DCMR considera que, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, la mejora debe afectar a todas, o a parte —sin que ninguna resulte empeorada— de las condiciones contenidas en la oferta vinculante de la entidad que se pretende sea subrogada en la posición de la entidad acreedora original, salvo que, existiendo condiciones tanto más favorables como adversas, el conjunto de todas ellas sea aceptado, de manera expresa e inequívoca, como más favorable, globalmente considerado, por la parte prestataria, tras ser estudiadas por aquella, una vez que la entidad acreedora original se las haya comunicado y explicado adecuadamente, en una contraoferta muy clara y detallada, según los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones entre las entidades financieras y sus clientes.

En caso de que en las operaciones a tipo de interés variable existan bonificaciones al diferencial que se ha de adicionar al tipo de referencia para determinar el tipo aplicable, mediante la contratación de determinados productos o servicios, la entidad enervante deberá ofrecer las mismas bonificaciones, mediante la contratación de idénticos o muy similares productos y/o servicios. En caso de que ello no fuera posible, se requeriría consentimiento expreso del cliente de aceptación de las propuestas por la entidad, en los términos señalados en el párrafo anterior.

Motivo de la subrogación

Desde el instante mismo en que, por ministerio de la ley, tiene efectos la subrogación, se produce la sustitución de una entidad acreedora por otra, operando, en consecuencia, la fecha de otorgamiento de la escritura como punto de inflexión que marca la extinción de un crédito para la primera entidad acreedora y el nacimiento de otro para la nueva, en tanto que la deuda persiste para la parte prestataria, de modo que esta ha dejado de ser deudora respecto de la primera entidad para serlo de la nueva, con todas las consecuencias jurídicas que implica este proceso para las distintas partes intervinientes.

En ningún caso es admisible la percepción de intereses por duplicado en un único préstamo a lo largo de una serie de días, aplicados simultáneamente por ambas entidades (acreedora primitiva y entidad que se subroga), cuando en todo momento existe una única entidad acreedora, que pasa a ser otra en una determinada fecha —la de la escritura de subrogación, con acreditación del pago mediante resguardo de la operación bancaria ejecutada con finalidad solutoria o depósito notarial a disposición del acreedor primitivo—.

Es criterio reiterado del DCMR que las entidades intervinientes deben observar una especial diligencia y colaboración en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, con el

fin de que la operación concluya sin incidencias ni demoras que ocasionen perjuicios a los interesados.

Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación de entidad acreedora y de su enervación

Ante el DCMR se vienen registrando reclamaciones, entre otros motivos, por:

a) Comisión por emisión de certificación de la deuda de la primitiva entidad acreedora, con motivo de iniciarse el proceso de subrogación.

b) Cobro de gastos con motivo del abono en cuenta en la anterior entidad acreedora de cheques emitidos por la nueva entidad prestamista para el pago de la operación subrogada.

c) Generación de intereses deudores y/o comisiones en la cuenta en la primera entidad, al canalizarse con diferentes fechas de valor los flujos monetarios de la cancelación de la operación subrogada en la cuenta que el cliente mantenía en la primera entidad.

d) Por emisión de transferencias o cheques de la nueva entidad acreedora a favor de la anterior, en pago de la deuda objeto de subrogación.

e) Por el cobro de gastos derivados de la formalización de la escritura de novación con la entidad acreedora, una vez enervada la subrogación de la otra entidad

En cuanto a la comisión señalada con la letra a), la emisión del certificado viene determinada por la Ley 2/1994, artículo 2, párrafo 3.º, «[...] y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar», por lo que el DCMR considera el cobro de dicha comisión contrario a las buenas prácticas bancarias.

Respecto a los intereses, comisiones y gastos referidos en las letras b) a d), procede señalar a las entidades implicadas que, tras la subrogación, la operación de préstamo no se extingue, sino que continúa con otra entidad acreedora diferente y, para que el cambio subjetivo se produzca, debe realizarse un pago de una entidad de crédito a otra. Por ello, es criterio del citado DCMR que las entidades deben procurar evitar la utilización de las cuentas personales de los clientes en este proceso, ya que no se trata de un pago del prestatario a la primitiva entidad acreedora, sino de un pago puramente interbancario, por lo que, sobre dicha base, las entidades acreedoras no están legitimadas —ni la primitiva ni la nueva— para imputar comisión ni gasto alguno al cliente como consecuencia de tal pago, sea cual sea el medio utilizado (sistemas de pagos interbancarios, transferencias, cheques, etc.).

Todo ello sin perjuicio, en los casos en los que así proceda, con arreglo a los pactos contractuales y teniendo en cuenta los límites de la normativa aplicable, del posible cobro de comisión por cancelación anticipada, compensación por desistimiento o compensación por riesgo de tipo de interés.

Respecto a los gastos referidos en la letra e), el DCMR entiende que el cliente puede válidamente exigir a la entidad que dicha novación se formalice en documento privado, para evitar los gastos notariales, fiscales, registrales y de gestoría derivados de la escritura de novación, si bien previendo en él expresamente la facultad de la entidad de compeler al

cliente a dicha elevación en cualquier momento si fuera preciso, en particular por si se diera la circunstancia de tener que ejecutar la deuda, si bien, en tal caso, los gastos debería afrontarlos la prestamista.

En el expediente R-201613132, el reclamante discrepó de que la entidad le obligase a escriturar una enervación hipotecaria, con sus correspondientes gastos, cuando hubiera bastado con un contrato privado, sin dichos gastos. La entidad reclamada alegó que la parte reclamante accedió, con su firma en la escritura de novación hipotecaria, a asumir los correspondientes gastos. El DCMR estimó que, aunque la enervación fue correcta, no habría inconveniente en que aquella se formalizara en documento privado (si bien con cláusula que facultara a la entidad a compeler al cliente a dicha elevación en cualquier momento si fuera preciso, en particular por si se diera la circunstancia de tener que ejecutar la deuda), pero, al plantear el cliente dicha cuestión con posterioridad a acceder a la formalización de la novación, no cabría apreciar mala práctica de la entidad por el hecho de haber elevado a escritura pública dicha novación, ni tampoco *a priori* por no asumir la acreedora los gastos de formalización por el hecho de que la entidad certificara *a posteriori* que los hubiera asumido, al no constar acreditado que en la oferta a su cliente le hubiera ofrecido dicha asunción de gastos. Únicamente sería exigible que los gastos se ajusten a las bonificaciones y exenciones previstas en la Ley 2/1994.

Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación

No es indiferente desde el punto de vista patrimonial para el cliente la fecha de aplicación de las nuevas condiciones, que, lógicamente, habrán de ser más favorables para la parte prestataria que las vigentes hasta entonces. Si bien la normativa en vigor no establece un plazo para llevar a cabo la novación, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias el DCMR considera que la mejora en las condiciones debe ser aplicada lo antes posible y, en todo caso, no más tarde del momento en el que hubiera tenido efecto, de haberse producido, la subrogación enervada, considerándose contraria a las buenas prácticas bancarias la inobservancia de tal criterio por las entidades reclamadas.

n. Productos vinculados

Las obligaciones de información previa sobre productos vinculados se recogen en el artículo 12 de la Orden EHA/2899/2011. En el caso particular de los préstamos hipotecarios, no existe, en principio, limitación alguna a las condiciones[13] y cláusulas que se pueden incluir en un contrato de préstamo, siempre que tales cláusulas no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público, según dispone el artículo 1255 del Código Civil. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija del prestatario el cumplimiento de uno o varios requisitos adicionales, como pueden ser, por ejemplo, domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones, un producto de inversión o un seguro de unas determinadas características, aportar uno o varios fiadores, o que sean varios los prestatarios responsables del pago de las cuotas del préstamo.

Por otro lado, en las operaciones a tipo de interés variable es frecuente que entidades ofrezcan bonificar el diferencial que, adicionado al tipo de interés de referencia, determina el tipo de interés aplicable, a cambio de la contratación de determinados productos y/o servicios.

Ahora bien, en los casos en los que la suscripción de una póliza de seguros sea un requisito contractual establecido por una entidad de crédito para el otorgamiento de un prés-

13 Salvo la limitación sobre intereses de demora de préstamos hipotecarios, establecida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

tamo hipotecario y/o para la bonificación del diferencial, y sea innegable la vinculación entre esta entidad y la compañía aseguradora, por la pertenencia de ambas entidades al mismo grupo financiero, no parece admisible que la primera considere que las incidencias que puedan surgir con la referida póliza (entre ellas, su anulación por presunta falta de pago de la prima —con los efectos negativos que conlleva para el prestatario de la entidad de crédito, a más de asegurado «forzoso» de una compañía de su grupo—) sean cuestiones ajenas, que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

Por el contrario, este DCMR considera que, en estos casos, las entidades deben velar especialmente porque sus clientes estén adecuadamente informados y sean conocedores, en cada momento, de la situación del seguro vinculado a la financiación concedida que ha sido concertada con una compañía aseguradora integrada en el mismo grupo financiero que aquella.

En concreto, cuando se produzca el impago de algún recibo de la prima del seguro contratado, la entidad, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros que deben presidir su actuación, debería informar a su cliente y prestatario de la situación de su seguro tan pronto como conozca este incumplimiento, asegurándose de que ha recibido la comunicación emitida al efecto por la compañía aseguradora.

Igualmente, se considera una mala práctica bancaria que las entidades consientan en mantener contratados los seguros suscritos simultáneamente a la formalización del préstamo tiempo después de haber cancelado este, permaneciendo durante dicho tiempo como primer beneficiario de la cobertura, pese a que se habían extinguido sus derechos y obligaciones como acreedor, sin advertir de estas circunstancias a su cliente.

Por lo demás, y salvo lo anteriormente señalado, en relación con los productos de inversión o de seguros, la competencia del DCMR se circunscribe únicamente a valorar la actuación de la entidad como depositaria de los fondos de sus clientes y, por tanto, a comprobar si todos los movimientos que las entidades registran cuentan con el preceptivo consentimiento de su titular.

En consecuencia, la resolución de reclamaciones sobre actividades realizadas por entidades sujetas a la supervisión del Banco de España, pero relacionadas con los mercados de valores (valores mobiliarios, fondos de inversión, derivados, etc.), es competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), a cuyo sitio web puede accederse mediante el siguiente enlace:

https://www.cnmv.es/portal/inversor/reclamaciones.aspx.

Y, del mismo modo, respecto a la comercialización de seguros —incluyendo la información previa, la formalización, la interpretación o la ejecución de contratos— y de planes o fondos de pensiones, la competencia es de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSyFP), que, a estos efectos, tiene sus criterios publicados en su sitio web, al que, igualmente, puede accederse mediante el siguiente enlace:

http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/.

Respecto a la necesidad de contratar un seguro de amortización para la concesión de una operación de financiación hipotecaria, en el expediente R-201605991 el reclamante denunciaba que, a pesar de haber tenido que suscribir un seguro de falleci-

miento e incapacidad temporal para la concesión de un crédito hipotecario, la aseguradora, una vez acaecida la contingencia cubierta, se había negado al pago de la prestación y la entidad se había negado a efectuar gestión alguna, remitiéndole a dicha aseguradora. EL DCMR entendió que la actuación de la entidad reclamada se había apartado de las buenas prácticas bancarias al adoptar una actitud pasiva ante la petición de su cliente, no habiendo acreditado que hubiera mediado entre este y la aseguradora, ni efectuado gestión alguna en defensa de los intereses del prestatario y asegurado, sin perjuicio de remitir al interesado a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre el fondo de cualquier cuestión relativa a la cobertura del seguro.

o. Cesión de créditos hipotecarios

Aunque la cesión de créditos es un negocio jurídico reconocido y regulado por nuestro Derecho civil y mercantil desde épocas pretéritas, ha sido en los últimos años, fruto en gran medida de la proliferación de operaciones de compraventa de carteras de deuda, con o sin garantía real, protagonizadas a menudo, por una parte, por las entidades financieras originadoras de esa deuda y, por otra, por sociedades habitualmente participadas por fondos de inversión, cuando las controversias entre entidad cedente y deudor cedido se han generado, llegando a dirigirse a este DCMR una variedad de reclamaciones que en esta sede se han examinado única y exclusivamente desde la perspectiva que le es propia: la de las exigencias derivadas de la normativa y buenas prácticas bancarias en materia de transparencia y protección de la clientela.

Con dicho enfoque, el DCMR ha valorado en diversos expedientes resueltos en el año 2016 la conformidad del proceder de la entidad supervisada con dichas exigencias en relación, a su vez, con distintos objetos de reclamación, de los cuales, atendiendo a su incidencia, cabría destacar los siguientes:

a) El hecho mismo de haber cedido a un tercero el crédito mantenido frente al reclamante.

b) El que la cesión no haya sido notificada al deudor cedido.

c) El que no se haya proporcionado al deudor cedido determinada información relativa al crédito transmitido a un tercero.

   Sustantividad propia dentro de esta categoría tienen aquellos casos en los que el préstamo, crédito o posición deudora en el sentido más amplio de la palabra que ha sido objeto de cesión se encontrara en situación de morosidad, supuesto en el que las peticiones de información de los deudores han alcanzado, en ocasiones, a extremos no concernientes al crédito cedido en sí, sino al negocio jurídico de cesión.

La cesión de créditos puede definirse como aquella operación por la que el acreedor transmite el derecho de crédito a otra persona, permaneciendo vigente la misma obligación. Normalmente es consecuencia de un negocio jurídico en cuya virtud se ha producido ese desplazamiento patrimonial (venta, permuta, donación, pago de una deuda que ostenta el acreedor frente al cesionario, etc.). El Código Civil regula la cesión de créditos en el capítulo VII, título IV, del libro IV, bajo la denominación de «transmisión de créditos y demás derechos incorporales» (artículos 1526 y siguientes).

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para que la cesión produzca efectos frente al deudor y frente a terceros, debemos distinguir entre el primero y los segundos, siendo los más relevantes a nuestro juicio los que siguen:

– Así, respecto al deudor, es preciso que este tenga conocimiento de ella, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, «el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». Sin embargo, la notificación al deudor, ya sea notarial o judicial, en nuestro Derecho no es requisito que perfeccione la cesión, según lo ha proclamado la jurisprudencia, declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, fundamento jurídico primero, «el consentimiento del cedido no es requisito que afecta a la existencia de la cesión, sino que queda al margen del contrato, y solo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándose con el nuevo acreedor (sentencias de 16 de octubre de 1982, 11 de octubre de 1983 y 23 de octubre de 1984, entre otras), mientras que la simple puesta en su conocimiento solo tiene finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el artículo 1527 del Código Civil».

  En igual sentido, el artículo 347 del Código de Comercio manifiesta que «los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a este».

– Con respecto a la eficacia frente a terceros, es preciso que su fecha conste por modo auténtico, ya que, como declara el artículo 1526 del Código Civil, «la cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro».

En resumen, los sujetos de la cesión del crédito son el acreedor cedente y el acreedor cesionario, de manera que el deudor cedido no es parte en el negocio de cesión, al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca; basta solo el del cedente y el del cesionario.

Así las cosas, este DCMR, en aquellos casos en que se ha planteado ante él la disconformidad del deudor cedido reclamante con el hecho mismo de la cesión de su crédito a un tercero y/o con la ausencia de notificación de dicha cesión al cedido, llegando a impugnar la validez y eficacia del negocio jurídico en cuestión, a menudo con base en esa omisión de comunicación, ha puesto de relieve que la pretensión de declaración de nulidad del indicado negocio o de cualesquiera otros efectos que el prestatario considerara procedente que se anudaran a esa ausencia de comunicación de la cesión correspondería ejercerla ante los tribunales de justicia, por cuanto este DCMR carece de atribuciones para efectuar ese género de declaraciones.

Sin perjuicio de lo anterior, este DCMR viene entendiendo que, desde una perspectiva estrictamente circunscrita a las buenas prácticas en materia de transparencia informativa en las relaciones de las entidades de crédito con su clientela, a la entidad cedente le es exigible que ponga en conocimiento del deudor o deudores cedidos tanto el hecho mismo de la cesión como la identidad del cesionario y los medios para ponerse en contacto con

él a cualesquiera efectos, incluidas las eventuales propuestas de reestructuración de la deuda.

De igual modo, ante reclamaciones en las que la parte prestataria ha denunciado ante el DCMR el que la entidad cedente, tras ser requerida para ello, no le ha facilitado información que le permita comprobar el origen y vigencia o exigibilidad de la deuda, o le ha indicado que el importe de dicha deuda pendiente de pago es uno distinto del que esa parte considera procedente, o, a su petición, no le ha proporcionado su desglose en principal y otros conceptos, lo que ha sido analizado por esta instancia ha sido fundamentalmente si la entidad reclamada ha puesto a disposición del deudor cedido cuanta información le correspondería para poder verificar la procedencia del pago requerido. En concreto, en los casos en los que el cliente se hallaba en mora, dicha información se debe poner a disposición del cliente en exactamente los mismos términos que si se tratara de un cliente que se encontrara en situación regular o al corriente de pago —de acuerdo con el criterio de que la morosidad de un cliente no le priva de la condición de tal en cuanto a los derechos de información que le son propios—, facilitándole la que obre en sus archivos, de modo que, si no dispusiera de los datos de movimientos posteriores al momento de la cesión, habría de indicarle a quién acudir para obtener la información restante.

p. Cesión de activos a la Sareb

Otra problemática particular es la relativa a las operaciones de financiación hipotecarias que fueron cedidas a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, Sociedad Anónima (en lo sucesivo, la Sareb).

Una diferencia fundamental entre la cesión a la Sareb y la cesión a otras mercantiles radica en que la primera no forma parte del ámbito decisor de la entidad, sino que deriva en todo caso de un acto administrativo dictado por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), ya que fue realizada con base en una previsión legal contenida en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y en el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

Pese a esta consideración relativa a la ausencia de capacidad de decisión de la entidad de crédito en cuanto a la transmisión de activos a la Sareb, este DCMR entiende que una buena práctica bancaria implica una notificación al deudor cedido de que se ha procedido a dicha cesión del crédito, con indicación de si es la entidad cedente la que continúa llevando a cabo su gestión o esta ha sido encomendada a un tercero.

q. Titulización de préstamos hipotecarios

Entidad propia presentan, sin duda, los asuntos relacionados con la titulización de préstamos hipotecarios. Mediante el proceso financiero de titulización se transforman unos activos generalmente ilíquidos (derechos de crédito procedentes del pago de créditos o préstamos) en títulos o valores negociables, mediante la cesión en bloque de dichos títulos hipotecarios a un fondo de titulización, que, a su vez, emite unos bonos de titulización para su colocación entre inversores. De esta manera, las entidades transmiten todos o parte de sus riesgos de crédito para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital. De acuerdo con el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, el emisor del título hipotecario (cedente) conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario. Asimismo, establece que «[l]a ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado co-

rresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31».

Desde el punto de vista de este DCMR, la titulización del crédito hipotecario no exime a la entidad financiera de su obligación de cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria, ni de las buenas prácticas y usos financieros.

Entendemos, asimismo, que, una vez que la entidad cedente pone en conocimiento del deudor cedido la cesión de su préstamo a un fondo de titulización hipotecario y le facilita su nombre, puede dirigirse a la sociedad gestora del fondo de titulización de que se trate para obtener copia de la escritura de constitución, el folleto de emisión, el informe anual y los informes trimestrales. Detalles adicionales sobre los deberes de información de tales gestoras podrán obtenerse dirigiéndose el reclamante, si lo estima oportuno, a la CNMV.

No se considera acorde con las buenas prácticas y usos bancarios el cobro de una comisión para facilitar al prestatario la información a que nos venimos refiriendo. Tal valoración se realizó en el expediente R-201610223, y se dictaminó en contra de la entidad reclamada, al condicionar la confirmación a su cliente de si su préstamo se hallaba titulizado y, en su caso, el nombre del fondo de titulización correspondiente, al pago de una comisión. Se alcanzó dicho pronunciamiento sobre la base de que es una exigencia de buenas prácticas que las entidades faciliten a su clientela información sobre la eventual titulización de sus préstamos, habida cuenta de la imposibilidad *de facto* de recabar dicha información por otras vías para el cliente y el interés legítimo que este pudiera tener en dicha información para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

En el expediente R-201609806, el reclamante cuestionaba que la entidad no le entregase certificado de cancelación económica de su préstamo hipotecario amortizado. La entidad alegó que la deuda hipotecaria había sido titulizada y debía acudir a solicitar tal certificado al cesionario gestor de la titulización. El DCMR consideró que, dado que de acuerdo con la comunicación efectuada por la entidad reclamada al reclamante, según la normativa vigente, la entidad acreedora (en este caso, la reclamada) conservaba la titularidad formal de sus préstamos hipotecarios y su administración y custodia por cuenta del fondo de titulización, la subcontratación de dicha administración a un tercero no podía significar el desentendimiento de la entidad frente a su cliente respecto a cualquier incidencia relacionada con el préstamo, incluida la acreditación conveniente de la deuda pendiente que se reclama a la parte prestataria, ya que de otra forma el cliente quedaría en una situación de indefensión, al no poder presentar reclamación ante este DCMR contra una entidad no supervisada, como en este caso es el gestor afectado y, en consecuencia, no poder exigirle el cumplimiento de las buenas prácticas y usos bancarios respecto al cobro de intereses y comisiones.

r. Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés

Mediante su cobertura, se pretende eliminar, o disminuir, el riesgo de tipo de interés asumido por la parte prestataria en las operaciones concertadas a tipo de interés variable. El tratamiento de las reclamaciones derivadas de la contratación de instrumentos financieros derivados como cobertura de riesgos de tipo de interés exige establecer la delimitación de los casos en los que las competencias corresponden a los servicios de reclamaciones del Banco de España o de la CNMV.

Comercialización

En muchos casos, se ha detectado deficiente comercialización del producto, con importantes carencias, especialmente a la hora de acreditar documentalmente que se hubiera informado debidamente al cliente de las características y conveniencia del producto; entre

otras, no ajustarse a la realidad de este, por ser la información facilitada insuficiente, o por impedir que el cliente pudiera valorar correctamente el producto.

Si la firma del derivado se hace de forma simultánea —o con pocos días o semanas de diferencia— con una operación de préstamo hipotecario objeto de cobertura, se exige la inclusión de la oferta del instrumento de cobertura —con descripción de sus características— en la información precontractual, u oferta vinculante, en su caso, de acuerdo con la normativa en vigor, o criterios de buenas prácticas bancarias, en los supuestos en los que no fuera preceptiva tal información, según la normativa vigente en el momento de su contratación.

Se considera que la falta de aportación de dicho documento, o la no inclusión comprobada de dicha información en aquel, respalda la versión del reclamante e implica una falta de transparencia informativa para con su cliente, considerada por el DCMR como contraria a las buenas prácticas bancarias, ya que le impide comprobar que la entidad cumplió con su deber de información, así como que ofreció a su cliente los instrumentos de cobertura disponibles en aquel momento.

Formalización del producto derivado

La entidad debe aportar la documentación contractual debidamente firmada por su cliente.

Si se hiciera referencia en el documento de orden de contratación del derivado o de confirmación de esta a las condiciones generales —por ejemplo, recogidas en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF)—, la entidad debe acreditar haber entregado a su cliente dicho contrato en el mismo acto o con carácter previo, mediante su firma.

Para las contrataciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, deberá aportar igualmente el correspondiente test de conveniencia debidamente cumplimentado.

Documentos de liquidación

Deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 8.3 y 24 de la Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012 regula en su norma undécima las comunicaciones al cliente, señalando, en lo que aquí interesa, que «[l]as 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 los aspectos que se mencionan en el artículo 8.3 de la Orden», remitiendo, además, a su anejo 4, «Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones», y en particular a su punto 5, «Instrumentos de cobertura».

Especial diligencia debe observar la entidad en caso de llevarse a cabo la cancelación anticipada, debiendo ofrecer al cliente una liquidación detallada y comprensible del origen de las variables utilizadas, así como la fórmula de cálculo utilizada; en caso contrario, no se puede comprobar, ni por el cliente ni por el DCMR, la adecuación de los cálculos realizados.

En aquellos casos en los que se produce la reestructuración de un derivado, cancelándose el primero y formalizándose un segundo a instancias de la entidad para ajustarse al nuevo escenario y a las nuevas expectativas de evolución de los tipos de interés, las entidades no suelen realizar liquidación alguna, lo que puede llevar al cliente a pensar

que esta situación se puede replicar en cualquier momento, viéndose sorprendido el cliente por la exigencia de la entidad de pagar un coste de cancelación en los casos en que es él quien, llegado el momento, solicita la resolución anticipada del contrato.

En estos casos, el DCMR viene considerando como falta de transparencia no haber realizado una liquidación de la primera permuta, aunque luego la entidad decidiera no repercutirla al cliente, en el caso de resultar de ella un importe a favor de la entidad, indicando expresamente tal extremo, además de, en su caso, el carácter excepcional de tal circunstancia. También se han visto casos en los que, presumiblemente, la liquidación pudiera haber sido a favor del cliente por la situación del mercado en ese momento, sin que la entidad le hubiera practicado liquidación ni abono alguno, actuación igualmente considerada contraria a las buenas prácticas bancarias.

Cargos en descubierto

En la medida en que no se acredite que se hubiera pactado la forma de reclamar el cobro de las liquidaciones debidas, si estas no se realizan de la forma regularmente establecida mediante el cargo en cuenta con saldo suficiente para ello, entiende el DCMR que la entidad no se encuentra facultada para proceder a su adeudo en descubierto, salvo pacto expreso en contrario, con las consecuencias negativas en cuanto a devengo de intereses y comisiones que tiene dicha actuación. Las entidades, por lo tanto, deberán acreditar que se hallan facultadas para efectuar el cargo en descubierto de las liquidaciones que fueran cuestionadas.

s. Otros aspectos

En los préstamos hipotecarios pueden presentarse las modalidades que a continuación se indican, que, bien deberán constar expresamente en el contrato de préstamo, en cuyo caso serán opcionales para el cliente (quien, de entre las contempladas, decidirá a cuál de ellas se acoge), bien requerirán el consentimiento de la entidad si no se hubiera pactado tal posibilidad. Si de manera genérica se contempla expresamente la posibilidad de cancelación parcial anticipada sin detallar las modalidades posibles, habrá que entender que, de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, será opcional para el cliente elegir la finalidad a la que se aplicará el importe que destine a tal fin.

Amortizaciones parciales anticipadas. Destino

Anticipar el vencimiento final

El importe de la amortización se destinará al principal de las últimas cuotas. Se anticipará el vencimiento del préstamo en aquel número de cuotas cuya suma de capital amortizado sea igual al importe destinado a tal finalidad, con el correspondiente ajuste por los intereses.

Dado que, normalmente, el número de cuotas en que se anticipará el vencimiento final no será exacto, puede optarse por dejar una «cuota pico» por un importe residual, es decir, menor que el de las cuotas ordinarias, o realizarse un recálculo de estas, fijando como nuevo vencimiento final, bien el de la cuota anterior, bien el propio de la propia cuota pico. También puede llevarse a cabo un segundo recálculo de las cuotas periódicas, sobre la base de cualquiera de dichos vencimientos (anterior o de la propia cuota pico), al efecto de homogeneizar su cuantía. En los préstamos a tipo variable, tal homogeneización se producirá normalmente, si no se ha realizado de ese modo, con el primer recálculo de cuotas tras la primera revisión de tipos que se lleve a cabo, momento en el que, igualmente, podrá optarse por fijar el vencimiento final en cualquiera de los señalados (el de la cuota pico o el de la anterior).

Reducción del importe de las cuotas periódicas

El importe de la amortización se destinará directamente a la reducción del capital pendiente en el momento de la amortización, realizando un recálculo del importe de las cuotas sin modificar el vencimiento final de la operación vigente en ese momento.

Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo

Combinación de las anteriores, de modo que una parte de la amortización anticipada se destinará a disminuir el importe de las cuotas y otra a anticipar el vencimiento final de la operación, en la forma anteriormente indicada para cada finalidad.

Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo

Menos frecuente es el supuesto en el que el importe de la amortización se destina al pago de solo el principal de las primeras cuotas mixtas (contienen intereses más amortización de principal). Si la amortización parcial anticipada se realiza durante el período de carencia, dicho importe estaría reservado a la amortización de capital de las primeras cuotas mixtas, implicando, por tanto, la prolongación del período de carencia, hasta alcanzar el importe de la amortización anticipada, teniendo en cuenta el correspondiente ajuste por intereses.

Las reclamaciones correspondientes a este capítulo presentadas ante el DCMR responden, básicamente, a:

a) Disconformidad por el número de cuotas en las que se anticipa el vencimiento final en amortizaciones destinadas a tal finalidad.

b) Disconformidad por el importe de la nueva cuota resultante tras la amortización anticipada destinada a dicho fin.

c) Denuncias de que la entidad aplicó el importe cancelado anticipadamente a una finalidad distinta de la solicitada por el cliente.

d) Denuncias de que, teniendo pactada la posibilidad de cancelación anticipada, parcial o total, sin limitación respecto al momento para hacerlo, no se ha permitido tal operativa en fechas comprendidas entre vencimientos, restringiéndola a la coincidencia con la fecha de vencimiento de las cuotas periódicas. Este supuesto se ha detectado en entidades en que, con motivo de procesos de integración, por fusión, absorción o cualquier otra causa, o de la simple adquisición total o parcial de carteras de activos, la operativa que se venía realizando sin límites hasta ese momento ya no es posible con posterioridad a la reorganización o la cesión.

La resolución de las reclamaciones señaladas con las letras a) y b) se lleva a cabo mediante el recálculo de plazos y/o cuotas resultantes tras las correspondientes amortizaciones parciales anticipadas llevadas a cabo, emitiéndose informe acorde con el resultado del análisis. Hay que resaltar que muchas de las reclamaciones llegan al DCMR como consecuencia de una explicación deficiente por parte de las entidades acerca de cómo operan las amortizaciones anticipadas, y de modo especial cuando, en las operaciones a tipo de interés variable, la amortización anticipada coincide en las proximidades de una revisión del tipo de interés, no explicándose adecuadamente la concomitancia que de tal circunstancia se deriva.

Las reclamaciones englobadas en la letra c) incluyen tanto casos en los que hubo errores de aplicación que no fueron diligentemente regularizados por las entidades, emitiéndose informe contrario a su actuación, como fallos/deficiencias informáticos, que en unos casos fueron regularizados debidamente y en otros no, emitiéndose informes acordes a tales circunstancias. Entre dichas deficiencias informáticas cabe incluir algunos casos denunciados en los que la aplicación de préstamos, según alegaciones de la entidad denunciada, solo permitía una de las dos posibles finalidades (acortamiento del plazo o reducción

de la cuota), y sin respetar el deseo del cliente se aplicó a la finalidad permitida por la aplicación. Estos últimos supuestos se dieron, fundamentalmente, en amortizaciones anticipadas realizadas en los primeros meses de vigencia y/o períodos de carencia de las operaciones. También fueron emitidos informes contrarios a tal actuación, por cuanto, si el contrato contemplaba la posibilidad de amortización anticipada sin condicionar su finalidad, acorde con las buenas prácticas bancarias, la entidad afectada debió llevar a cabo la amortización en la forma solicitada por su cliente, incluso realizando los cálculos de forma manual, al igual que el cuadro de amortización remanente, si así hubiera sido necesario, en tanto los sistemas de tratamiento de la información fueran adaptados a las necesidades operativas concurrentes.

En cuanto a las reclamaciones contempladas en la letra d), este DCMR considera contrario a la buena praxis bancaria no permitir la amortización en el momento solicitado por el cliente cuando no existen limitaciones contractuales al respecto. La restricción no pactada de amortizaciones a las fechas de vencimiento de las cuotas periódicas obliga innecesariamente al cliente a pagar los intereses devengados por el importe que se pretendía amortizar en los días transcurridos entre la fecha de amortización solicitada y el siguiente vencimiento de cuota periódica.

En el expediente R-201609121, el reclamante cuestionaba que la entidad subrogada en el préstamo, debido a la fusión por absorción de la entidad acreedora, no le permitiese efectuar amortizaciones anticipadas en su préstamo hipotecario en cualquier cuantía. La entidad alegó que su sistema solo permitía amortizaciones coincidentes con el importe de una cuota del préstamo o un múltiplo de esta. El DCMR estimó que la exigencia por parte de la entidad de aportar un importe mínimo (coincidente con la cuantía de las cuotas devengadas en ese período de revisión del tipo de interés) o múltiplo del mismo para la amortización parcial anticipada del préstamo hipotecario objeto de reclamación con finalidad de acortamiento de plazo suponía aplicar unas condiciones distintas a las pactadas en el contrato y en las que se subrogó tras la fusión. La complejidad que suele acompañar a las reorganizaciones internas de las entidades en procesos de fusión o de transmisión de carteras no justifica el menoscabo del derecho de los clientes a seguir disfrutando de su operativa habitual, así como de las condiciones pactadas.

Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas

A falta de previsiones contractuales, la multiplicidad de deudas a cargo del deudor puede dar lugar a equívocos en caso de que el deudor, en el momento de realizar el pago, no indique cuál de sus deudas entiende por cumplida y, simultáneamente, que el acreedor no le haga entrega de un recibo en el que especifique en qué concepto ha recibido el pago.

Las reclamaciones presentadas ante el DCMR en lo relativo a imputación de pagos de préstamos hipotecarios versan, fundamentalmente:

a) Sobre los ingresos realizados por ventanilla, en los que el cliente afirma haber comunicado al empleado de la entidad que el ingreso se realizaba para una finalidad determinada, generalmente el pago de alguna cuota del préstamo hipotecario vencida o por vencer próximamente, y que, pese a esa advertencia, la entidad realizó el abono en cuenta y llevó a cabo otros adeudos en ella, no dejando saldo suficiente para el pago de la cuota del préstamo hipotecario, que resultó impagada.

b) Sobre provisiones de fondos realizadas por transferencia con la misma finalidad y resultados que los indicados en el punto anterior, pese a que en el

apartado de «Observaciones» de la transferencia se había indicado la finalidad del abono.

c) Sobre los ingresos realizados en cajero automático en los que el cliente recoge como concepto o referencia el préstamo al que han de aplicarse.

En los supuestos a) b) y c) precedentes, es frecuente que, ante tales situaciones, si el cliente titular del préstamo tiene otras deudas vencidas y exigibles de menor garantía que el préstamo hipotecario, realice el abono del ingreso/transferencia en cuenta y, en primer lugar, la entidad efectúe el cargo en cuenta de las otras deudas de menor garantía (cuotas de préstamos personales, pagos periódicos de tarjetas de crédito, regularización de descubiertos en cuenta, etc.) y, finalmente, si hay saldo remanente suficiente, cargue la/s cuota/s del préstamo hipotecario pendientes de pago o, en su caso, su amortización anticipada.

d) Habiéndose realizado una compraventa de vivienda gravada con una hipoteca anterior no amortizada en su totalidad, tras retener el comprador el importe del saldo de la hipoteca pendiente de amortización y realizar posteriormente transferencia bancaria a favor del antiguo prestatario (vendedor de la vivienda), habiendo indicado en el apartado de «Observaciones» que el importe de la transferencia era para el pago del saldo pendiente de la hipoteca a nombre del vendedor, la entidad acreedora y domiciliataria de la transferencia realiza el abono en la cuenta del beneficiario y, bien este dispone del saldo sin llevar a cabo la cancelación económica de la hipoteca, bien dicho beneficiario tiene deudas pendientes en la propia entidad domiciliataria de la transferencia, la cual, al recibir el abono y encontrar saldo disponible, aprovecha para cargar a su cliente deudas pendientes de pago.

El criterio del DCMR en estos casos es que, de no acreditarse que se ha comunicado con carácter previo o, en su caso, simultáneo la imputación de pagos, no hay razones suficientes para emitir un informe contrario a la actuación de las entidades en relación con tales hechos.

No obstante, cuando los ingresos se realizan por ventanilla, con intervención de empleado de la entidad, y en el documento de ingreso —incluso en el apartado de «Observaciones/Concepto»— se indica su finalidad, el DCMR entiende que una actuación diligente por parte de la entidad debe llevarle a registrar el ingreso para la finalidad señalada en el documento y, si fuera necesario, antes de admitir el ingreso, ofrecer al cliente que tal imputación pueda realizarla por escrito en documento aparte, acusándole recibo en copia de este, de manera previa, o simultánea, a la admisión y validación del ingreso, de modo que la imputación de pago resulte eficaz.

En el caso de transferencias con indicación en el apartado de «Concepto/Observaciones» del destino de aquellas, incluso aunque se indique el número del préstamo que se desea cancelar, dicha información no puede ser considerada como instrucciones de imputación de pago destinadas a la entidad domiciliataria de la transferencia, sino como simple observación dirigida al cliente beneficiario de la transferencia.

Adicionalmente, en el caso c), en el que el titular del préstamo pendiente de cancelar es el vendedor de la vivienda, además de disponer de saldo en cuenta —cuya provisión de

fondos se hace mediante transferencia enviada por el comprador—, sería necesaria su autorización para llevar a cabo tal cancelación.

Así pues, el DCMR recomienda que, en casos como los citados en las letras a) y b), los clientes realicen la imputación de pagos de modo fehaciente, de tal manera que puedan acreditarla con posterioridad, en caso de que aquella no hubiera sido tenida en cuenta por la entidad prestamista, supuesto este último en el que se emitiría una opinión contraria acerca de la actuación de la entidad.

Por otro lado, el DCMR, en relación con los ingresos citados en la letra c), diferencia entre los casos en los que el recuento del efectivo ingresado está automatizado y comprobado por el propio cajero de aquellos en los que el recuento es manual y se realiza posteriormente por los empleados de la entidad, entendiendo que únicamente es susceptible de imputación el segundo tipo de ingresos. No obstante, sería muy recomendable que en estos casos se advierta por el propio cajero en el primer tipo de ingresos que no son susceptibles de imputación por la mera consignación de la finalidad pretendida en el campo concepto o referencia de la operación.

De igual modo, en el supuesto de la letra d) (cancelación de préstamo a nombre de terceros en otra entidad mediante transferencias emitidas con tal finalidad), se recomienda que se adopten las cautelas necesarias tendentes a asegurar la cancelación del préstamo. A título de ejemplo, entre otras: i) recabar instrucciones de la parte vendedora de la finca y prestataria del préstamo pendiente de cancelar, para enviarlas, con carácter previo al abono, a la entidad acreedora del préstamo, solicitando de manera irrevocable la aplicación del importe pendiente de recibir vía transferencia a tal fin, y ii) realizar la transferencia a nombre de la entidad acreedora del préstamo pendiente de cancelar, con indicación de la finalidad y recabando, en todo caso, el consentimiento expreso de la parte prestataria para la cancelación de la operación. De igual modo, hay que señalar que existe una modalidad de transferencia interbancaria en virtud de la cual la entidad ordenante realiza su imputación a la cancelación del préstamo debidamente identificado, siendo necesario siempre recabar el consentimiento del prestatario para proceder a la cancelación deseada.

Continuando con el supuesto de la letra d), si con motivo de la compraventa interviniera como parte otra entidad, por haber concedido financiación al comprador destinada, en todo o en parte, a la cancelación del préstamo a nombre del vendedor, con criterios de buenas prácticas bancarias, debería ser ella misma la que se ocupara de gestionar la cancelación segura del préstamo preexistente[14], y ello no solo en interés del comprador, sino también de ella misma, puesto que, de no realizarse la cancelación registral del préstamo anterior, la finca seguiría gravada por este, en la parte no amortizada, y el nuevo préstamo hipotecario concedido se situaría en peor posición en cuanto a la prelación de acreedores se refiere.

Finalmente, si un cliente pide asesoramiento a su entidad para enviar fondos a otra destinados a la cancelación de un préstamo hipotecario a nombre de un tercero, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, la entidad deberá asesorarle debidamente, tanto para que recabe el consentimiento del deudor como para realizar la provisión de

14 En materia de sistemas de pagos interbancarios, existe un procedimiento de transferencia urgente, vía TARGET2-Banco de España, que, a través del envío de un mensaje *Swift,* instruye la imputación de pago entre entidades.

fondos a la entidad acreedora del préstamo que se pretende cancelar con imputación segura de aquella a la pretendida finalidad.

Respecto a la imputación de ingresos realizados a través de ventanilla y de cajero automático, en el expediente R-201606492 el reclamante discrepaba, entre otros extremos, con la no imputación de los ingresos realizados a través de dichos medios, con órdenes expresas de aplicarlos al pago de las cuotas de su hipoteca, sino a cubrir débitos pendientes de tarjetas de crédito. El DCMR estimó que, respecto a las operaciones de ingreso en cajero automático, que fueron las únicas no aplicadas a la finalidad ordenada por el cliente, la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, por cuanto constaba acreditado que aquella desatendió las órdenes de pago de su cliente cuando este se dispuso a efectuar los ingresos analizados, sin acreditar que dichas operaciones estuvieran automatizadas y no procediera atender las órdenes recogidas en el concepto de estas.

Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin

En principio, y salvo otros pactos contractuales alcanzados, la concurrencia de la contingencia cubierta por el seguro no implica por sí sola que dejen de devengarse los intereses pactados, ni que las entidades prestamistas cesen en la emisión de los recibos mensuales correspondientes, al menos hasta que se haga efectivo el pago de la cantidad asegurada por parte de la compañía aseguradora. En ese momento se procederá, en su caso, a la amortización anticipada del préstamo, satisfaciéndose entonces el capital pendiente y los intereses devengados desde el pago del último recibo si así se hubiese pactado.

En cuanto a reclamaciones formuladas ante el DCMR sobre esta materia, básicamente se centran en:

a) Denuncia de demora en la amortización del préstamo cubierto, con el consiguiente devengo de intereses a favor de la entidad prestamista, y la pretensión del reclamante de que se le devuelvan los intereses devengados desde la fecha en que debió ser amortizado el préstamo.

b) Falta de cobertura de la amortización del préstamo. Sin llegar a ser numerosas, se han presentado reclamaciones porque, bien siendo exigida la contratación del seguro para la concesión del préstamo, bien siendo ofertada su contratación para bonificar el diferencial del tipo de interés, y cubriendo el seguro la contingencia de desempleo, acaecido el suceso de quedarse en paro el prestatario y asegurado, resultaba que el seguro solo cubría tal contingencia para empleados «fijos», y no para eventuales o interinos, circunstancia que concurría en el asegurado en el momento de la contratación del seguro.

El criterio del DCMR en este punto es como sigue:

En el supuesto a), siempre según la documentación aportada por las partes al expediente, habría que analizar si la entidad actuó diligentemente en relación con los hechos denunciados. En caso de considerarse que no actuó con la diligencia que le es exigible en defensa de los intereses de su cliente, se emitiría opinión contraria a su actuación. Si, por el contrario, la entidad actuó diligentemente, es razonable entender que, al haber estado financiando el capital prestado hasta el momento de la amortización del préstamo, no procedería la devolución de los intereses devengados, pues estos son la remuneración de un capital del que efectivamente ha dispuesto el prestatario. Ello siempre sin perjuicio de la legitimidad

que pudiera asistir al reclamante de exigir responsabilidades a la entidad aseguradora o a quien, en su caso, pudiera haber provocado la demora, valoración que, en todo caso, excedería la competencia del DCMR.

En el supuesto b), siempre y cuando la entidad hubiera sido mediadora en la colocación del producto, y sin perjuicio de las responsabilidades en las que, como tal, pudiera haber incurrido en materia de seguros, cuya valoración compete a otras instancias, en lo que sí procede al DCMR valorar, este emitiría un criterio contrario a las buenas prácticas bancarias, al haber recomendado y/o intervenido en la contratación de un seguro con coberturas no adecuadas para la situación personal del cliente, cabiendo presumir, igualmente, que, al no cubrir tal contingencia, la prima hubiera sido inferior. Ello salvo que la entidad pudiera acreditar que advirtió debidamente a su cliente asegurado, quien, en todo caso, decidió suscribir el seguro con tal cobertura.

Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualación de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza

Las entidades, apoyándose en las cláusulas genéricas de gastos incluidas en las escrituras (por las que los prestatarios responden de la totalidad de los gastos e impuestos que deriven de la operación), suelen entender que deben ser sus clientes los que asuman el coste tributario (impuesto sobre transmisiones y actos jurídicos documentados), añadido y liquidado complementariamente tiempo después de la formalización del préstamo hipotecario, cuyo hecho imponible es la inclusión en él de pactos de igualación de rango o de afianzamientos, siendo las propias entidades los sujetos pasivos del impuesto.

Las entidades financieras, como profesionales en la materia, saben que puede tener lugar el devengo de dicho impuesto, y si se pretende que este lo asuman los prestatarios, con criterios de buenas prácticas bancarias, debe hacerse expresamente una estimación de su posible cuantía y, en su caso, recabar autorización para su cargo en cuenta. Adicionalmente, cuando las entidades reciben la liquidación del impuesto, según aquellos criterios, deben analizarla detenidamente y, de encontrar algún indicio de que tal liquidación no ha sido practicada rigurosamente, según la normativa aplicable, formular el correspondiente recurso en interés de su cliente. Las actuaciones de las entidades sin tener en cuenta tal proceder que han dado lugar a reclamaciones ante el DCMR han sido consideradas no conformes con las buenas prácticas bancarias.

Por otro lado, si inicialmente no se contempló el devengo del impuesto de manera fundamentada, pero, finalmente, se tuviera noticia de aquel con posterioridad a la formalización de la operación, el DCMR considera que las buenas prácticas bancarias exigen que se advierta al cliente de lo sucedido (así como de las acciones iniciadas, en su caso, frente a la Administración Tributaria), dejando pendiente el adeudo de cantidad alguna e intentando llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Errores en escrituras públicas

En caso de materializarse errores en las escrituras con las que se elevan a públicos los acuerdos alcanzados por las entidades con sus clientes, debe procurarse su rectificación a la mayor brevedad posible, para lo que se precisará, con carácter general, el consentimiento de todos los otorgantes del documento que se subsana. En tales casos, las entidades deberán hacer saber a los clientes afectados la necesidad de su colaboración al respecto, dándoles todo tipo de explicaciones y todas las facilidades posibles para su comparecencia, tratando de llegar a un acuerdo amistoso para ello. Mas si los clientes no atendieran a razones, negándose a colaborar, el DCMR entiende que, de resultar necesario, las entidades estarían legitimadas para recabar el amparo de los órganos judiciales competentes para la regularización del error, ya que, de otro modo, podría perpetuarse la situación irregular. Ahora bien, esta regla se suaviza en caso de que la modificación perju-

dique a una sola de las partes, pues entonces —según indica la Dirección General de los Registros y del Notariado— bastará con la firma de la persona afectada, sin necesidad de que concurran las demás.

El artículo 153 del Reglamento Notarial faculta al notario a rectificar por propia iniciativa —sin intervención de los otorgantes— los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales entre vivos, autorizando la subsanación notarial en ausencia de las partes si consta el error de forma manifiesta o patente o, en su defecto, se demuestra dicho error material u omisión fehacientemente, sin descartar su corrección por resultar discordante con los hechos percibidos por el propio notario.

Ahora bien, hay que tener presente que la rectificación del error se ha de mover dentro de las coordenadas expresadas, pues de otra manera sería ineficaz. Y es que no hay que olvidar que esta opción se ofrece al notario como un remedio excepcional, de interpretación restrictiva, sin que, por lo tanto, pueda amparar valoraciones ni modificación ninguna de los intereses en juego.

De acuerdo con este criterio, se considera una mala práctica que las entidades, una vez conozcan el error cometido, bien detectado por ellas mismas, bien porque así se lo pongan de manifiesto los clientes afectados, no adopten una actitud diligente en orden a su subsanación lo antes posible; que ni siquiera insten su posible corrección ante el notario, estando claro que, de ser rechazada por este, de acuerdo con la normativa notarial, únicamente cabría la corrección consensuada entre las partes y, en su caso, el recurso a los tribunales de justicia.

En el expediente R-201612103, el reclamante discrepaba con el hecho de que la entidad le reclamase una cuota final de 13.000 euros, que no constaba en la escritura de hipoteca. La entidad alegó la existencia de un error en la redacción definitiva de la escritura. El DCMR estimó que la omisión de la cuota final en la escritura de subrogación y novación formalizada en junio de 2004 constituiría una palmaria falta de diligencia por su parte, no habiéndose percatado de ella hasta que le fue puesta de manifiesto la incidencia por su cliente en noviembre de 2015. El DCMR estimó que, si el origen del error se encontraba en la redacción de la escritura, debía procurarse su rectificación a la mayor brevedad posible, para lo que se precisaba, con carácter general, el consentimiento de todos los otorgantes del documento que se subsana.

Cláusulas de vencimiento anticipado

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas en 2016 en las que se han planteado las discrepancias de los prestatarios con las cláusulas de vencimiento anticipado recogidas en sus contratos de préstamo hipotecario, basadas en diversos motivos, pero con el común denominador de la pretensión de los interesados de que se declarasen abusivas y fueran eliminadas del contrato.

En todos los casos, el DCMR ha considerado que corresponde únicamente a los tribunales de justicia la eventual declaración de abusividad de las clausulas controvertidas y su consecuente anulación, así como la determinación de los efectos jurídico-patrimoniales dimanantes de dicha anulación, sin perjuicio del pronunciamiento del DCMR en los casos en los que se aprecie falta de claridad y trasparencia en la redacción y/o aplicación de dichas cláusulas.

Sobre el particular, al cierre de esta Memoria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había emitido una relevante sentencia el 26 de enero de 2017 de cara a la declaración de

abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, motivo por el cual se incluyen los comentarios siguientes sobre dicha resolución judicial y sus consecuencias en la praxis de los tribunales españoles.

A raíz de la presentación de una cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander sobre, entre otros extremos, la abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado, el TJUE, en su sentencia de 26 de enero de 2017, no da respuesta a si en el proceso judicial del que trae causa la cuestión prejudicial realmente existe o no abusividad en la cláusula de vencimiento anticipado consignada en el contrato, pero sí enumera los criterios genéricos, que, trasladados a la formulación del contrato y a su vida posterior, deben permitir al órgano judicial determinar si esa concreta cláusula es o no abusiva a la luz de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13, exigiendo al juez nacional examinar la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando, en el momento de su celebración, todas las circunstancias que concurran, así como que exista un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor, por colocarle en una situación de inferioridad, y que ese desequilibrio se realice contraviniendo las exigencias de la buena fe.

Así las cosas, respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE señala que el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato solo resultará no abusivo cuando se considere el incumplimiento suficientemente grave en relación con la duración y cuantía del préstamo, y siempre y cuando el derecho nacional prevea medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto de la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo, consolidando la doctrina recogida en la STJUE de 14 de marzo de 2013, la cual modificó las líneas de actuación de nuestros órganos judiciales sobre dichas cláusulas y provocó una reforma legislativa de la LEC.

Antes de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la subsiguiente reforma operada, el artículo 693.2 de la LEC admitía el vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos de amortización, lo que permitió que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, del 10 de octubre de 2012 sostuviera la admisión de la cláusula de vencimiento anticipado basada en el impago de alguno de los plazos.

No obstante, tras la reforma de la LEC, esta norma solo ampara el vencimiento anticipado del préstamo si concurre el impago de tres cuotas o cantidad equivalente impagada.

A la vista del panorama jurisprudencial expuesto, que da un paso más en la dirección iniciada en marzo de 2013, los órganos judiciales españoles no comprueban ya únicamente el incumplimiento de las tres cuotas, sino que, de acuerdo con la doctrina del TJUE, examinan la totalidad del contrato, interpretando que el artículo 693 de la LEC tan solo fija unas condiciones mínimas para valorar el incumplimiento, pero, en función de las circunstancias de cada caso, ese mínimo puede ser irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y susceptible del control de abusividad, de manera que solo así la norma respetaría la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento tiene carácter suficientemente grave respecto a la duración y cuantía del préstamo —auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015—.

Liberación de fincas hipotecadas

Han sido en el ejercicio de 2016 recurrentes las reclamaciones centradas en la pretensión de los prestatarios de liberar una o varias de las fincas hipotecadas mediante el pago del importe correspondiente a su responsabilidad hipotecaria.

El DCMR, sobre la base de la normativa hipotecaria de aplicación y la interpretación que hace de ella el Tribunal Supremo, entiende que solo cabría dicha liberación si hubiera tantas hipotecas como fincas hipotecadas, pero no en caso de que se hubiera pactado una única hipoteca sobre todas ellas, que es el supuesto habitual, siendo facultad discrecional de la entidad en este último caso acceder a tal pretensión, ya que la hipoteca es indivisible y el reparto de la responsabilidad hipotecaria entre cada finca solo determina el importe máximo por capital, intereses, costas y gastos por el que se puede ejecutar cada una de ellas.

La única excepción a dicha liberación sería la adquisición de la finca que se ha de liberar por un comprador de buena fe, la cual deberá ser facilitada por la entidad, previo pago por aquel de la parte proporcional del débito pendiente del préstamo correspondiente a dicha finca en función de su responsabilidad hipotecaria.

En el expediente R-201604167, el reclamante se mostró contrario a que la entidad se negara a liberar alguna de las tres fincas hipotecadas bajo el mismo préstamo. El DCMR consideró que, sobre la base de las condiciones fijadas por las partes en la escritura de préstamo hipotecario, no parecía posible, salvo mejor interpretación de los tribunales de justicia, contemplar la aplicación del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, dado que era necesario partir del principio de indivisibilidad de la obligación hipotecaria que grava varias fincas en garantía de un solo crédito (artículo 1860 del Código Civil y artículo de la 122 LH), y puesto que el derecho de crédito no se había dividido entre las tres fincas, sino que era un crédito único garantizado con tres fincas, con independencia de que se hubiera distribuido la responsabilidad hipotecaria entre ellas como exige el art. 119 de la LH —lo que garantiza que cada una de ellas no podrá responder más allá de la responsabilidad asignada—, pero ello no implicaba necesariamente una división del crédito o la deuda en partes. Por ello, la cancelación parcial de la hipoteca respecto a la finca que se pretende liberar, propiedad de la parte reclamante, es decir, la liberación de esta garantía del préstamo hipotecario, requiere el consentimiento de la entidad, y dicho consentimiento se incluye en lo que ha venido en denominarse «política comercial y de asunción de riesgos de la entidad», ámbito en el que la entidad puede actuar con total discrecionalidad, y sobre el que este Departamento no puede pronunciarse. Resta recordar la previsión del artículo 221 del Reglamento Hipotecario, del siguiente tenor literal: «Distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme a los artículos 119 y siguientes de la Ley, si alguna de ellas pasare a tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas.»

3.1.2 PRÉSTAMOS CON GARANTÍA PERSONAL

Préstamos con garantía personal son aquellos en que no existe una garantía real, es decir, que recaiga sobre un bien inmueble (hipoteca) o sobre bienes muebles (prenda), ni incluidas cantidades dinerarias (pignoración de depósitos), de modo que la única garantía de reembolso del préstamo concedido es la solvencia del deudor prestatario y, en su caso, de los fiadores o avalistas de la operación.

Una parte muy importante de los préstamos con garantía personal son los llamados «préstamos o créditos para consumo[15]», que se regulan en la actualidad en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC o «la Ley»). Se aplica solo a contratos de crédito bajo forma de pago aplazado entre un prestamista y un consumidor (persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional) cuyo importe ascienda, al menos, a 200 euros, sin superar los 75.000, siendo de aplicación parcial para operaciones de mayor importe[16].

En materia de transparencia bancaria, en lo no previsto en la LCCC, a los préstamos o créditos de esta naturaleza les será de aplicación lo previsto en el título I y en el capítulo I del título III de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, según preceptúa su artículo 33, «Normativa de transparencia de los créditos al consumo».

El DCMR considera que, con carácter general, incumbe a las entidades, en su propio interés, en el de sus clientes y en el de terceros que pudieran verse afectados, adoptar las máximas cautelas en la verificación de la identidad de las personas con las que entablan relaciones financieras, diligencia que debiera extremarse en caso de concertación de préstamos personales, precisamente por el quebranto que, en los casos de suplantación de personalidad, pudiera derivarse no solo para la entidad, sino también para aquellas personas que hayan sido objeto de la aludida suplantación.

a. Contratación

Los contratos, que deberán estar debidamente firmados, contendrán, necesariamente, los requisitos previstos en el punto 3 del artículo 7, «Información contractual», de la mencionada Orden EHA/2899/2011, complementados por los igualmente contenidos en la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. En el caso de los créditos para consumo, habrá de estarse, en primer lugar, a los requisitos exigidos por el artículo 16, «Forma y contenido de los contratos», de la LCCC. Es imprescindible que en el documento contractual de un crédito para consumo se recojan las menciones preceptivas de la ley, a las que se hace referencia más adelante, información que es esencial para que los clientes se obliguen con total conocimiento y conciencia de sus obligaciones y derechos. Las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

Por último, en este punto debemos incidir en que la declaración de ineficacia, total o parcial, inexistencia o nulidad de un contrato de financiación, ya sea derivada de la ineficacia del contrato de consumo del que traiga su causa, ya tenga otro fundamento, excede ampliamente el ámbito de competencia de este DCMR, debiendo obtenerla el interesado, si lo estima oportuno, de quienes única y exclusivamente tienen competencias para ello, esto es, de los tribunales de justicia.

Así se declaró por nuestra parte, a título de ejemplo, en el expediente R-201600343, en relación con la contratación telefónica de una tarjeta de crédito, en el que se informó a la parte reclamante de que en el supuesto de que estimara que hubo vicios en el consenti-

---

15 Son numerosas las reclamaciones presentadas por la lenta amortización de la deuda en operaciones de crédito para consumo, modalidad *revolving* (especialmente, tarjetas de crédito con pago aplazado y, en menor medida, préstamos). En el apartado 3.3.3, «Tarjetas», letra c), «Tarjetas de pago aplazado», se hace una breve referencia a las causas que generan tal circunstancia.

16 En los contratos de crédito de importe superior a 75.000 euros, solo serán aplicables los artículos 1 a 11, 14, 15 y 32 a 36 de la ley (artículo 4.5).

miento prestado en dicha contratación, debería plantear esta cuestión ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

De particular interés resulta, en este mismo orden de cosas, el expediente R-201608092, tramitado a instancias de un prestatario que entendía que el documento contractual que había recabado de la entidad de crédito, el cual habría sido firmado mediante PIN previamente enviado a un número de teléfono a su nombre, no sería válido y no cumpliría con los requisitos de forma establecidos en la LCCC.

En dicho expediente, este DCMR analizó esta forma de contratación electrónica con el concurso de una «tercera parte confiable» o «tercero de confianza», el cual habría puesto a disposición del reclamante las condiciones contractuales, para que él mismo, tras su lectura, las aceptara tecleando el código de operación informado mediante un SMS que le habría sido remitido al número de teléfono móvil facilitado por él en el impreso de solicitud, análisis que se efectuó a la luz de la propia LCCC y de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, tomándose asimismo en consideración el contenido de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

A resultas del indicado examen, se declaró por nuestra parte que, desde el estricto punto de vista de la normativa de ordenación y disciplina bancaria, no existe impedimento alguno a la contratación de un préstamo o crédito para consumo que se inscriba dentro del ámbito de la LCCC a través de una técnica de comunicación a distancia, incluidos los medios telemáticos y electrónicos, siempre y cuando se dé pleno cumplimiento a las exigencias de las normas de transparencia informativa con las adaptaciones que procedan en atención al medio empleado para la formalización de la operación —adaptaciones que en ningún caso podrán suponer merma de los derechos del prestatario—, normas de entre las que destacarían la necesidad de que el contrato conste en un soporte duradero (artículos 7 y 16.1 de la LCCC) y de que contenga las condiciones financieras de la operación y otros elementos esenciales tasados (artículo 16.2), respecto de lo cual la carga de la prueba se atribuye al prestatario (artículo 17).

b. Liquidación

En la Orden EHA/2899/2011, punto 3 de su artículo 8, «Comunicaciones al cliente», y en el punto 1, norma undécima, «Comunicaciones al cliente», de la Circular del Banco de España 5/2012, se contempla la información que, con claridad y exactitud, deberán contener los documentos de liquidación de intereses y/o comisiones que habrán de facilitar las entidades de crédito (tipo de interés nominal aplicado, comisiones y cualquier otro gasto, etc.). En el anejo 4 de dicha circular se incluyen modelos normalizados de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por las entidades en las citadas comunicaciones. En los casos en que la operación dé lugar únicamente a pagos periódicos prefijados, la entrega de los sucesivos documentos de liquidación podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anejo, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

Lo expuesto es predicable de cualesquiera liquidaciones de la operación de financiación, se encuentre esta en situación regular o irregular. Puede citarse como ejemplo el expediente R-201607736, cuyo objeto consistió en la discrepancia del cliente con el cargo de

una elevada suma en concepto de «regularización», que la entidad reclamada explicó en trámite de alegaciones en esta sede como el resultado de aplicar el tipo de interés de demora pactado en el contrato de póliza de crédito entre las partes sobre el saldo deudor de la correspondiente cuenta al declararse su vencimiento y por el tiempo transcurrido hasta que dicha deuda fue refinanciada.

En el informe elaborado por este DCMR, aunque se señaló el derecho que asistía a la entidad para reclamar de su cliente, de acuerdo con las condiciones contractuales pactadas, el pago de cualquier cantidad que legalmente le adeudara por razón del crédito, se concluyó que su actuación resultaba contraria a los buenos usos y prácticas financieras, toda vez que faltó a la claridad y la transparencia informativa con respecto al propio documento de liquidación (por cuanto le habría sido exigible facilitar a su cliente información más detallada acerca de ella, incluyendo, al menos, el tipo de interés aplicado, el montante sobre el que dicho tipo se aplicaría o los días efectivamente tenidos en cuenta para su cómputo) y al concepto del apunte cuestionado (al no reflejar claramente su naturaleza).

Como es sabido, junto con los intereses y comisiones que constituyen la contraprestación recibida por las entidades de crédito a cambio de los servicios prestados a sus clientes, aquellas se encuentran facultadas para repercutir a estos los gastos en que efectivamente incurran para poder prestárselos, debiendo cumplir con idénticos deberes de información con respecto a estos últimos. Encontramos de interés la mención, sobre este particular, del expediente R-201517484, en el cual se resolvía sobre el conflicto entre una entidad y las personas jurídicas titulares de varias pólizas de crédito formalizadas con la primera, en las que se recogía una cláusula en virtud de la cual los importes que se habían de sumar en concepto de corretajes a los intereses adeudados por la financiación no podrían suponer un incremento al tipo de interés nominal superior al 0,025 %, siendo que este último porcentaje había venido siendo aplicado en todos los casos de forma automática.

Este DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, pues no aportó documentación destinada a acreditar que, según afirmaba en sus alegaciones, el importe que se adeudaba a sus clientes en concepto de corretajes se correspondía con la tarifa que los *brokers* repercuten a las entidades acreditantes por la obtención de fondos en el mercado interbancario con el fin de cubrir los riesgos de tipo de interés y de flujos de liquidez, justificación documental que se reputó exigible aun cuando las operaciones se realizaran en bloque.

c. Renovación/refinanciación de pólizas de crédito

Con carácter general, las operaciones deben ser satisfechas a su vencimiento, salvo que los propios contratos contemplen la posibilidad de renovación en determinadas circunstancias. Pero no es menos cierto que es práctica habitual que las operaciones crediticias concertadas entre las entidades y, principalmente, las sociedades mercantiles y empresarios, aunque no contemplen expresamente la renovación entre sus condiciones, se renueven o refinancien al vencimiento, si así lo solicitan los acreditados y siempre y cuando dicha renovación o refinanciación sea aprobada por las entidades prestamistas tras someterse al oportuno estudio y análisis de los correspondientes órganos de riesgos que tienen por objeto tal finalidad, dentro de la discrecional política de riesgos de la entidad, la cual es dinámica en el tiempo en función de diversos parámetros, tanto internos como externos.

Del mismo modo, en caso de sanción positiva, unas veces lo es en idénticas condiciones a las de la operación próxima a vencer o, en su caso, vencida, y otras se

modifican las condiciones, realizando las entidades nueva propuesta de condiciones de renovación, que deberán ser aceptadas por los acreditados; en caso contrario, procede el reembolso de la operación al vencimiento o, en su caso, de la operación ya vencida.

Las entidades, con motivo de una renovación o refinanciación de una póliza de crédito y con anterioridad a su firma ante notario, deben informar de todas las condiciones económicas y financieras que van a resultar de aplicación, con objeto de que los clientes puedan comparar dichas condiciones con otras del mercado y decidir libremente y con conocimiento de causa si resulta o no de su interés la operación en los términos propuestos.

En el expediente R-201518783, se resolvió acerca de una reclamación formulada por el hecho de que la entidad de crédito no habría procedido a la renovación o prórroga del contrato preexistente, sino a la suscripción de uno nuevo, con lo que la entidad, en opinión de los reclamantes, les habría ocasionado unos perjuicios que identifican con, de un lado, las comisiones de estudio y apertura de la nueva operación y, de otro, el incremento del tipo de interés remuneratorio con respecto al inicialmente vigente.

En dicho supuesto, este Departamento concluyó que no cabía apreciar en la conducta de la reclamada una infracción de norma de transparencia alguna ni un alejamiento de las exigencias de una buena praxis financiera, ya que, de conformidad con la literalidad de los pactos contractuales contenidos en el instrumento original, los clientes no tenían atribuida ninguna facultad para que se llevara a efecto la prórroga de su interés, de manera que la obtención de financiación pasaría en todo caso por un nuevo acuerdo entre las partes, siendo libre la entidad de avenirse a conceder ese crédito o de no hacerlo, aplicando su discrecional política comercial y de riesgos. Sin embargo, la libertad de las partes para alcanzar un pacto en cuanto a las concretas condiciones de ese segundo acuerdo de financiación no obsta para que la entidad se encuentre obligada a respetar los dictados de la normativa de transparencia bancaria, que imponen una serie de obligaciones de información previa a la clientela, cuyo cumplimiento, en este caso, no fue acreditado, concluyéndose por ello que aquella podría haber incurrido en un quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela.

d. Novedades normativas en la financiación a pymes

Aun cuando esta normativa aún no ha tenido reflejo en los informes elaborados por el DCMR en el ejercicio de referencia de la presente Memoria, consideramos del máximo interés hacer mención en ella de las mejoras en la financiación bancaria a las pequeñas y medianas empresas o «pymes» introducidas por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que persigue el objetivo que le da título a través de dos vías complementarias, como son el hacer más flexible y accesible la financiación bancaria y el desarrollar medios alternativos de financiación.

Dicha norma ha constituido una novedad clave en el ámbito de la transparencia en el año 2016, ya que, si bien la mayor parte de sus preceptos se encuentran vigentes desde el 29 de abril de 2015, su título primero, concerniente a la financiación propiamente bancaria, entró en vigor el 11 de octubre de 2016, fecha en la que se cumplieron tres meses desde la publicación de la Circular del Banco de España 6/2016, de 30 de junio, a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento «Información Financiera-PYME» y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

Mediante las mencionadas normas, se pretende abordar el problema de la asimetría informativa entre entidades y clientes, siendo tales, conforme a la definición de la Ley, la pyme, microempresa, pequeña o mediana empresa de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, incluyendo a las personas físicas que ejercen actividades económicas o trabajadores autónomos.

Así, conscientes de que una información deficiente, insuficiente o poco fiable de los demandantes de financiación puede traducirse en una restricción o encarecimiento de la que las entidades están dispuestas a otorgar, se establecen distintas obligaciones a cargo de los financiadores, tendentes a facilitar la búsqueda de otras fuentes de financiación por parte de sus clientes, obligaciones cuyo incumplimiento podrá tener la consideración de infracción grave de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Estas obligaciones, que se han de incluir en todo caso dentro de la información contractual, consistirían en el preaviso o notificación con una antelación mínima de tres meses de la intención de no prorrogar o extinguir el flujo de financiación que vengan concediendo a una pyme o de disminuirlo en una cuantía igual o superior al 35 %, y la entrega a dicha pyme de un documento denominado «Información Financiera-PYME», basado en toda la información que hubiere recabado de ella en relación con su flujo de financiación, obligación esta última que deberá cumplir dentro de los diez días hábiles a contar desde el siguiente al preaviso de cese o reducción del indicado flujo, o bien en los quince días hábiles siguientes a su petición por el deudor o acreditado si no se diera esa circunstancia, si bien en este segundo caso la entidad podrá cobrar un precio por el servicio.

Mediante la mencionada Circular 6/2016, el Banco de España ha especificado el contenido y forma de la Información Financiera-PYME, estableciendo asimismo la metodología para la elaboración del informe estandarizado de calificación del riesgo o evaluación de la calidad crediticia de la pyme que se incluye dentro de ese acervo documental.

El texto íntegro de esta última norma puede consultarse en: http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/circulares/BOE-A-2016-6606.pdf.

e. Préstamos subvencionados

Las entidades bancarias deben acreditar una diligente actuación en la tramitación de los préstamos subvencionados cuya gestión les fue encomendada (ya sean del ICO o de otra Administración Pública).

En este sentido, para la puesta en marcha de las normas de financiación promulgadas y para facilitar su distribución, el ICO y el resto de las Administraciones Públicas precisan de las entidades bancarias, puesto que estas actúan como mediadoras de los productos financieros subvencionados. Por ello, de forma voluntaria, las entidades que lo han considerado oportuno han solicitado al ICO su adhesión a las distintas líneas y han firmado los correspondientes contratos de financiación. No obstante, la firma del convenio por parte de una entidad no obliga a esta a la formalización de la operación, aun cuando la solicitud esté efectuada de forma correcta y se cumplan todas las condiciones exigidas.

Llegados a este punto, hay que concluir que las decisiones que adoptan las entidades de crédito de cara a las condiciones exigibles en las operaciones que conceden a sus clientes, así como las refinanciaciones que, en su caso, proponen para facilitar a sus clientes la devolución de las cantidades financiadas, son cuestiones que se enmarcan dentro de

su política comercial y de asunción de riesgos, y su fiscalización excede de las competencias de este DCMR, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

f. Información sobre operaciones en situación irregular

El DCMR considera que los clientes no pierden esta condición, con independencia del estado o situación de sus operaciones crediticias, por lo que las entidades mantienen con ellos la obligación ineludible de que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario constituiría un impedimento a la transparencia informativa, que quebrantaría las buenas prácticas y usos financieros.

En tal sentido, y en el caso de reclamaciones de deuda, las entidades deben acreditar convenientemente, como profesionales que son de su operativa, la existencia de la deuda reclamada, justificando haber reclamado oportunamente al interesado su pago, incluyendo un desglose de la deuda, lo suficientemente claro y detallado como para que pueda deducirse fácilmente qué parte de dicha posición corresponde a los distintos conceptos que la integran (deuda no vencida, deuda vencida con desglose de cuotas impagadas, intereses de demora y gastos —igualmente detallados—, etc.), de modo que el cliente pueda verificar en cada momento la adecuación de las posiciones facilitadas a las condiciones pactadas.

Resulta particularmente problemática la satisfacción del derecho de los clientes cuando sus posiciones deudoras con la entidad con la que en su día contrataron han sido cedidas a un tercero, en especial cuando, como suele suceder, este último no ostenta la condición de entidad de crédito supervisada por esta institución. Numerosas han sido las reclamaciones formuladas ante este DCMR en cuanto a situaciones planteadas tras la cesión de créditos, según hemos expuesto ya en la sección de esta Memoria dedicada a los préstamos hipotecarios, pudiendo citar en este punto el expediente R-201519614, instruido a raíz de la denuncia de que la reclamada no había facilitado a su cliente información que le permitiera comprobar el origen y vigencia de una deuda que dicha entidad había cedido a un tercero que le estaba requiriendo de pago, deuda que traería causa de un préstamo con garantía personal contratado con la entidad en 1996 que creía cancelado en 2002, sin que se le hubiera reclamado nada por tal concepto durante más de una década.

En este caso, se reiteró el criterio que ha venido siendo difundido por este DCMR en cuanto a que cuando el titular de una deuda solicite aclaración sobre los conceptos e importes en los que aquella se concreta, su entidad debe aportarle un detalle lo más completo posible del saldo exigible, de modo que pueda verificar la procedencia del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses y comisiones, tratándose de una obligación que no se extingue por el mero hecho de que el crédito en cuestión haya sido cedido a un tercero, pues, aunque sea a este a quien deba dirigirse el deudor para obtener información sobre los movimientos que puedan afectar al saldo deudor a partir del momento de la cesión, es a la cedente a la que seguirá correspondiendo facilitarle la que precise para determinar cómo se procedió a la liquidación de dicho saldo hasta su cesión.

Como consecuencia de ello, se dictaminó que la entidad cedente reclamada se había apartado de las buenas prácticas y usos financieros, tanto por no haber justificado debidamente el origen y exigibilidad de la deuda como por no acreditar habérsela reclamado a su cliente con anterioridad a la cesión con la periodicidad y diligencia que habrían sido exigibles.

g. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo

La Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, derogando la anterior Ley 7/1995, de crédito al consumo[17], e incorporando a nuestro ordenamiento los contenidos de la Directiva 2008/48/CE. La aplicación de la vigente ley procede si:

- El prestatario es una persona física que actúa con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo.

- La cantidad financiada oscila entre 200 y 75.000 euros. Si el importe del crédito supera este máximo, únicamente resultará aplicable a estos contratos lo dispuesto en los artículos 1 a 11, 14, 15 y 32 a 36 de la citada ley.

- El reembolso de lo financiado es aplazado. Quedan expresamente excluidos los contratos en los que el reembolso único del capital deba realizarse en un plazo máximo de tres meses, siempre que hayan sido concedidos libres de intereses y gastos, o con gastos que no excedan en su conjunto del 1 % del importe total del crédito.

- El crédito es oneroso. Se excluyen los contratos en los que su TAE sea nula, salvo en el caso de «contratos vinculados» (aquellos en los que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos, constituyendo ambos contratos una unidad comercial), en los cuales se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de bienes o servicios han pactado una retribución por la que este abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato.

El prestamista puede ser cualquier persona física o jurídica que concede crédito en el ejercicio de su actividad, lo que incluye las entidades de crédito.

La ley contempla la figura del «intermediario del crédito» como sujeto que, con carácter profesional y remunerado, presenta u ofrece los contratos, los celebra en nombre del prestamista o asiste a los consumidores en los trámites previos.

La ley establece en su artículo 9 el contenido de la publicidad del producto (tipo deudor, importe, TAE, duración e información, que se recogerán de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo).

Información precontractual y prácticas previas a la contratación

En cuanto a la información precontractual, el artículo 10 de la LCCC contempla una lista exhaustiva de información[18] (tipo de crédito, importe total del crédito, duración de contrato, tipo deudor, TAE, derecho de retracción y de reembolso anticipado...) que deberá especificarse dentro de un formulario estandarizado denominado «Información normalizada europea sobre el crédito al consumo» (en lo sucesivo, «INE»), el cual deberá facilitarse al consumidor «con la suficiente antelación». Igualmente, entre otros aspectos relevantes, se

17 La derogada Ley 7/1995 siguió siendo de aplicación a todos los contratos vigentes a 25 de septiembre de 2011. Los de duración definida llegarían a su vencimiento rigiéndose por la ley vigente en el momento de su formalización, y los de duración indefinida deberían haberse adaptado al contenido de la Ley 16/2011 en el plazo de un año desde su entrada en vigor, de acuerdo con lo establecido en su disposición transitoria.

18 Si el consumidor lo solicita expresamente, el prestamista que le ofrezca un crédito estará obligado a entregarle, antes de la celebración del contrato, una oferta vinculante con todas las condiciones del crédito, en idénticos términos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, con una validez mínima de catorce días naturales (artículo 8).

regula la información precontractual en casos específicos, tales como los descubiertos; se exime del cumplimiento de los requisitos de información precontractual a los intermediarios de crédito a título subsidiario; y se contempla la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

Junto con la información normalizada, se establece el deber de los prestamistas y, en su caso, de los intermediarios de prestar asistencia al consumidor con carácter previo a la formalización del contrato (artículo 11), facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, «incluidas las consecuencias en caso de impago».

Naturalmente, la carga de la prueba del cumplimiento de estas obligaciones legales corresponde al prestamista.

Tanto es así, que no se considera acreditación suficiente de la puesta a disposición de dicha INE la mera inclusión en el contrato de una cláusula por la que su titular reconozca quedar informado de que aquella se encuentra accesible en la página web de la entidad, máxime cuando, al tratar de complementarse dicho argumento con el propio documento del que se afirma que era el publicado en la citada web con anterioridad a la contratación, se halla que este contiene puras menciones genéricas y no adaptadas al caso concreto (por ejemplo, en cuanto al importe total del crédito) y que esta circunstancia cronológica no resulta adverada en modo alguno. Esta apreciación por nuestra parte fue el fundamento de nuestros pronunciamientos contrarios a la entidad en informes como los emitidos en resolución de las reclamaciones R-201609853 o R-201601291, entre otras, considerando que podríamos encontrarnos incluso ante un quebrantamiento normativo.

Por su parte, en el dictamen pronunciado en el seno del expediente R-201515821, se concluyó igualmente con un reproche a la reclamada por considerar no acreditada la puesta a disposición de su cliente de la información precontractual, aun cuando en el contrato de préstamo se contenía una cláusula por la que se declaraba que aquella se había suministrado a la parte deudora, sin que se aportara copia de dicha información en sí misma para poder comprobar que se ajustaba a la normativa en contenido y antelación de su entrega.

El régimen establecido por la vigente LCCC supone un avance en la dirección iniciada por su precursora, la Ley 7/1995, la cual no imponía a la entidad prestataria la entrega a sus clientes de un documento de información previa a la formalización del contrato en sí, salvo en caso de petición por parte del prestatario, hipótesis en la que se le facilitaría una oferta vinculante con todas las condiciones del crédito y vigencia por un plazo mínimo de diez días hábiles (artículo 16).

Han sido numerosas las reclamaciones interpuestas ante este DCMR a lo largo de la anualidad 2016 en relación con la información que debe preceder a la suscripción de un contrato de préstamo al consumo, dando lugar su resolución a la formación de un asentado criterio acerca de lo que debe entenderse por «suficiente antelación» a los efectos del cumplimiento de la finalidad de esta previsión legal, que no es otra que la de posibilitar al futuro prestatario identificar las condiciones financieras esenciales de la operación y compararla fácilmente con otras ofertas disponibles en el mercado, de manera que el cliente pueda adoptar una decisión informada sobre la suscripción del contrato de crédito.

Así, cabe citar como ejemplos de informes contrarios a las entidades afectadas con fundamento en el criterio expresado los emitidos en los expedientes R-201513979 (en el que

la INE presentaba idéntica fecha a aquella en que se formalizó la póliza de crédito) y R-201513662 (donde la INE aportada al expediente, en la que aparecía una fecha sustancialmente anterior a la de la suscripción del contrato, no contenía la firma de la parte prestataria en señal de recepción).

Ha de advertirse que no solo la omisión de acreditación de la entrega de la INE, sino incluso conductas como las descritas, en las que lo que no queda demostrada es la antelación en su puesta a disposición, podrían suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia informativa y protección de la clientela.

Resultar ocioso añadir que, como no podría ser de otro modo, esta obligación ha de cumplirse igualmente en el caso de emplear fórmulas de contratación a distancia.

A título ilustrativo, cabe citar el expediente R-201425991, incoado a instancias de un reclamante que denunciaba que, en la fase de información y contratación telefónica de la financiación, no se le informó de que el tipo de interés aplicable sería variable y con revisión mensual. En este expediente, por parte del DCMR se revisó el contenido de las conversaciones entre las partes a través de telefonía vocal, grabadas por la entidad, a fin de verificar si se había procedido a la descripción de las características principales del servicio financiero, alcanzándose la conclusión de que no había sido así, lo que, sumado al hecho de que no se aportó al expediente la INE, ni aun entregada con posterioridad a la contratación, dio lugar a un pronunciamiento contrario a la entidad, apreciándose una posible infracción de la normativa que nos ocupa.

Igualmente interesante reputamos el ya citado expediente R-201608092, en el que la parte reclamante, entre otros extremos anteriormente abordados, negaba que la entidad le hubiera facilitado la preceptiva información previa a la contratación, la cual tuvo lugar a distancia a través de Internet.

En ese caso, la reclamada acreditó a través de la certificación del tercero confiable que medió en la contratación la puesta a disposición del reclamante tanto del contrato de préstamo en sí mismo como de un documento de «Información normalizada europea» con los contenidos exigidos por la LCCC. Sin embargo, analizada la indicada certificación, no se halló en ella información alguna que permitiera conocer cuál fue la secuencia cronológica de los acontecimientos, esto es, la fecha y hora en la que tuvieron lugar cada uno de los hitos en el proceso de información previa y formalización de la operación crediticia, considerando este DCMR que resultaría exigible de la entidad que acreditara que el prestatario tuvo la posibilidad de tomar conocimiento de esa información precontractual con carácter previo al momento en que quedó vinculado por el contrato con la entidad, ameritando por ello esta omisión nuestro pronunciamiento contrario.

Información contractual

La ley regula en su artículo 16 la forma de los contratos, que se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero, y, de manera exhaustiva, clara y precisa, la información contractual que deben contener: entre otros, el tipo de crédito; los contratantes; la duración del contrato; el importe total del crédito y las condiciones de disposición; el tipo deudor y sus condiciones de aplicación; la TAE; el importe, número y periodicidad de los pagos que deberá realizar el consumidor; cuando proceda, los gastos de mantenimiento de la/s cuenta/s vinculada/s al crédito, salvo que su apertura sea opcional, así como los gastos relativos a la utilización de un medio de pago asociado a ella/s; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; las garantías y los seguros a que se condicione la concesión del crédito; el derecho de desistimiento; información

sobre los derechos derivados de los contratos de crédito vinculados; el reembolso anticipado, etc.

Se contempla un régimen de información específica para contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y los excedidos y descubiertos tácitos (artículos 17 a 20); y también se regula la eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito (artículo 26), el derecho de poner fin a contratos indefinidos (artículo 27) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (artículo 31).

Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias

Para omisiones o defectos en el clausulado, el artículo 21 de la Ley detalla la penalización aplicable:

«1 El incumplimiento de la forma escrita a que se refiere el párrafo primero del apartado 1 del artículo 16 dará lugar a la anulabilidad del contrato.

2 En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente a la que se refiere la letra g) del apartado 2 del artículo 16, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

3 En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h)[19] del apartado 2 del artículo 16, y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

4 En el caso de que los datos exigidos en el apartado 2 del artículo 16 y en el artículo 17 figuren en el documento contractual pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias previstas en los apartados 2 y 3 anteriores.»

Consideramos oportuno en este punto citar la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE el 9 de noviembre de 2016 resolviendo la cuestión prejudicial C 42/15, en la que se señaló que, aun cuando la normativa comunitaria no exige la firma de los contratos de crédito establecidos en papel, no se opone a una regulación nacional que supedite la validez de tales contratos al cumplimiento de ese requisito, estimando, por lo tanto, que los Estados miembros podrán sancionar con la privación del derecho a los intereses y gastos la omisión por parte del prestamista de mencionar en el contrato de crédito todos los datos que deban incluirse obligatoriamente en él, siempre y cuando el hecho de no especificar esos datos pueda menoscabar la posibilidad de que el consumidor valore el alcance de su compromiso, haciéndose expresa mención de algunos como la tasa anual equivalente, el número y la periodicidad de los pagos que debe efectuar el consumidor, los gastos de notaría y las garantías y los seguros exigidos por el prestamista.

Cálculo de la TAE

Se define de forma clara en el artículo 32 de la LCCC el coste total del crédito para el consumidor, con objeto de garantizar la comparabilidad de la información relativa a las tasas anuales equivalentes en toda la UE. Se establecen, así, parámetros armonizados

19 Artículo 16.2: «[...] h) El importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso».

para el cálculo de la TAE, que incluyen todos los gastos; entre ellos, las primas de seguro, si la obtención del crédito está condicionada a su contratación y los costes de mantenimiento de la cuenta, salvo en caso de que la apertura sea opcional.

Intereses de demora

Mediante la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, el Tribunal Supremo fijó como doctrina jurisprudencial la declaración del carácter abusivo de aquel interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en préstamos sin garantía real concertados con consumidores, al considerar que dicho incremento, previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal, es el criterio legal más idóneo para indemnizar de un modo proporcionado los daños que sufre el acreedor por el retraso del deudor en el cumplimiento de su obligación de pago.

Consecuentemente, el Alto Tribunal estima que dicha cláusula debe tenerse por no puesta, sin que quepa moderarla, de forma tal que la deuda continuará devengando intereses ordinarios según el tipo de interés remuneratorio fijado en la póliza de préstamo.

Este DCMR ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto al resolver el expediente R-201514012, instruido a resultas de la denuncia de un cliente que, invocando dicha jurisprudencia, reputaba abusivo el interés de demora del 18,75 % pactado en su contrato de préstamo.

En el informe emitido, aunque se insistía en que la competencia para declarar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales radica en los órganos jurisdiccionales, se concluyó que no se puede considerar una buena práctica bancaria el mantener, con posterioridad al 22 de abril de 2015, la aplicación de una cláusula sobre intereses de demora en términos semejantes sin tener en cuenta la citada doctrina jurisprudencial, dando lugar a un pronunciamiento contrario por nuestra parte.

Derecho de retracción o de desistimiento

Regulado en el artículo 28 de la Ley, y en condiciones similares a lo establecido en la normativa de comercialización a distancia de servicios financieros, se concede al consumidor la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, sin penalización —salvo el pago de los intereses devengados hasta el reembolso del préstamo y la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública— ni obligación de justificación alguna, en el plazo de 14 días a contar desde la fecha de suscripción del contrato.

A este respecto, en su informe correspondiente al expediente R-201611706, este DCMR apreció que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos financieros, ya que, ante la negación por parte del reclamante de haber firmado un contrato de préstamo personal mediante una técnica de comunicación a distancia y su consecuente solicitud de anulación de aquel, lo cual tuvo lugar cuando aún no habían transcurrido 14 días desde su formalización, no le informó de que ostentaba un derecho a desistir de él, y ello aun cuando tal derecho se encontrara expresamente contemplado en los propios documentos contractuales, pues sería de esperar que la entidad, como experta en la materia y guiada por la buena fe, sometiera a la consideración de la reclamante dicha solución mostrando una cierta consideración hacia los intereses de su cliente, evitando el devengo de comisiones por amortización o cancelación anticipada.

Derecho al reembolso anticipado

En el artículo 30 de la Ley se concede al consumidor el derecho a reembolsar anticipadamente, y de forma total o parcial, el crédito en cualquier momento, sin justificación, en

cuyo caso el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito (intereses y costes). Por tanto, no solo de los intereses, sino también de los demás costes que han sido fijados en función de la duración del contrato. Incluso de los costes que ya han sido pagados (extremo este no recogido en la directiva que la norma desarrolla), y que tendrán que devolverse al consumidor en la parte proporcional a la duración del contrato pendiente de transcurrir.

En caso de reembolso anticipado del crédito, la LCCC dispone que el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo.

En cualquier caso, existe un límite máximo a la cuantía de la compensación, la cual no podrá ser superior al 1 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente si el período restante entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año, mientras que, si el período no supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente.

Además, si el acreedor acredita pérdidas que se le hayan producido de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada, pero siempre operará como límite máximo aquel importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.

Cabe mencionar en este punto que, entre los contenidos que han de integrar la INE, se encuentra —conforme al artículo 10.3.p) de la LCCC— «El derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación con arreglo al artículo 30».

Este extremo ha resultado de particular relevancia en una tipología de reclamaciones que tiene cierta presencia en el ámbito de la financiación de la adquisición de vehículos a motor concedida por las financieras pertenecientes al grupo empresarial de la fabricante o comercializadora de dichos vehículos, donde es práctica habitual que los adquirentes y prestatarios se beneficien de ciertas ventajas, como descuentos en el precio, por el hecho de contratar esa financiación, y que, simultáneamente, se prevea que, en caso de amortizar la deuda con anterioridad a la fecha de vencimiento, la entidad tiene derecho a recuperar el importe de tales beneficios.

En expedientes como el R-201605927 o R-201609712, los reclamantes se encontraban disconformes con el comportamiento de la entidad por el hecho de que esta, con ocasión del robo de su vehículo y el subsiguiente abono por la aseguradora a la financiera de una indemnización por la deuda pendiente de pago, incrementó la deuda en el importe de los indicados beneficios, a los que dicha entidad consideraba que sus clientes habían perdido el derecho.

Teniendo en cuenta la aplicación combinada de ambas normas, este DCMR consideró que la entidad reclamada podría haber quebrantado la normativa de transparencia de las operaciones y protección de los clientes de servicios bancarios, al no acreditar haber entregado con antelación suficiente la información precontractual, incluyendo lo relativo a todos los gastos relacionados con el préstamo, y en particular la obligación de devolver los importes controvertidos en caso de cancelación anticipada. Respecto del hecho mis-

mo de la cancelación anticipada, se añadió nuestra censura en cuanto a no haberse incluido el robo del objeto financiado como una de las causas de esta.

Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios

La norma simplifica los requisitos para la declaración de la ineficacia de los contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios por la cancelación o ineficacia de aquellos (artículo 26). Conforme a la vigente regulación: i) cuando la eficacia del contrato de consumo quede condicionada a la efectiva obtención del crédito, será nulo el pacto por el que se obligue al consumidor a cualquier forma de pago del bien/servicio para el caso de que no se obtenga el crédito; ii) si el consumidor ha ejercitado el derecho de desistimiento respecto al contrato de suministro de bienes/servicios, dejará de estar obligado por el crédito vinculado sin penalización alguna, y iii) los requisitos para que el consumidor pueda ejercer los mismos derechos frente al prestamista y al proveedor del servicio son (artículo 29): que los bienes o servicios no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conformes con lo pactado, y que el consumidor haya reclamado por cualquier medio (judicial o extrajudicial) al proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho. La norma simplifica los requisitos para la declaración de la ineficacia de los contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios por la cancelación.

Procede insistir en que no es ante este DCMR, sino ante los tribunales de justicia, ante los que la parte prestataria debe hacer valer su derecho de desistimiento con respecto al contrato de suministro subyacente. Así lo hemos venido declarando en expedientes como el R-201610235.

Incumplimiento de la norma por entidades de crédito

La Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en cuyo título IV contempla, igualmente, el correspondiente régimen sancionador.

La vigente LCCC, en su artículo 34, declara expresamente su aplicación a las entidades de crédito, a las que también les será de aplicación la normativa sectorial en lo que no se oponga. Esta ley establece dos grupos de normas en cuanto a los efectos del incumplimiento por parte de las entidades de crédito: i) por un lado, se detalla cuáles se consideran normas de ordenación y disciplina (entre otras, la información y las actuaciones previas a la celebración del contrato, la información y los derechos contractuales, el descubierto tácito, la TAE...), cuyo incumplimiento se califica como infracción grave siempre que no tenga el carácter de ocasional o aislado, y respecto a las que se aplicaría el procedimiento sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito[20], y ii) con respecto al resto de las normas (entre otras, el carácter imperativo de la ley, el derecho de desistimiento y las normas sobre contratos de crédito vinculados, así como las reglas sobre liquidación por ineficacia, resolución del contrato o reembolso anticipado), no se prevé intervención de tipo administrativo, de modo que los conflictos, en su caso, deberán resolverse en el ámbito general de protección civil y mercantil (en los tribunales) y en el ámbito de los sistemas de resolución extrajudicial previstos en la legislación sobre protección de los clientes de los servicios financieros (DCMR, en este caso).

20 Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

3.1.3 PRÉSTAMO RESPONSABLE

Para los sujetos obligados distintos de las entidades de crédito, el incumplimiento de las normas de la ley será sancionado como infracción en materia de consumo, grave o muy grave, según los casos, cuya vigilancia compete a las autoridades estatales o autónomacas correspondientes (Ministerio de Sanidad y Consumo, y consejerías de Consumo de las Comunidades Autónomas).

Especial mención requiere el concepto de «préstamo responsable», introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículo 29), en virtud del cual las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. Asimismo, llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Este mandato se desarrolla en el artículo 18, «Evaluación de la solvencia», capítulo I, «Préstamo responsable», título III, «Créditos, préstamos y servicios de pago», de la Orden EHA/2899/2011 y en la norma duodécima, «Políticas y procedimientos de préstamo responsable», de la Circular del Banco de España 5/2012.

Conviene aclarar que en modo alguno este concepto tiene un carácter puramente programático, sino que constituye un principio que se ha de tener en cuenta por las entidades de crédito a la hora de formular sus políticas, y ello de forma creciente. Ejemplo de la relevancia que se le viene dando es el informe emitido en el expediente R-201610672, incoado a instancias de una reclamante que, habiendo sido animada por la entidad a solicitar una modalidad de préstamo que finalmente, contra todas las expectativas en ella generadas, fue denegado, fue recibiendo financiación a través de la autorización de importantes descubiertos en su cuenta, dando lugar a cargos que no se encontraba en condiciones de sufragar por sus propios medios.

En relación con tales hechos, se observó por nuestra parte una vulneración de las buenas prácticas en la actuación de la entidad, por cuanto, al anunciar a su cliente la inminente concesión de un préstamo, propició que incurriera en compromisos que luego no pudo asumir, siendo que en la cuenta respecto de la que se autorizaron descubiertos no existía saldo ni ningún tipo de ingreso, todo ello sin que conste que hubiera efectuado el previo análisis de riesgos, contraviniendo así los principios generales aplicables a la concesión de préstamos responsables contenidos en la normativa, que pudo haber incumplido; en concreto, aquel que establece que se debe estimar la capacidad de pago del prestatario bajo el supuesto de la utilización de las fuentes de renta habituales de este, sin dependencia de avalistas o fiadores.

3.1.4 AVALES Y GARANTÍAS

El artículo 1822 del Código Civil define la fianza como aquel negocio jurídico en virtud del cual se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este último.

a. Introducción

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con la figura del aval, la garantía, la fianza o el afianzamiento[21], fundamentalmente, en dos condiciones: en la de avalistas, en aquellos casos en que emiten esas garantías a favor de sus clientes (avalados), generalmente para cubrir el eventual incumplimiento de las condiciones pac-

21 Avales, fianzas y garantías son tres términos que reflejan una misma realidad: el negocio jurídico de garantía. Representando «garantía» la denominación más amplia y genérica, «aval» por antonomasia es la garantía cambiaria, aplicándose también a las garantías plasmadas en pólizas mercantiles, de donde se ha extendido a las garantías emitidas por entidades de crédito, al tiempo que ha servido igualmente para denominar las garantías prestadas a favor de la Administración Pública, o las creadas por leyes especiales. Por su parte, la «fianza» —o «afianzamiento»— constituye la denominación legal clásica de la garantía en el ordenamiento jurídico privado, civil y mercantil.

tadas en un contrato que se configura como obligación principal y que vincula a dichos avalados con los beneficiarios del aval (que pueden hallarse en las más diversas posiciones, destacando, desde el punto de vista de la casuística de las reclamaciones que han tenido entrada en este DCMR, las Administraciones Públicas que hubieran contratado con los avalados o los compradores de viviendas que hubieran entregado a sus vendedores cantidades a cuenta del precio de estas), y en la de beneficiarios de tales garantías, las cuales viene siendo común que se exijan con ocasión de la concesión de determinadas operaciones de financiación a sus clientes, a fin de disminuir el riesgo de solvencia asociado a dichas operaciones.

En el primero de los supuestos, aquel en el que la entidad actúa como avalista, resulta natural que se acuerde con los avalados la percepción por la primera de una serie de comisiones por el servicio de garantía prestado, surgiendo en ocasiones controversias entre avalista y avalado acerca de la liquidación de dichas comisiones, en particular cuando las partes discrepan en cuanto a en qué momento se produce la cancelación y cese de efectos del negocio jurídico en que consiste el aval —con lo que esto implica, lógicamente, en cuanto al derecho a continuar percibiendo comisiones por riesgo—, así como también, con cierta frecuencia, en relación con las condiciones que deberán concurrir para la ejemutabilidad del aval, caso este último en el que las reclamaciones son generalmente formuladas por los beneficiarios de la garantía en cuestión.

Por lo que respecta a los casos en que las entidades de crédito actúan como beneficiarias de las garantías, los expedientes tramitados suelen tener origen en la denuncia de los avalistas de operaciones de crédito que han devenido impagadas y que, por ello, han recibido un requerimiento de pago, al considerar estos garantes que la información recibida en cuanto a la deuda exigida es insuficiente.

Interesa poner de relieve que, aunque la actual recurrencia de reclamaciones en torno a esta figura jurídica dista de la que pudo observarse en ejercicios pasados, en estadios agudos de la crisis financiera[22], se ha estimado oportuno abordar en la presente Memoria ciertos cambios normativos que afectan al régimen creado específicamente por la recientemente derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con las cantidades entregadas a cuenta del precio por parte de los compradores de viviendas, los cuales han venido acompañados de pronunciamientos jurisprudenciales novedosos en cuanto a la exigencia de una diligencia reforzada —y consecuente responsabilidad— a las entidades avalistas.

b. Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología

Las garantías se asientan en un terreno que no es otro que el de la relación jurídica de base garantizada, siendo así un negocio jurídico superpuesto al negocio jurídico principal subyacente. La concepción causal de nuestro Derecho, que hace de la causa un elemento esencial del contrato, impone la necesaria vinculación entre garantía y obligación garantizada. Esa vinculación puede darse en mayor o menor grado, pero nunca puede existir una desvinculación absoluta.

Otro elemento fundamental de la arquitectura jurídica de las garantías se encuentra en los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos, lo que tiene como primera y esencial derivada la importancia nuclear y decisiva del texto de la garantía para identificar su naturaleza y determinar sus efectos. El régimen jurídico de cada ga-

22 En este sentido, resulta de interés destacar el extenso tratamiento del que fue objeto esta figura en la *Memoria del Servicio de Reclamaciones,* predecesor de este DCMR, correspondiente al año 2008, en la que se efectuaba un análisis monográfico de ella bajo el epígrafe «Algunas consideraciones sobre avales y garantías».

rantía vendrá establecido por su propio contenido y, a través de los puentes que la garantía tienda a la relación jurídica base garantizada, por el contenido de esta última, en cuanto a su existencia, validez, vigencia, exigibilidad y efectos que conciernan a la esfera de lo garantizado.

De este modo, el texto de la garantía debe:

- Permitir su calificación jurídica inequívoca, posibilitando, en su caso, la identificación segura del régimen legal aplicable, en particular cuando se trate de garantías sujetas a normas de Derecho especial (como es el caso de las ya citadas garantías de entregas a cuenta del precio de compra de viviendas).

- Determinar y concretar la obligación garantizada.

- Señalar el plazo de duración, vigencia y, eventualmente, exigibilidad de la garantía.

  A este respecto, en los avales de duración determinada es posible que su plazo de duración se configure como:

  - plazo de garantía, de tal modo que, nacidas las obligaciones garantizadas durante la fecha de vigencia del aval, la reclamación correspondiente a su cumplimiento pueda llevarse a cabo una vez finalizado este, durante el plazo general de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones de carácter personal, o

  - plazo de caducidad, de manera tal que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado quedarían extinguidos los efectos de tal aval[23].

- Establecer, también eventualmente, determinados requisitos para su exigibilidad, normalmente de acreditación por medios documentales, que debe cumplir el beneficiario al reclamar la ejecución de la garantía.

De conformidad con un criterio clasificatorio que atiende a la mayor o menor extensión de los derechos y facultades del beneficiario, tradicionalmente se viene distinguiendo entre garantías simples, garantías solidarias y garantías independientes o autónomas.

Podríamos calificar como garantías «simples» aquellas en las que concurren las características típicas (que no esenciales) del negocio jurídico de fianza y a las que, por lo tanto, es aplicable su régimen jurídico básico.

Propios de este régimen común son los llamados «beneficios del fiador»: el de excusión, el de división y el de orden, a los que puede agregarse, siempre de forma pactada, el de plazo.

---

23 Esta distinción se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992, en la que el Alto Tribunal manifiesta que, «siendo operativo el aval en tanto en cuanto se mantenga la posibilidad de ejercitar acciones reclamatorias por obligaciones surgidas durante el plazo de garantía y aún no satisfechas», ello implica que el aval no ha quedado extinguido y, por tanto, la entidad de crédito «tiene un perfecto derecho a poder exigir las contraprestaciones acordadas en la relación interna entre tal fiador y los deudores solidarios».

– El beneficio de excusión supone que el fiador no pueda ser compelido a pagar mientras el obligado principal sea titular de bienes o derechos suficientes para hacer frente a la obligación garantizada (artículo 1830 del Código Civil).

  Según el artículo 1831 del mismo texto legal, la excusión no tiene lugar:

  1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.

  2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.

  3.º En el caso de concurso del deudor.

  4.º Cuando este no pueda ser demandado judicialmente en España.

– El beneficio de división, por su parte, se aplica cuando hay una pluralidad de fiadores, disponiendo el artículo 1837 del Código Civil lo siguiente: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.»

– El beneficio de orden implica que el fiador ha de ser reclamado después de haberlo sido el obligado principal.

– Conforme al beneficio de plazo, que ha de ser expresamente pactado, al fiador no le afectará la pérdida del derecho a beneficiarse de dicho plazo que pueda sufrir el deudor, pérdida que puede deberse, bien a una estipulación contractual (a través de las conocidas como «cláusulas de aceleración», que establecen distintos supuestos de vencimiento anticipado en financiaciones a plazo), bien a cualquiera de las causas que enumera el artículo 1129 del Código Civil, relacionadas todas ellas con el incremento del riesgo de incumplimiento.

Otras características relevantes del régimen básico de las garantías simples son:

– Las normas reguladoras de los efectos de la pluralidad de fiadores, representadas por el ya reproducido artículo 1837 del Código Civil y el artículo 1850 del mismo código, según el cual: «La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado».

– Las causas de extinción de la fianza, que, de acuerdo con los artículos 1847 y 1851 del repetido código, son:

  • La extinción de la obligación principal garantizada.

  • Las mismas causas generales de extinción de las obligaciones (artículo 1156 del Código Civil).

  • La prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador.

– La prueba del incumplimiento del obligado principal, que es el presupuesto base para la reclamación de la garantía, y que corresponde, con arreglo a las reglas generales, al beneficiario a cuyo favor está otorgada aquella y que alega tal incumplimiento.

La garantía solidaria surge cuando, como se deriva lógicamente del concepto de solidaridad, se excluyen los beneficios de excusión, división y orden del fiador que se han examinado, lo que potencia las acciones del beneficiario contra el garante. Dichos beneficios quedarán excluidos, de hecho, sin necesidad de renuncia expresa en los documentos contractuales por el hecho mismo de constituir la garantía como solidaria.

Por lo que respecta a las garantías conocidas, en terminología impropia, como «autónomas» o «independientes», su nota distintiva consiste en la inversión de la carga de la prueba que llevan aparejada: de corresponderle al beneficiario en las garantías simples y en las solidarias, en las autónomas es el fiador quien ha de probar el cumplimiento del afianzado para oponerse a la ejecución de la fianza, bastándole a dicho beneficiario con declarar o comunicar la existencia de un incumplimiento del garantizado.

Por otra parte, es frecuente, aunque no constituye un elemento esencial de la garantía independiente, que esta se otorgue a primer requerimiento, encontrándonos en tal caso ante un contrato atípico en el que el acreedor debe satisfacer la obligación garantizada cuando este simplemente se la reclame.

c. Competencia del DCMR

En ocasiones, las entidades avalistas han opuesto excepciones procedimentales a los expedientes instruidos en este DCMR a instancias de los beneficiarios de los avales con base en una supuesta falta de competencia por nuestra parte para conocer de tales reclamaciones, al considerar aquellas que estos beneficiarios no son propiamente «clientes» de las entidades de crédito, ni tampoco «usuarios» de ningún servicio de los que estas prestan a quienes sí son sus clientes, sino titulares de derechos derivados de garantías prestadas por las entidades a quienes sí ostentan la condición de clientes de ellas.

Sin embargo, este DCMR no comparte ese criterio, considerando que, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, le corresponde conocer de cualesquiera reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios financieros, incluyendo en este concepto a los beneficiarios de avales, que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras reclamadas que supongan para quien las formula un perjuicio para sus derechos o intereses legítimos, siempre y cuando, claro está, tal perjuicio derive de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

Por supuesto, lo anterior no es óbice para que la valoración e interpretación últimas del contenido del aval y de las obligaciones de avalista y avalado pertenezcan al ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el Derecho privado, y, consecuentemente, deban ser abordadas por los tribunales de justicia.

Ante este DCMR se han presentado reclamaciones formuladas por Administraciones Públicas que instaban, como beneficiarias, la ejecución de los avales concedidos a su favor a terceros por distintas entidades de crédito, siendo que, adicionalmente, se puso de

manifiesto que también se habían iniciado actuaciones para su ejecución por el procedimiento específico establecido al efecto por la normativa administrativa de aplicación (el específico de ejecución de garantías regulado en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Con carácter general, en supuestos como el descrito, se alcanzó la conclusión de que el DCMR carecía de competencias para emitir un pronunciamiento como el interesado por la Administración reclamante, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.a) de la Orden ECC/2502/2012, que establece que serán causas de inadmisión por falta de competencia por parte de los servicios de reclamaciones o quejas: «Cuando se pretenda tramitar como reclamaciones o quejas reguladas en este procedimiento recursos o acciones distintas cuyo conocimiento sea competencia de los órganos administrativos, arbitrales o judiciales, o aquellos se encuentren pendientes de litigio ante estos órganos».

d. Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación

Este DCMR se ha hecho eco en reiteradas ocasiones del acento que pone la vigente normativa de transparencia financiera en la trascendencia de la información previa a la contratación. La figura jurídica del aval o la fianza no constituyen una excepción a esta exigencia.

Así, por lo que respecta a la información precontractual y las explicaciones adecuadas que han de hacerse accesibles a quienes avalan a un cliente de la entidad de crédito ante esta última con ocasión de la concesión de una operación de financiación a dicho cliente, 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, establece en su norma quinta ciertas obligaciones a cargo de las entidades cuando se dispongan a iniciar una relación contractual con clientes o clientes potenciales personas físicas, que incluyen la de facilitarles tales explicaciones adecuadas (en el sentido contemplado en artículo 9 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se haya establecido legalmente una información precontractual específica, con especial referencia a los supuestos en que se contemple la existencia de avalistas en operaciones de préstamo o de crédito, hipótesis en la que «estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

Por otra parte, en los casos en que las entidades de crédito han actuado como emisoras de avales y garantías, este DCMR ha venido formulándoles la recomendación de que, con anterioridad o al tiempo del otorgamiento de dichos documentos, informen suficientemente a su contraparte negocial —los avalados— de la naturaleza y efectos de la garantía emitida en cada caso, de modo que puedan conocer, con la mayor precisión posible, el alcance de sus derechos y obligaciones en relación con la garantía. Esto conlleva, por supuesto, la exigencia de una redacción clara de las cláusulas que regulen el negocio jurídico.

Con respecto a los avalados, la citada Circular del Banco de España 5/2012[24] recogió el criterio mantenido por este DCMR, y lo hizo estableciendo lo siguiente sobre la informa-

24 La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en el la norma sexta, «Informaciones exigibles», del capítulo III, sobre «Información precontractual», que, con carácter general, señala: «1 Las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de entre-

ción precontractual específica que debe ofrecer la entidad con ocasión de la contratación de este tipo de operaciones:

«[...] 2.7 Avales, fianzas y garantías prestados por la entidad. Se indicará, al menos:

a) La delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar la entidad, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada.

b) El contenido y extensión de la garantía otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma. En particular, se informará expresamente sobre si se reconocen o no a la entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias. También se informará, en su caso, sobre la exigencia y las formas de acreditar el incumplimiento del afianzado cuando ello constituya un requisito para la ejecución de la garantía.

c) La duración de la garantía. Cuando se prevea una duración determinada, deberá indicarse expresamente si el plazo de duración se configura como plazo de vigencia de la garantía, de forma que, nacidas las obligaciones garantizadas durante ese plazo, la reclamación correspondiente a su cumplimiento por la entidad garante podría llevarse a cabo una vez finalizado el mismo, durante el plazo general de prescripción que establezca la normativa aplicable, o si se configura como plazo de exigibilidad o caducidad de la garantía, de manera que, automáticamente, al transcurrir el mismo, quedarían extinguidos los efectos de esta.

d) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la garantía, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otros serán aplicables. En particular, cuando se permita que el cliente pueda cancelar anticipadamente la garantía, se informará, si procede, de los costes que dicha cancelación suponga, sin perjuicio del derecho del cliente a que se le retroceda la parte no devengada de la comisión que, en su caso, se le hubiera cobrado por anticipado.

e) Las causas de extinción de la garantía. En las garantías de duración indefinida, o de duración determinada pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, la entidad deberá indicar expresamente si, para la cancelación de la garantía y la subsiguiente cesación del devengo de la comisión por riesgo, es requisito obligatorio la devolución del original del documento de garantía.

---

garse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez.

En todo caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente y en la normativa reguladora de los servicios de pago, antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y todos los gastos que se le repercutirán [...]».

f) Los requisitos necesarios para cancelar la garantía en caso de haberse extraviado o destruido el original del documento en que aquella se hubiese constituido.»

A través del análisis de los conflictos relativos a garantías durante el año al que nos referimos en la presente Memoria, cabría resaltar algunos extremos de importancia en relación con esta materia:

– La oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afecten a su calificación, a la identificación del régimen legal aplicable (en el caso de garantías reguladas por leyes especiales), a la necesaria claridad en cuanto a la concreción de la obligación garantizada, a la duración y/o al plazo de exigibilidad de la garantía y a los requisitos para su ejecución.

– También dentro del terreno de la claridad que les es exigible a las entidades para con sus clientes, ámbito de actuación propio de este DCMR, se han planteado reclamaciones atinentes a la información facilitada a los garantes durante la vida del aval.

  Un caso paradigmático es el que se produce cuando la entidad, como beneficiaria del aval, se dirige contra el avalista requiriéndole el pago que no ha efectuado el avalado. La consideración que el DCMR efectúa de la actuación de las entidades en estos supuestos, cuando el peticionario de información sobre la deuda es el avalista y deudor principal de la operación, está inspirada por el criterio de que cualquier cliente, por el hecho de encontrarse en mora, no deja de ser cliente y acreedor, con lo que la entidad debe cuidar la transparencia informativa, que implica, en consecuencia, que los clientes conozcan en detalle la evolución de sus operaciones.

– En supuestos en que se han planteado controversias en torno a la liberación por el beneficiario del aval de uno de los cofiadores sin el consentimiento de los demás (siendo que, de conformidad con las normas de Derecho civil, existiendo varios fiadores solidarios, la liberación de uno de ellos sin el consentimiento de los demás reduciría la responsabilidad de estos en la parte correspondiente al fiador excluido), en tanto en cuanto tal situación supondría que la entidad vería reducida la extensión de su garantía, este DCMR ha manifestado que la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en cuanto afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca en la política comercial y de asunción de riesgos de las entidades de crédito, por lo que su fiscalización excede el ámbito de nuestras competencias.

– Naturalmente, resulta una importante fuente de conflictos la ejecución de las garantías. A este respecto, cabe advertir, en primer lugar, de que la prueba del incumplimiento del afianzado, a cargo del beneficiario en las garantías simples y solidarias, o, por el contrario, la de su cumplimiento, carga del fiador en las obligaciones independientes, es una materia ajena a las atribuciones de este DCMR, debiendo plantearse los contenciosos sobre el particular ante los tribunales de justicia, como se ha indicado a los reclamantes que han acudido a esta instancia con tal pretensión.

  Sin embargo, al margen de otras valoraciones, comoquiera que se considera que el texto del aval es determinante para establecer los derechos y obligacio-

nes de avalista y beneficiario, y, por consiguiente, los presupuestos necesarios para la ejecución de la garantía, lo que sí ha dado lugar a pronunciamientos contrarios a las entidades de crédito por considerarlas responsables de una mala práctica financiera ha sido el que hayan exigido para dicha ejecución requisitos no contenidos ni explicitados en los documentos de aval, como, en su caso, la obtención por el beneficiario de la resolución convencional o judicial del contrato principal garantizado, incluso con la exigencia de que, si el afianzado se halla en situación concursal, dicha resolución sea autorizada por los órganos del concurso.

En un sentido análogo, se ha calificado como mala praxis el comportamiento de las entidades cuando, requeridas para el pago de las cantidades avaladas, han omitido toda respuesta al beneficiario, mostrando un total desinterés hacia la petición recibida, y ello aun cuando, posteriormente, en el seno de la instrucción de un expediente de reclamación ante este DCMR, hayan podido poner de manifiesto la existencia de motivos susceptibles de llegar a justificar una negativa.

– Igualmente problemáticos resultan los supuestos en los que se pretende la cancelación de una garantía que no ha llegado a ser ejecutada o, con mayor precisión, se solicita que, a resultas de dicha cancelación, la entidad emisora del aval cese en el cargo de comisiones por riesgo.

  En definitiva, como lo que fundamenta la percepción de una comisión es que responda a un servicio efectivamente prestado, en el supuesto de que todavía subsista riesgo para la entidad de crédito avalista tras la finalización del plazo del aval —es decir, cuando se configure como plazo de garantía, y no de caducidad—, el cobro por la entidad de crédito avalista de una comisión por riesgo resulta justificable, al menos en tanto no se acredite la inexistencia de tal riesgo, por la devolución del documento original, por la prestación de una garantía equivalente, por renuncia expresa del beneficiario del aval, o acreditando convenientemente a la entidad avalista la extinción de todas las obligaciones principales garantizadas por el aval o del propio aval, sea cual sea el motivo de esa extinción.

  Por lo que respecta a la devolución del original del documento de fianza o aval, viene considerándose exigible cuando se pacta expresamente como requisito para la cancelación de la usual póliza de contragarantía y para el cese de la percepción por la entidad fiadora de la comisión periódica por la prestación de la fianza, lo que resulta una exigencia perfectamente lógica en el caso avales de duración indefinida o indeterminada, o cuyo plazo de exigibilidad o caducidad no ha vencido, siendo considerada una buena praxis la de las entidades que renuncian a la entrega de dicho original cuando la extinción del riesgo resulta plenamente acreditada por otros medios, como podría ser el caso de la renuncia formal y expresa a la fianza por parte del beneficiario de esta.

  Desde la estricta perspectiva bancaria, debe exigirse a las entidades de crédito, una vez más, una redacción clara de las cláusulas que regulen la duración del afianzamiento prestado, así como las características de este, especificando claramente, además, los criterios de devengo de la comisión por riesgo de los

avales, debiéndose establecer con total claridad las circunstancias que determinan cuándo se deja de percibir esta retribución.

Cabe citar el expediente R-201603664, que trajo causa de la reclamación de una sociedad mercantil contra una entidad que le había cobrado comisiones por riesgo en relación con una póliza de contragarantía contratada con ella después de que el original del documento de aval para cuya garantía se suscribió dicha póliza fuera devuelto a la entidad.

Revisado el documento contractual, el DCMR estimó que la entidad reclamada se había apartado de las exigencias de la buena praxis bancaria, al haber exigido de la avalada la acreditación del consentimiento del beneficiario del aval a su extinción para cesar en el cobro de comisiones por riesgo, cuando en dicho documento se estipulaba que dicho consentimiento solo se requeriría en caso de no entregarse el original del aval, el cual ya había sido devuelto a la entidad.

e. Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas

La exigencia de avalar las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas fue específicamente creada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, la cual ha resultado derogada recientemente, con efectos de 1 de enero de 2016, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras. No obstante, un régimen análogo aplicable a estos supuestos, contenido en la mencionada Ley de 1968, sigue siendo de aplicación por razón de su incorporación, con ciertas variaciones, a la disposición adicional primera de la vigente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

En virtud de la indicada normativa, los promotores y vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas deberían garantizar las cantidades entregadas más un cierto interés anual[25], mediante contrato de seguro otorgado con entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o caja de ahorros, para el caso de que la construcción no se iniciara o no llegara a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. La duración del aval, con arreglo al artículo 4 de la citada Ley 57/1968, se extendería hasta la expedición de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación y la entrega de la vivienda al comprador.

En lo que concierne a las entidades de crédito, la ley les obliga a que, para la apertura de esa cuenta especial en la que se percibirían las cantidades anticipadas por los adquirentes (con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor; este únicamente podrá disponer de dichas cantidades para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas), exijan la garantía correspondiente (seguro de caución o aval solidario), bajo su propia responsabilidad.

En primer lugar, procede advertir de que la normativa especial reguladora de los avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas no constituye materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito, por lo que la apreciación de su cumplimiento o infracción es competencia de los tribunales de justicia, y no del DCMR, que,

25 El tipo de interés ha sido modificado por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, que ha sustituido el tipo fijo del 6 % por «los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución».

una vez más, ha de limitar su intervención a la valoración de la observancia, o no, por parte de aquellas entidades de las normas sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y/o de las buenas prácticas financieras.

Asimismo, ha de recordarse que, de acuerdo con la normativa de procedimiento de este DCMR, nuestro análisis debe limitarse a valorar las actuaciones de las entidades relacionadas con cantidades a cuenta que hubieran sido satisfechas en el período transcurrido en los seis años inmediatamente precedentes a la formulación a la reclamación, o con avales cuya vigencia no se hubiera extinguido con anterioridad a este período.

De la regulación contenida en la vigente Ley 20/2015, cabe destacar lo siguiente:

- La obligación de garantizar surge con la obtención de la licencia de edificación.

- Anticipadas, incluidos impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega del anticipo hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda.

- Si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades, y, si este no procede a su devolución en el plazo de 30 días, se podrá reclamar al avalista la devolución.

- Si la reclamación previa al promotor no es posible, se puede reclamar directamente al avalista.

- Si transcurren dos años desde el incumplimiento del promotor de la obligación garantizada sin que se haya requerido por el adquirente la rescisión del contrato y devolución de las cantidades, se producirá la caducidad del aval.

- No se establece el carácter ejecutivo del aval o el contrato de seguro, que se determinaba anteriormente en el artículo 3 de la Ley 57/1968.

- En cuanto a la cancelación de la garantía, se producirá, además de con la expedición de la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la acreditación de la entrega de la vivienda al adquiriente, cuando, cumplidas esas condiciones, el adquirente rehúse recibir la vivienda.

Se determina que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto tanto general como autonómica.

Este DCMR ha venido declarando que es al vendedor o promotor de viviendas, y no a la entidad financiera, a quien corresponde el deber de garantizar mediante aval bancario (o, en su caso, mediante seguro de caución) la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas. Por su parte, las entidades financieras no están obligadas a otorgar los avales que le solicitasen las promotoras o vendedoras, siendo discrecional su decisión de concederlos, o no, de conformidad con los criterios propios de su política comercial y de riesgos, si bien, naturalmente, en el caso de que decidieran otorgarlos,

quedarían obligadas a satisfacer la garantía conforme a los términos acordados y a la normativa aplicable.

En el aspecto jurisprudencial, resulta relevante la doctrina emanada en fechas recientes de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre la responsabilidad de las entidades financieras relacionada con la obligación de devolución de las cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción y con las garantías otorgadas a tal fin, modificando el criterio sentado en anteriores resoluciones, que fue acogido por este DCMR.

Así, venía siendo criterio reiterado en los informes del DCMR que la existencia de aval individual era presupuesto indispensable para que el comprador pudiera ejercitar sus derechos en su condición de avalado ante la entidad financiera que otorgó aval colectivo, coincidiendo con la postura del propio Tribunal Supremo en su Sentencia 25/2013, de 5 de febrero, en tanto que entendía que la norma no imponía a la entidad de crédito la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora.

Sin embargo, la interpretación que el Alto Tribunal está realizando de esta normativa se ha alterado significativamente a partir de su sentencia 322/2015, de 23 de septiembre, dictada en un caso en que las entidades financieras demandadas habían firmado con el promotor pólizas colectivas de reafianzamiento y se había adjuntado copia de ellas al contrato de compraventa, si bien no se habían entregado avales individuales a los demandantes. En este supuesto de hecho, el Tribunal Supremo declaró que la ausencia de los avales individuales no impide «que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que concertaron el contrato de compraventa y entregaron esas cantidades a cuenta al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

Abundando en lo anterior, se manifestaba que, con la interpretación que se había sostenido hasta el momento, podía quedar insatisfecha la previsión de garantía contenida en la Ley 57/68, ya que «bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva, cuya copia se entregaba al comprador, este no tiene por qué conocer que todavía debía recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales». Y añadía que, «en atención a la finalidad tuitiva de la norma [...] [n]o debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales». Bajo tal premisa, el Tribunal Supremo confirmó la condena a las entidades financieras demandadas a responder frente a los compradores, a quienes no se había entregado aval individual.

También en su reciente sentencia 733/2015, de 21 diciembre, el Tribunal Supremo ha ido más allá en su exigencia de responsabilidad a las entidades financieras, entendiendo que, si estas reciben de compradores cantidades a cuenta del precio de una vivienda en construcción, aunque no se hayan comprometido como avalistas, no tienen la condición de tercero en la relación entre el promotor y el vendedor, sino que, por el contrario, les es exigible el cumplimiento con un especial deber de vigilancia sobre el promotor para que dichas cantidades queden depositadas en cuenta especial, y, si no lo hacen, deberán responder frente al comprador. Nos remitimos a lo indicado en el apartado del pasivo dedicado a las cuentas especiales [véase epígrafe 3.2.3 d), «Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción»].

Y, en este ejercicio, de forma continuista con esta tendencia de salvaguarda de los intereses de los compradores, en su sentencia 527/2016, de 12 de septiembre, el Tribunal Supremo fijó la siguiente doctrina: «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística».

En el expediente R-201518499, entre otros, este DCMR ha tenido ocasión de analizar esta problemática, aunque se ha abstenido de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por causa del déficit probatorio, remitiendo al reclamante a los órganos de la jurisdicción ordinaria, con acceso a medios de prueba adicionales a los documentales, únicos de los que dispone esta instancia en caso de contradicción entre las versiones de las partes sobre los hechos planteados en la controversia.

Así, en tanto en cuanto no existía entre la documentación aportada al expediente ninguna que acreditara que la entidad reclamada hubiera otorgado aval o garantía alguna de la devolución de las cantidades entregadas, ni que los fondos anticipados por los compradores fueran depositados en esa entidad en una cuenta especial para tal fin, ni que se recibieran y gestionaran esos fondos de los compradores en una cuenta ordinaria de la entidad y esta conociera su procedencia, no se encontraron elementos de juicio suficientes para atribuir a la reclamada responsabilidad de la devolución de esas cantidades.

3.2 Pasivo

3.2.1 DEPÓSITOS BANCARIOS. INTRODUCCIÓN

Entre los servicios bancarios que prestan las entidades de crédito se encuentra la captación de fondos reembolsables de sus clientes, especialmente en forma de depósitos, tanto a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) como a plazo determinado, según la disponibilidad de los fondos y la prestación o no del servicio de caja como elemento intrínseco esencial que permite la realización de las operaciones de pago que se determinen.

Como ya adelantamos en la Memoria de 2015, el 5 de febrero de 2016 entró en vigor la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros *(BOE* de 5 de noviembre), conocida como Orden de los «semáforos» o «números», por cuanto establece una clasificación de los productos financieros mediante una escala de seis colores y números (del 1 al 6). De ella interesa destacar que:

- Obliga a las entidades de crédito comercializadoras de depósitos a incluir, tanto en sus comunicaciones publicitarias como en la información previa que ha de facilitar al cliente según el artículo 6 de la Orden EHA 2899/2011, un indicador del riesgo y, en su caso, unas alertas por liquidez y complejidad.

- Resulta de aplicación a depósitos a la vista, de ahorro y a plazo, si bien se excluyen de su ámbito los depósitos estructurados. La exclusión se justifica en la norma porque, a partir del 31 de diciembre de 2016, los depósitos estructurados disponen de regulación específica coordinada a escala europea, tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) n.º 1286/2014, de 26 de noviembre —más conocido por sus siglas en inglés, *Key Information Documents (KID) for Packaged Retail and Insurance-based Investment Products (PRIIPS)—,* que también con-

templa incluir en la información relativa a las principales características del producto un indicador de riesgo[26].

3.2.2 ASPECTOS COMUNES

Las entidades de crédito, al aceptar en sus cuentas el depósito de fondos de sus clientes, han de cumplir, entre otras, una serie de obligaciones derivadas de la normativa de transparencia bancaria y de prevención del blanqueo de capitales.

a. Identificación de los potenciales titulares

Tipología de titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación

En nuestro ordenamiento jurídico, es norma general que toda persona tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, tiene capacidad jurídica, si bien, y por lo que ahora nos ocupa, para abrir una cuenta y ser titular de ella, en tanto actos de administración, se necesita tener, además, capacidad de obrar (aptitud que se presupone, salvo en las excepciones a que nos referiremos, a todas las personas mayores de edad).

Cuentas de incapaces

Como se ha avanzado, pueden existir situaciones especiales que determinen que una persona sea declarada incapaz en sentencia judicial —en virtud de las causas establecidas en la Ley— recaída en el correspondiente procedimiento de incapacitación, la cual determinará el nombre de la persona que se designe como tutor o curador, en su caso, y establecerá los límites de ella, según se trate de una incapacitación total o parcial. Por tanto, para la apertura de un depósito y la disposición de este, la entidad tendrá que ajustar su actuación en estos supuestos al contenido de la sentencia de incapacitación.

Las entidades han de partir de la presunción de la capacidad de obrar de quienes pretenden abrir una cuenta, ya que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial. Por lo tanto, para la apertura y disposición, en su caso, de una cuenta bancaria, salvo en situaciones especiales, es suficiente con que la persona sea mayor de 18 años (o mayor de 16 años, si está emancipada).

En ocasiones los reclamantes denunciaron ante el DCMR que las entidades no habían actuado con diligencia, en la medida en que habían permitido disponer de fondos a personas que, bien por razón de su avanzada edad, o bien por padecer alguna enfermedad, en su opinión no estaban capacitadas para efectuar actos de disposición, y que la entidad debería haber denegado tales operaciones.

Así, en el expediente R-201610457 la reclamante denunció ante el DCMR que la entidad habría permitido a su padre, a pesar de su avanzada edad —93 años— y el deterioro cognitivo que padecía, abrir una cuenta y contratar un servicio de banca electrónica, cancelando dichos contratos días más tarde.

La entidad reclamada alegó que, a pesar de tratarse de una persona mayor, la empleada de la oficina que le atendió en ningún momento detectó que pudiera tener algún problema de senilidad, respondiendo a las preguntas que le fueron formuladas con cortesía y coherencia, indicando el interesado la necesidad de llevar a cabo los contratos de apertura de cuenta y banca electrónica, con motivo de su cambio de residencia, siendo acompañado por un familiar.

El DCMR señaló que, de conformidad con lo establecido en los artículos 199 y siguientes del Código Civil, nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial —en

26 En el Reglamento se establecen los estándares mínimos del formato y contenido del documento de datos fundamentales denominado KID *(Key Information Document),* que deben elaborar los productores de los productos de inversión vinculados o empaquetados y basados en seguros.

virtud de las causas establecidas en la Ley— recaída en el correspondiente procedimiento de incapacidad, por lo que, no habiendo quedado acreditado en el expediente que el padre de la reclamante hubiera sido declarado incapaz, en los términos antes indicados, cabía presumir su capacidad de obrar.

Además, el DCMR indicó que no existía en el expediente la más mínima evidencia de que el Banco reclamado conociera, porque así le hubiera sido comunicado y acreditado, el deterioro cognitivo que ahora aducía la reclamante que padecía su padre, siendo que, de haber sido así, quizás la entidad podría haber adoptado alguna cautela, si bien el DCMR insistió en la presunción de la capacidad de obrar de una persona, hasta tanto no sea declarado incapaz por sentencia judicial, concluyendo que no cabía apreciar en el proceder del banco reclamado quebrantamiento de la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco vulneración de las buenas prácticas bancarias.

Supuesto distinto fue el contemplado en el expediente R-201610046, en el que la reclamante denunciaba que, a pesar de su condición de representante legal de una persona declarada incapaz mediante sentencia judicial —tutora—, no podía realizar *online* consultas ni operaciones con la cuenta corriente de su representado.

La entidad reclamada, tras reconocer el derecho que amparaba a la reclamante a actuar en representación de su tutelado, indicaba que era necesario formalizar un contrato multicanal —que requiere la apertura de una cuenta o contratación de un producto del banco asociado a él—, señalando, no obstante, que estaba estudiando alternativas para, en estos casos, permitir la operativa vía Internet, no estando disponibles en la actualidad.

El DCMR indicó que la disposición de los fondos depositados en una cuenta corresponde, con carácter general, a su titular, por sí mismo o por su representante legal, si careciese de capacidad de obrar, siendo que la entidad debe disponer de los medios técnicos, materiales y humanos necesarios para garantizar que las personas con las que establece relación puedan gestionar adecuadamente sus fondos.

Por tanto, siendo la reclamante, por su condición de representante legal y tutora, persona legitimada para disponer de la cuenta en nombre del titular que ha devenido incapaz, sin más limitaciones que las establecidas por el juez en la sentencia de incapacitación y no habiendo alegado ni acreditado la entidad que existiera algún tipo de limitación inequívoca en las condiciones generales o particulares del contrato, el DCMR concluyó que la condición de representante legal no puede suponer un impedimento en orden a disponer de la cuenta, por lo que el proceder de la entidad se estimó contrario a las buenas prácticas y usos financieros, al no facilitar a la reclamante el acceso a la operativa y gestión de la cuenta.

Cuentas de menores de edad

Los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y, como tales incapaces, solo podrán realizar válidamente negocios jurídicos (apertura y disposiciones de cuentas bancarias, en su consideración de actos de administración) a través de sus representantes legales.

Por regla general, los padres o progenitores (quienes, en principio, ostentan la patria potestad), como legítimos representantes de los hijos menores no emancipados, podrán abrir cuentas bancarias a nombre de estos y efectuar ingresos, reintegros y demás actos dispositivos sobre ellas, pudiendo ser realizados dichos actos por ambos progenitores o por uno

solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que nos encontremos ante actos relativos a derechos de la personalidad que el menor pueda realizar por sí mismo, aquellos en los que exista conflicto de intereses o los relativos a determinados bienes que quedan excluidos de la administración paterna, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

Sin embargo, los padres o progenitores pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia judicial; no obstante, en casos de separación o divorcio, puede suceder que los progenitores acuerden en el convenio regulador, o que se decida judicialmente, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, lo que quiere decir que el otro, pese a ostentar la patria potestad, se vea privado de algunos aspectos relativos a su ejercicio. En ocasiones, las reclamaciones planteadas ante el Departamento traen causa de las discrepancias existentes entre los progenitores en relación con las distintas interpretaciones que se efectúan de los términos del convenio regulador, siendo que en estos casos el DCMR ha señalado que corresponde a los jueces y tribunales de justicia determinar el alcance de lo acordado.

Igualmente, en los casos en los que exista conflicto entre los progenitores, los competentes para dirimirlo serán los tribunales de justicia. No obstante, y hasta que dicha controversia fuera resuelta, en su caso, por la autoridad judicial, no resultaría contrario a las buenas prácticas el que las entidades, persistiendo las discrepancias y siéndoles cursadas órdenes contradictorias, procedieran a adoptar alguna medida cautelar; por ejemplo: requerir el consentimiento de ambos progenitores para efectuar operaciones con cargo a la cuenta, consignar los fondos, etc., en espera del correspondiente pronunciamiento judicial que resolviera la discrepancia entre los interesados. Véase a estos efectos lo recogido al respecto en los casos de modificación del régimen de disposición.

Ante el DCMR se han planteado supuestos en los que una cuenta a nombre de un menor de edad no emancipado ha sido abierta sin el conocimiento y consentimiento de sus representantes legales —sus padres— (por ejemplo, por abuelos u otros familiares). En estos casos, el DCMR estimó que las entidades se habían apartado de las buenas prácticas financieras.

En otros casos, el DCMR ha emitido pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por cuanto:

- Han procedido a dar de baja al progenitor reclamante como representante legal de sus hijos menores no emancipados en una cuenta a nombre de estos, a instancias del otro progenitor del que se había separado.

- Han permitido efectuar disposiciones con cargo a la cuenta a una persona que no estaba legitimada para ello, al haber expirado su condición de representante legal del titular de la cuenta, tras alcanzar el titular, reclamante ante el DCMR, su mayoría de edad.

Cuentas de personas jurídicas

La entidad de crédito, antes de proceder a la apertura del depósito a nombre de una persona jurídica, debe requerir los correspondientes poderes, con el fin de proceder a su bastanteo, estableciendo quién y en qué condiciones —si existe un régimen de administración solidaria o mancomunada— puede actuar en nombre de la sociedad, debiendo actualizar periódicamente dicha información, siendo recomendable, por otra parte, que la sociedad, en su propio beneficio, comunique a la entidad, de manera inmediata, cualquier modificación en su representación.

Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios

Las comunidades de bienes son entes sin personalidad jurídica, pero cuentan con plena capacidad de obrar en el tráfico jurídico.

En dicho contexto, este DCMR opina que nada empece para que una comunidad de bienes, aunque carente de personalidad jurídica, al igual que una comunidad de propietarios, pueda ser titular de una cuenta, correspondiendo a los apoderados o autorizados por los comuneros la apertura, disposición y administración de ella conforme a lo establecido en los pactos internos de la comunidad de bienes o, en su defecto, en las reglas generales contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Se han planteado ante este DCMR algunas controversias que venían motivadas por el cambio de las personas que representaban a la comunidad o que estaban autorizadas para la apertura y disposición de las cuentas, existiendo discrepancias en el seno de la comunidad de propietarios sobre la legitimidad de tales personas para ostentar su representación, lo cual impedía que aquella pudiera llevar a cabo su operativa bancaria habitual.

Sobre el particular, el DCMR señaló que, de persistir las discrepancias entre los comuneros, no podía considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias la adopción de medidas de bloqueo y, en su caso, la consignación del saldo, comunicando previamente a los interesados dichas medidas, y ello ante la situación de conflicto interno de la comunidad, que es ajena a su actividad, y que la entidad debe actuar en defensa de los intereses de su cliente, que es la comunidad de propietarios. Asimismo, indicó que solo el pronunciamiento de los tribunales de justicia podría establecer la validez de los acuerdos de la junta de propietarios y la legitimidad de los cargos directivos de la comunidad, excediendo la competencia del DCMR la determinación de estas cuestiones.

Cuentas de no residentes

Las entidades registradas deberán hacer constar la condición de no residente del titular de la cuenta o depósito abierto, y consignar, a efectos de identificación de la cuenta, el número de pasaporte o número de identidad válido en su país de origen.

La entidad registrada queda, además, obligada a requerir del titular de la cuenta de que se trate que, en el plazo de quince días desde su apertura, le haga entrega de la documentación acreditativa de la no residencia (en concreto, las personas físicas extranjeras deben aportar «certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio de Interior con antelación máxima de dos meses»). Esta exigencia de acreditación de la condición de no residente debe ser confirmada por el titular de la cuenta con carácter periódico (cada dos años debe ser requerido por la entidad registrada para que aporte la certificación oportuna en el plazo máximo de tres meses). Por otra parte, las entidades modificarán la calificación de las cuentas afectadas cuando tengan constancia de que se han producido cambios en la condición de residentes o de no residentes en España de los clientes titulares de aquellas.

Se han planteado ante este DCMR reclamaciones de clientes no residentes motivadas porque la entidad ha procedido al bloqueo de sus cuentas durante un determinado período, con las consecuencias que de ello se derivan en el caso de una cuenta a la vista, al no poder recibir y ordenar las operaciones de pago habituales. En tales supuestos, cuando la entidad acredita que dicho bloqueo obedece a la falta de cumplimentación de la declaración de residencia fiscal que había vencido, su proceder no podría considerarse, en principio, apartado de las buenas prácticas bancarias; pero para ello será necesario que se justifique debidamente que se efectuó la necesaria comunicación sobre la circunstancia

del bloqueo y sus causas, y que fue advertido previamente, con antelación suficiente, de que, si no remitía la declaración de residencia fiscal firmada, se procedería a dicho bloqueo.

Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

La normativa de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo —y, en concreto, el artículo 3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril—, bajo el título de «identificación formal», impone a las entidades de crédito la obligación de identificación de personas físicas o jurídicas con las que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones, reconociendo que «en ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas».

Conforme a ello, dicha normativa contiene las obligaciones a cargo de las entidades de crédito, relativas a la identificación de los clientes y conservación de documentos. La identificación deberá realizarse mediante documentos fehacientes. A tal efecto, establece el Reglamento[27] qué documentos se considerarán fehacientes, para personas tanto físicas como jurídicas, a efectos de identificación formal.

Las entidades aplicarán las medidas de diligencia debida previstas no solo a todos los nuevos clientes, sino, asimismo, a los clientes existentes, en función de un análisis del riesgo. Además, las entidades adoptarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación, a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos, y que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

En relación con estas cuestiones, se ha de señalar que este DCMR no es competente para valorar si se ha producido un ilícito penal en los casos en que pueda darse una eventual suplantación de identidad (mediante la utilización de documentos de identificación que no corresponden a quien los presenta) con objeto de abrir una cuenta o depósito en la entidad, correspondiendo tal pronunciamiento a los jueces y tribunales de justicia, mediante la adopción de los medios de prueba oportunos que permitan determinar lo acaecido y las responsabilidades que puedan derivarse, en su caso, para los sujetos intervinientes. Este DCMR tan solo podrá valorar que la entidad ha verificado, al menos en apariencia, los requisitos aludidos, extremo que habrá de estar en condiciones de acreditar cuando se planteen discrepancias de este tipo. Ahora bien, este DCMR, en esos supuestos, y salvo que por parte de los órganos judiciales se decreten medidas cautelares en sentido contrario, considera que las entidades no deberían negarse injustificadamente a suministrar información sobre la cuenta a quien figure como titular, para la mejor defensa de sus intereses.

En el expediente R-201601436, los reclamantes discrepaban con la exigencia de la entidad relativa a la necesidad de que aportaran determinada documentación —DNI y Declaración de Actividades Económicas—, denunciando, asimismo, el bloqueo de la cuenta practicado por no haber aportado dicha documentación. El DCMR señaló que la actuación de la entidad, consistente en exigir documentación relativa a la identificación de los titulares de una cuenta, ya sea para realizar las comprobaciones oportunas o para conser-

27 Artículo 6 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

var una copia de dicha documentación para su verificación con los fines que establecen la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, y el Real Decreto 303/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba su reglamento, no puede ser considerada contraria a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros, estando justificada dicha solicitud y, en concreto, la relativa a una copia actualizada del Documento Nacional de Identidad para su digitalización.

En cuanto al bloqueo de la cuenta, quedó acreditado en el expediente la existencia de diversas comunicaciones por parte de la entidad a los interesados —cuatro—, informando a sus titulares de las circunstancias del bloqueo y sus causas, al tiempo que les advertía de que en caso de que no se presentara la documentación requerida, se procedería al bloqueo de la cuenta, por lo que no hubo lugar a emitir un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada.

b. Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España

En relación con las comisiones e intereses que se pueden aplicar a las operaciones de depósito, interesa recordar que la vigente normativa de transparencia, al igual que lo hacía la anterior —actualmente, los artículos 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios *(BOE* del 29)—, establece que las comisiones percibidas y los intereses aplicables a los servicios bancarios (entre ellos, los depósitos) serán los que libremente se fijen entre dichas entidades y los clientes, si bien en el caso de las comisiones solo podrán percibirse por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.

Las entidades deberán, no obstante, cumplir con una serie de obligaciones de información pública en relación con aquellos (artículos 3 y 4 de la orden en relación con la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio), en un formato unificado que ha sido establecido en la Circular del Banco de España 5/2012 (anejos 1 y 2, en vigor desde el 1 de enero de 2013), el cual deberá ser actualizado trimestralmente en relación con las operaciones realizadas en cada trimestre natural para los diferentes perfiles de productos y clientes que se reflejan (anejo 1), y estar a disposición de los clientes en cualquier momento, en la forma indicada en la norma (en todos los establecimientos comerciales de las entidades, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España), y gratuitamente (artículo 3.2 de la orden). La información que las entidades deben poner a disposición de los clientes, en la forma expuesta y debidamente actualizada trimestralmente, se refiere con carácter general al tipo de interés anual modal (incluyendo la TAE u otra expresión equivalente de la operación) de las operaciones de cada categoría realizadas en el trimestre anterior y a las comisiones más frecuentes (así como a los gastos repercutidos y/o recargos) aplicadas en las operaciones con tipo modal, incluyendo los conceptos por los que se devengue, la periodicidad y su importe.

c. Tipos de cambio. Información al público

La operativa con divisas está liberalizada en España. Es decir, los tipos de cambio son libres y pueden variar en cualquier momento, pudiendo las entidades de crédito y los establecimientos de cambio de moneda aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de publicar los tipos mínimos de compra y máximos de venta o, en su caso, los tipos únicos que se han de aplicar para operaciones inferiores a 3.000 euros.

d. Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos

La Circular del Banco de España 5/2012 regula, en su norma cuarta, la información al público sobre tipos de cambio.

Comunicaciones a clientes. Requisitos

En relación con las comunicaciones con los clientes, la Orden de Transparencia recoge en su artículo 8.1 los requisitos que toda comunicación, referida a cualquiera de los servicios bancarios, deberá cumplir (ser clara, fiel, transparente —sin ocultación de los riesgos inherentes— y suficiente, y no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante).

Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo 8 establece que las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios (en este caso en particular, nos referimos a los depósitos) un documento de liquidación, en el que se expresarán con claridad y exactitud múltiples conceptos (tipo de interés nominal, las comisiones, cualquier otro gasto incluido, impuestos retenidos y cuantos antecedentes sean necesarios para comprender la liquidación y calcular el coste del servicio).

Asimismo, en determinados casos establecidos en la Circular del Banco de España 5/2012, deberá igualmente reflejarse el rendimiento (o coste, cuando se trate de operaciones de activo) efectivo remanente de la operación.

La referida circular ha establecido los modelos normalizados de liquidaciones en su norma undécima, en relación con el anejo 4, de obligada entrega desde el 1 de julio de 2013.

Los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras.

Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses

Desde enero de 2014, las entidades deben remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior, debiendo ajustarse dicha comunicación al modelo establecido en el anejo 5 de la circular (modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses).

En el caso de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares), dicho documento debe comunicarse de forma individualizada a cada uno de ellos, en lo que respecta a las operaciones que les afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación, debiendo indicarse el número total de cotitulares.

e. Publicidad de los depósitos

La Orden de Transparencia recoge en su artículo 5 que «toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y en la Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios».

Ante determinadas reclamaciones en las que la parte reclamante pretende que este DCMR emita un pronunciamiento acerca del alcance de algunas campañas comerciales abordadas por las entidades referidas a las condiciones aplicables a ciertos depósitos, y, en definitiva, que interprete los términos en los que se hallan redactadas, en orden a determi-

nar la eventual existencia de un incumplimiento de las condiciones recogidas en la publicidad cuestionada (con relación de forma específica a la rentabilidad que recoge, a los «regalos» ofrecidos, a las comisiones o a otras similares), procede señalar:

– En relación con el contenido de los anuncios publicitarios de los depósitos, la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa. Además, la publicidad que realicen las entidades de crédito sobre depósitos y créditos en los que se aluda explícitamente a su coste o rentabilidad para el público deberá expresar su coste o rendimiento en términos de TAE; y, cuando la publicidad de una entidad de crédito englobe cualquier tipo de oferta de operaciones, productos o servicios que han de ser realizados por otra empresa, deberá contener la mención expresa de esta empresa. El Banco de España tendrá la potestad administrativa de requerir a la entidad financiera emisora de la oferta la cesación o rectificación de la publicidad financiera que no se ajuste a la normativa reguladora de los productos y servicios bancarios antes mencionada.

– Por el contrario, de estimarse que las propagandas o comunicaciones promocionales cuestionadas pudieran hallarse, en su caso, incardinadas en los supuestos previstos por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y conforme a lo establecido en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la controversia deberá dirimirse ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

  Por otra parte, y como hemos indicado anteriormente, el 5 de febrero de 2016 entró en vigor la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, la cual afecta, entre otros productos bancarios, a los depósitos a la vista, de ahorro y a plazo. Su pretensión es que los clientes tengan una información estandarizada —que ocupará un lugar destacado en la publicidad y en la entrega de información precontractual— y que dicha información, de forma fácilmente comprensible y visual, se ofrezca en el mismo formato, clasificando los productos con una escala que indique su posible riesgo y alerte sobre su liquidez y complejidad, y advierta sobre la identidad y cobertura máxima del fondo de garantía de depósitos al que la entidad esté adscrita.

3.2.3 DEPÓSITOS A LA VISTA

a. Cuestiones generales

Mediante el contrato de depósito a la vista, se permite al cliente ingresar dinero en una entidad de crédito, y esta queda obligada a su devolución en el momento en que el titular lo solicite, así como a prestar el denominado «servicio de caja», en virtud del cual la entidad se obliga a realizar pagos y cobros a terceros en ejecución de órdenes que recibe del cliente, de forma que se convierte en mandataria singular del cliente y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de este. Por lo general, la entidad suele ofrecer al cliente una remuneración o tipo de interés por el dinero depositado y puede cobrar comisión por las operaciones incluidas en el «servicio de caja». Es habitual que el contrato de apertura de cuenta se concierte con duración indefinida y con facultad de las partes de darlo por terminado en cualquier momento (al estar basado, como el de comisión, en la mutua confianza); para su cancelación, deberá seguirse el procedimiento establecido en el propio contrato y/o en la normativa de aplicación.

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, define la «cuenta de pago» como «una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago». La cuenta de pago es el equivalente al depósito o cuenta a la vista bancaria (tanto bajo la forma de cuenta corriente como de libreta de ahorros), en la que se practican diversos adeudos (ordenante) y abonos (beneficiario). La ley fue desarrollada por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago *(BOE* de 18). Ambas normas son aplicables también a no consumidores, salvo que se pacte lo contrario.

b. Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia

La apertura de una cuenta requiere el consentimiento expreso y la aceptación de sus condiciones por todas las partes que la formalizan, siempre dentro del principio fundamental de la libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de dicho principio, la normativa actual establece una serie de requerimientos que las entidades deben observar, tanto en relación con la información y explicaciones previas al contrato como con el contenido del contrato. Procede resaltar como novedad que, según la normativa ahora vigente, la letra que se ha de utilizar en cualquier documento de información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual, debe tener un tamaño apropiado para facilitar su lectura, y, en todo caso, la letra minúscula que se utilice no podrá tener una altura inferior a 1,5 mm.

Además, la normativa de servicios de pago atribuye la carga de la prueba, del cumplimiento de los requisitos de información en ella establecidos, a las entidades proveedoras de servicios de pago (artículo 20 de la Ley 16/2009).

Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Ni el artículo 9 de la ya citada Orden EHA/2899/2011, ni la norma quinta de la también citada Circular del Banco de España 5/2012, que la desarrolla, exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas, si bien tampoco la excluyen. Así, las «explicaciones adecuadas», según están concebidas en la orden y en la circular, se facilitarán normalmente de forma verbal durante el proceso de comercialización, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.

Según el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011, las explicaciones deberán incluir, entre otras aclaraciones, las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios puede tener para el cliente. Además, en caso de que la relación contractual vaya a girar sobre operaciones que, como el depósito a la vista, se hallan incluidas en el anejo 1 de la Circular del Banco de España 5/2012, las explicaciones deberán hacer mención de la existencia del anejo 1, de su contenido —«Información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas»— y del lugar en que el cliente puede consultarlo[28].

28 La información sobre comisiones y tipos más habituales puede ser consultada en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España; además, esta información deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.

En el supuesto de que la comercialización de un producto —en este caso, el depósito a la vista— se acompañe de una recomendación personalizada, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva, las entidades deberán extremar la diligencia en las explicaciones que han de facilitar al cliente. A tal fin, recabarán de este la información adecuada sobre sus necesidades y su situación financiera, y ajustarán la información que le suministren a los datos así recabados.

En general, este DCMR ha manifestado que es obligación de las entidades, desde el punto de vista de las buenas prácticas, explicar a sus clientes de manera veraz las características de las promociones que ofrecen y la forma de verificar los requisitos para su obtención, de forma que tengan un conocimiento claro y preciso de las prestaciones que pueden recibir, para evitar que puedan concebir falsas expectativas al respecto. Consideramos que las entidades deben estar en condiciones de acreditar que facilitaron a sus clientes información precontractual y explicaciones adecuadas (personalizadas, para su concreta situación particular), de modo que estos, antes de contratar las cuentas a la vista, estuvieran en condiciones de conocer con exactitud las condiciones o los requisitos que debían cumplir para la obtención de determinada promoción, vinculada a la apertura o mantenimiento de una cuenta y/o la domiciliación de ciertos ingresos y pagos.

En la práctica bancaria reciente, numerosas entidades han desarrollado campañas o programas de captación o fidelización de clientes, consistentes en ofrecer a los titulares de cuentas a la vista determinadas ventajas (véase, exención de comisiones, bonificaciones, especial remuneración, etc.), siempre que cumplieran ciertos requisitos (los más frecuentes: domiciliación de nómina, pensión o ingresos recurrentes, domiciliación de recibos, cierto número de pagos con tarjeta…).

Y así, durante 2016 se nos han presentado numerosas reclamaciones en las que los clientes, de algún modo, cuestionaban la exactitud o corrección de las explicaciones facilitadas en la oficina bancaria: en unos casos, mostraban su sorpresa porque no se le habían aplicado las ventajas que esperaban obtener, a pesar de que, entendían, habían cumplido los requisitos acordados con los empleados de la entidad; en otros casos, manifestaban expresamente que en la oficina se les había facilitado información o explicaciones poco claras, o engañosas, sobre los requisitos necesarios para disfrutar de especiales condiciones.

Como ejemplo de esta tipología de reclamaciones, cabe citar el expediente R-201601545, en el que el reclamante calificaba la actuación de la entidad como «estafa», afirmando que había abierto la cuenta nómina en julio de 2014 porque el empleado le insistió, a pesar de que él dejó claro que no recibiría ingresos por nómina hasta el mes de octubre, y le dijeron que no importaba, pero conoció un año más tarde que no le habían aplicado la especial remuneración ni la exención de comisiones en la cuenta por haberla abierto en aquel momento y, así, no haber cumplido el requisito de tener la nómina domiciliada dentro del segundo mes de apertura. El DCMR apreció posible quebrantamiento de la normativa y de las buenas prácticas bancarias (entre otros, el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011 y la norma quinta de la Circular 5/2012, que establecen el deber de facilitar explicaciones adecuadas), porque la entidad no pudo aportar al expediente prueba suficiente que demostrara que en su día —antes de contratar la cuenta— había facilitado al reclamante la oportuna información y explicaciones adecuadas sobre las condiciones que se aplicarían a la mencionada cuenta, en particular sobre los requisitos que el cliente debía cumplir para que a aquella se le aplicaran esas condiciones más ventajosas.

Información precontractual

Tanto la normativa de servicios de pago como la normativa general de transparencia regulan la exigencia de que sea entregada al cliente de forma gratuita la oportuna información precontractual, con carácter previo al momento en que quede vinculado por el contrato u oferta, de manera que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada sobre cualquier producto bancario. La información precontractual deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa; para los depósitos o cuentas a la vista, la obligación de información previa podrá ser cumplida proporcionando al cliente una copia del borrador del contrato.

En todos los expedientes de reclamación presentados en el ejercicio 2016 en los que, de algún modo —en alguno de los escritos incorporados al expediente que fueron remitidos a la entidad para que formulase alegaciones—, el reclamante puso de manifiesto la deficiencia en la información o explicaciones que la entidad le facilitó, con anterioridad a la contratación, en relación con las condiciones de la cuenta que se proponía contratar (o sobre los requisitos necesarios para la aplicación de tales condiciones) —bien porque acusó expresamente a la entidad de no informarle correctamente, o bien porque puso de manifiesto su interpretación o conocimiento discrepante con el de la entidad sobre la aplicación a su cuenta de las condiciones o ventajas, o sobre el cumplimiento de los requisitos—, este DCMR consideró imprescindible que la entidad financiera hubiera aportado al expediente de reclamación una copia de la información precontractual que en su día facilitó al cliente, fechada y con la firma del cliente en señal de su recepción. No debemos olvidar que, según el artículo 20 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, a las entidades financieras les corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de sus deberes de información al usuario, y entre tales deberes se incluye el de información previa a la contratación (lo consagra el artículo 11 de la Orden EHA/1608/2010).

Siempre que, durante la tramitación de tales reclamaciones, la entidad no aportó al expediente la información precontractual escrita que en su día facilitó al reclamante, o la copia que nos aportó no contenía fecha ni la firma de este que acreditara su oportuna recepción, este DCMR concluyó apreciando en su actuación posible quebrantamiento de la normativa reguladora del deber de facilitar información precontractual al cliente. Entre otros, en los expedientes de reclamación R-201601130 y R-201610902 se apreció posible quebrantamiento de la normativa en la actuación de la entidad financiera, en dos casos en que el cliente puso de manifiesto que no había comprendido alguno de los requisitos necesarios para obtener las ventajas asociadas a su cuenta —en uno, el reclamante acusaba a la entidad de incumplir el contrato, en otro afirmaba que su entidad le había informado solo de las ventajas, pero no de los inconvenientes—. En ambos casos, la entidad financiera únicamente aportaba copia del documento titulado «Información Precontractual», pero que no tenía fecha ni la firma del reclamante, y por ello concluimos con un pronunciamiento contrario a la actuación de dicha entidad, puesto que ese documento no le servía para demostrar en el expediente que había facilitado al cliente la información en él contenida con anterioridad a la formalización del documento contractual de la cuenta, como le resultaba preceptivo.

Formalización del contrato

Contenido del contrato

La entrega y el contenido mínimo obligatorio de los contratos de depósitos a la vista se recogen en el artículo 12 de la Orden EHA/1608/2010, a la cual nos remitimos, que resulta aplicable cuando el cliente sea un consumidor o cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen.

Contenido del contrato de cuenta en divisas

Las entidades deberán entregar al cliente un ejemplar del documento contractual con suficiente antelación a la fecha en que este quede vinculado por el contrato marco u ofer-

ta o, si esto no es posible porque el contrato se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia, inmediatamente después de su celebración. El titular del contrato tendrá derecho a recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales en cualquier momento de la relación contractual. Durante 2006 se han emitido pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades reclamadas por incumplimiento de la normativa de transparencia cuando no se acredita que han formalizado debidamente el contrato, o cuando este no contiene las menciones necesarias, o no fue adaptado a la normativa de servicios de pago o la entidad no conserva copia de él no puede localizarlo.

Cuentas en divisas

Este DCMR estima que, en este tipo de cuentas, las entidades deben velar porque el contenido de los contratos formalizados se adapte a lo establecido en la normativa de servicios de pago en relación con su utilización y, sobre todo, recoja expresamente las condiciones particulares de estas cuentas en cuanto a la forma de disposición de la divisa, su conversión y los costes que ello podría suponer, según la modalidad de reembolso elegida (transferencia, obtención de billetes de esa moneda o conversión a otras divisas). Véase más adelante, a este respecto, la comisión de manipulación.

En el expediente de reclamación R-201512770, el cliente, que había solicitado cancelar su cuenta a la vista en divisa (dólar) mediante traspaso de su saldo a su cuenta en euros, mostró su disconformidad con el importe que le habían abonado, como consecuencia de la conversión de la divisa para la cancelación, y afirmaba que le habían aplicado una regla desconocida que no era la que le habían comunicado previamente. Este DCMR consideró necesario, para resolver la reclamación, disponer de una copia del contrato regulador de cuenta (para comprobar si este recogía alguna regla que se había de aplicar en la conversión); como quiera que la entidad no aportó el contrato al expediente, se concluyó apreciando posible quebrantamiento de la normativa reguladora del deber de las entidades de conservación del contrato.

Integridad de los contratos

Las entidades deben asegurarse de la integridad de los contratos que suscriben con sus clientes, de modo que contemplen y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación. De no ser así, las buenas prácticas exigen que, en el momento de constatarse la ausencia de un preciso pacto contractual, las entidades traten de llegar a un acuerdo con sus clientes para que estos presten su consentimiento a alguna de las posibles formas de actuación en esos casos.

Oscuridad de las cláusulas

El principio de transparencia que inspira las buenas prácticas bancarias exige que los documentos contractuales huyan de cualquier tipo de estipulación susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean fácilmente comprensibles y directamente aplicables.

A la vista de lo anterior (y al margen de que la interpretación definitiva de una cláusula, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, correspondería realizarla, en exclusividad, a los jueces o tribunales de justicia), el DCMR considera —en línea con lo previsto en el artículo 1288 del Código Civil— que, en caso de cláusulas oscuras susceptibles de diversas interpretaciones, debe considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias la actuación de las entidades consistente en efectuar interpretaciones de los contratos que les resulten a ellas más favorables, sin haber tratado de llegar a un acuerdo previo con sus clientes titulares de cuenta sobre el alcance de lo pactado.

Entrega de documento contractual y conservación de documentos

Como hemos dicho, en cualquier momento de la relación contractual el cliente tiene derecho a solicitar y recibir una copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, en papel o soporte duradero. De acuerdo con ello, las entidades están obligadas a conservar copia del contrato firmada por aquel (así como el recibí, que podrá constar en el propio documento), debiendo estar en condiciones de ponerla a disposición del cliente siempre que este lo solicite, bien en papel, bien en soporte duradero si la contratación se efectuó por medios electrónicos. Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido y, en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

Además, deben conservarlo no solo durante el tiempo previsto por la normativa mercantil (seis años, según el artículo 30 del Código de Comercio).

Este DCMR entiende, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, que las entidades han de conservar toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, no solo durante el plazo de seis años, sino al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas[29].

Cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...), son las entidades las que deben acreditar que sus clientes las conocían y/o aceptaron. En los casos en los que no se ha acreditado adecuadamente ante este DCMR la debida formalización de los contratos, se ha apreciado posible quebrantamiento de la normativa y de las buenas prácticas bancarias, por entender que estos pudieron no haberse formalizado, o pudo existir falta de la debida diligencia en la custodia de los documentos justificativos de las relaciones jurídicas mantenidas con sus clientes, o, en su caso, falta de colaboración con el propio DCMR en la resolución de la reclamación.

Además, entendemos que el contrato y condiciones deben facilitarse a los clientes tan pronto como lo soliciten, pues no se considera una buena práctica bancaria demorar la respuesta hasta que se plantee reclamación ante este DCMR, ya que en tales casos la actuación de la entidad evidencia un desinterés hacia sus clientes que contradice los principios de lealtad hacia su cliente, así como de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las partes.

Durante 2016 hemos tramitado expedientes de reclamación cuyo objeto fue que la oficina bancaria no había atendido la petición del reclamante de copia de su contrato de cuenta, y este DCMR concluyó apreciando posible quebrantamiento de la normativa en todos esos casos cuando la entidad reconocía que no había podido localizar el contrato suscrito con el cliente.

c. Vida. Operativa y funcionamiento de la cuenta

La Ley de Servicios de Pago recoge los conceptos de operación, servicio e instrumento de pago, los cuales serán el origen de los diversos apuntes que se den en una cuenta, aparte de los derivados de la repercusión de comisiones, intereses, gastos, etc.

29 La disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que entró en vigor el 7 de octubre de 2015, modifica el plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado plazo especial, reduciéndolo de quince a cinco años, y su disposición transitoria se refiere a la prescripción de acciones nacidas antes de su entrada en vigor.

Disposición de fondos. Posibles incidencias

Autorización de operaciones

El titular de un depósito de dinero efectuado en una entidad de crédito es acreedor de esta en cuanto al saldo resultante, pudiendo disponer de los fondos por los medios expresamente acordados en el contrato, debiendo incorporar, no obstante, estas disposiciones la autorización del interesado como manifestación de su voluntad dispositiva.

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, se habrán de diferenciar los distintos instrumentos u operaciones de pago (tarjetas, transferencias, domiciliaciones, póliza de crédito en cuenta corriente, retiradas de efectivo...), por lo que nos remitimos, a estos efectos, a los apartados específicos de cada uno de ellos en esta Memoria, que se encuentran más adelante dentro del epígrafe 3.3, «Servicios de pago».

Además, en el caso de la prestación de consentimiento a operaciones de pago por el usuario en el ámbito de la banca electrónica, se ha de acreditar con carácter previo que el cliente tenga firmado, además del específico de la cuenta, un contrato de adhesión a los servicios de banca electrónica (tanto a través de Internet como por teléfono). Lo habitual en estos casos es que el cliente tenga que autenticar la operación mediante la introducción de unas claves facilitadas por la entidad; por ello, cuando se nos plantean reclamaciones en las que se discute el consentimiento prestado mediante banca electrónica, suele resultar necesario que las entidades aporten al expediente no solo el contrato de banca electrónica suscrito, sino también documento acreditativo de la entrega de claves al cliente.

En cualquier actuación con trascendencia jurídica tanto para el cliente como para terceros, las entidades deben poder acreditar fehacientemente el consentimiento de sus clientes y los exactos términos de sus instrucciones en los casos en que se planteen discrepancias sobre ellos.

Autorizados en cuenta

La disposición de los fondos depositados en una cuenta corresponde, con carácter general, a su titular, por sí mismo o por su representante legal si careciese de capacidad de obrar. Pero también puede existir el supuesto de representación voluntaria (los autorizados o «firmas autorizadas», en terminología bancaria).

Los autorizados son las personas a las que los titulares autorizan para que, en su nombre y representación, puedan disponer, con carácter general, del saldo existente en la cuenta, pudiendo a tal fin firmar los cheques, reintegros y cuantos documentos sean necesarios. Por el contrario, no están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni realizar disposiciones contra la cuenta tras el fallecimiento del titular, por extinción del mandato.

Por lo que respecta a la disposición de fondos en descubierto por el autorizado, y dadas las controversias que se pueden plantear en esta cuestión que supone una apertura de crédito de la que deberá responder no el autorizado, sino el titular o titulares de la cuenta, es conveniente que los contratos de cuenta que incluyen autorizados recojan de forma clara la extensión de la autorización y los instrumentos de pago que dicho autorizado podrá utilizar para llevar a cabo las disposiciones.

La condición de autorizado se obtiene por autorización expresa y, habitualmente, por escrito del titular o titulares de la cuenta, siendo uso y práctica bancaria que se recojan las firmas tanto de los titulares como de las personas autorizadas, con el fin de permitir a cualquier empleado de la entidad realizar las comprobaciones oportunas que eviten disposiciones de fondos por personas no legitimadas para ello.

Si la cuenta es mancomunada o conjunta, la designación del autorizado podrá ser realizada por cualquiera de los cotitulares, lo cual no supondrá ningún perjuicio para el resto, pues sin todos ellos el autorizado no podrá disponer de la cuenta.

Ahora bien, si la cuenta es solidaria o indistinta, a falta de previsión contractual en contrario, se entiende que la solidaridad activa, que se establece para disponer y parte de una confianza *intuitu personae,* no podría hacerse extensiva a un autorizado nombrado por un solo titular, por lo que se precisaría el consentimiento de todos los titulares. Por ello, en estos casos se considera necesario que, en aras de la transparencia que debe presidir la actuación de la entidad con sus clientes y en defensa de sus intereses, si uno de los cotitulares confiere una autorización sin contar con el resto, la entidad informe de modo fehaciente a los otros cotitulares para que puedan obrar en consecuencia, esto es, prestando su consentimiento —tácito o expreso— al nombramiento o mostrando su disconformidad con este, rompiendo el vínculo contractual que les unía con el otro cotitular.

En cuanto a su revocación, sea la cuenta indistinta o mancomunada, bastaría con que cualquiera de los titulares manifestase por escrito al banco su voluntad en ese sentido para que la revocación sea operativa.

El mandato se extingue por la muerte del poderdante, de tal forma que, ante el fallecimiento de la persona que ha apoderado a otra para llevar a cabo disposiciones en su cuenta, el autorizado ya no podrá seguir realizándolas. No obstante, hay que tener presente que, para valorar y calificar la actuación de la entidad en los casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas por haber sido efectuadas por el autorizado con posterioridad al fallecimiento del poderdante, resulta muy relevante para este Departamento tener certeza del momento en que la entidad tuvo conocimiento de dicho fallecimiento, en la medida en que la actuación que cabe exigirle en orden a la protección de los herederos lo es desde que tiene conocimiento del fallecimiento del titular-poderdante, y no antes; ello con independencia de los derechos que, en su caso, asisten a los herederos frente al autorizado, siendo esta una cuestión que se enmarca en las relaciones jurídico-privadas de estos. Además, en caso de cotitularidad, salvo que se pueda acreditar que el autorizado lo era tan solo del titular fallecido, el fallecimiento de uno de los cotitulares en una cuenta indistinta no extingue la autorización si no consta que el resto de los titulares la ha revocado de forma expresa ante la circunstancia del fallecimiento.

La existencia de autorizados a disponer puede suscitar las siguientes cuestiones:

- Extensión de sus facultades de actuación: en general, la amplitud o la limitación de las facultades del autorizado dependerá del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta en la misma forma que el titular.

  Entendemos que, salvo pacto en contrario o negativa justificada, el autorizado tendría la facultad de informarse sobre el saldo de la cuenta, es decir, las entidades deberían atender las peticiones de información del autorizado sin necesidad de exigir que fueran refrendadas en cada caso por el titular de la cuenta, salvo en aquellos casos en que se demostrara documentalmente que el titular manifestó de forma expresa (en el momento de otorgarse la autorización, o bien con posterioridad) su voluntad de restringir las facultades del autorizado a la mera disposición de fondos, o bien en otros casos en que se dieran circunstan-

cias excepcionales, como pudiera ser el conocimiento por la entidad de la existencia de conflictos o desavenencias sobrevenidas.

– Revocación de la autorización: en cualquier momento el titular de la cuenta puede anular la autorización dada, con el único requisito de comunicarlo a la entidad, debiendo quedar constancia escrita de dicha orden de revocación, de forma que exista certeza del momento en que el autorizado deja de poder disponer legítimamente de la cuenta.

En el expediente R-201605091, la titular única de una cuenta reclamó contra disposiciones fraudulentas realizadas por su exmarido, y este DCMR no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas en la actuación de la entidad por haber permitido dichas disposiciones, ya que aquellas se habían efectuado con anterioridad a la fecha en la cual, según constaba en el expediente (por registros internos que la entidad aportaba), su autor había causado baja como autorizado, no habiendo aportado la reclamante por su parte ninguna prueba escrita que demostrara que la revocación de la autorización hubiera sido anterior a la fecha de las disposiciones.

En el expediente R-201606728, un autorizado en cuenta reclamó contra la entidad bancaria por haber permitido a su titular cancelarla sin que concurriera la firma de los dos autorizados; este DCMR no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas, por entender que en la práctica bancaria, en general, salvo que el contrato estableciera otra cosa, es el titular quien tiene la facultad de cancelar la cuenta por sí solo, y entre las facultades del autorizado no se entiende comprendida la de cancelación.

En otros casos, la controversia planteada ante el DCMR trae causa del poder conferido a una persona por el titular (o titulares) de la cuenta para la realización de diversos actos de administración, con carácter general. En estos supuestos, este DCMR considera que la exhibición de ese poder general no sería suficiente para que la entidad permitiera disponer de los fondos de una determinada cuenta corriente, pues para ello sería preciso que se diera también una específica autorización para disponer de la cuenta (en la forma habitual que se emplea para los autorizados en cuenta), o bien que el poder general identificara de forma específica la concreta cuenta sobre la que se podían llevar a cabo los actos de disposición. No obstante, de darse este último supuesto, el DCMR no consideraría que concurre una mala práctica bancaria si la entidad negara la disposición pretendida, invocando razones de seguridad, así como la necesidad de verificar la vigencia de ese poder o adoptar cualesquiera otras cautelas que estimara convenientes en orden a asegurar que entrega los fondos a persona con poder para ello. De lo contrario, las entidades se encontrarían ante la inseguridad de que dicho poder se mantuviera aún vigente o, por el contrario, hubiera sido revocado, extremo que no podría verificar en ese momento.

Sobre el efectivo como medio de disposición del saldo de la cuenta, en general, nos remitimos a lo que expondremos más adelante dentro del apartado servicios de pago, en el epígrafe 3.3.7, titulado «Ingresos, retiradas en efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja».

Disposiciones en efectivo

Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta

Es criterio reiterado de este DCMR que, con carácter general, y salvo pacto contractual expreso, los clientes pueden solicitar el reintegro de sus fondos a la entidad en cualquiera de sus oficinas. Si aquella en la que lo solicitaran fuera diferente a la de apertura de su

cuenta, será preceptivo que, una vez se hayan identificado perfectamente empleando los medios habilitados al efecto, las entidades efectúen previamente las comprobaciones necesarias para asegurarse de que entregan los fondos legítimamente, ya que el principal interés tutelable en estos casos es el del propio titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición.

Como se ha avanzado, cuestión distinta sería que en el contrato de cuenta suscrito por las partes se limitara expresamente la disposición en oficina distinta a aquella en la que se abrió la cuenta y que, por tanto, el titular de la cuenta hubiera conocido y consentido esa restricción en el momento de suscribir el contrato. A la vista de lo anterior, el DCMR ha señalado que no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias el que las entidades se opongan a los reintegros solicitados alegando limitaciones recogidas en sus normas internas y establecidas únicamente para el supuesto de que se ordene el reintegro en una oficina distinta a la de origen de la cuenta, sin invocar y acreditar que existían dudas razonables acerca de la veracidad de la identificación de sus clientes.

Por otra parte, se han planteado casos ante el DCMR motivados por la negativa de alguna entidad a permitir el reintegro en efectivo en oficina distinta de la sucursal de la que es cliente el reclamante, a pesar de llevar su DNI, argumentando que por normas internas no podía disponer en metálico por no tener chequera, tarjeta o libreta. En tales supuestos, es esencial que las entidades acrediten lo pactado en el contrato en relación con la forma de disposición de la cuenta, pues, si bien se pueden establecer contractualmente limitaciones de ese tipo, para que puedan ser apreciadas deben ser en todo caso acreditadas; en los casos planteados no se justificaron dichas limitaciones, lo que dio lugar a pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades. En el expediente R-201608859, se reclamaba contra una entidad por haber permitido disponer de la totalidad del saldo de una cuenta a un autorizado sin la presencia física de la libreta, y este DCMR entendió que la entidad no se había ajustado a las buenas prácticas bancarias en ese caso particular, al permitir la disposición, ya que existía una cláusula en el contrato según la cual el autorizado debía presentar la libreta para ejercitar facultades de disposición.

Restricción del importe en los reintegros de efectivo

Como ya hemos señalado anteriormente, los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en forma de cuentas corrientes bancarias u otras modalidades de depósitos a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares, cuando estos últimos disponen de tales fondos, utilizando alguno de los medios previstos en el contrato. Las entidades deben, por tanto, atender, mediante billetes y monedas de curso legal, las órdenes de pago que cursen sus clientes con cargo a los fondos que tengan disponibles, sea cual sea el importe de estas, no existiendo, por otra parte, normativa alguna del Banco de España que establezca la obligación de comunicar con carácter previo a las entidades de crédito las disposiciones con cargo a las cuentas que excedan de una determinada cuantía.

Ahora bien, resulta obvio que, en determinados supuestos, puede darse la circunstancia de que la entidad no disponga de efectivo suficiente en caja para cumplir con ciertas órdenes de disposición de efectivo, sobre todo si son de importante cuantía. En estos casos, en opinión del DCMR, la entidad debe informar a su cliente de la imposibilidad de hacer frente al pago que se le requiere, explicándole el motivo en el que se funda —insuficiencia de fondos en metálico—, debiendo ofrecer al interesado medios sustitutivos de la entrega en efectivo —emisión de cheque bancario por parte de la entidad, transferen-

cia, abono en cuenta, etc.— que permitan a aquel obtener el cobro sin que intervenga el dinero, debiendo ofrecerse estas alternativas, por supuesto, libres de gastos para el interesado, al no venir prestado el servicio por una solicitud específica de su cliente, sino en cumplimiento de una obligación que tiene asumida la entidad, por disposición legal o contractual —servicio de caja—.

Posibles incidencias en los apuntes en cuenta

Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores

Con carácter general, en todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y de valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar correctamente las órdenes de sus clientes, sin demoras ni retrasos innecesarios, empleando para ello la máxima diligencia. Igual diligencia les será exigible en la corrección de los errores detectados.

El DCMR ha venido señalando que la actividad bancaria, al igual que el resto de las actividades humanas, no está exenta de verse afectada por errores de diversa naturaleza, siendo que, en estos casos, cabe exigir a las entidades que, una vez tengan conocimiento de un error, lleven a cabo su corrección —si ello es posible— sin tardanza injustificada y, en su caso, traten de llegar a un acuerdo con su cliente, si bien su corrección no puede dar lugar a un enriquecimiento injusto; por ello, no resultaría proporcionado calificar un error, sin más, como constitutivo de una mala práctica bancaria, siempre y cuando las entidades reconozcan el error, muestren una voluntad cierta de subsanarlo sin demora y este no sea reiterado, ya que lo contrario supondría una falta de diligencia en el proceder de la entidad que sí merecería un pronunciamiento contrario. A lo anterior habría que añadir que las entidades han de salvaguardar los derechos y deberes de información de las partes afectadas por la comisión del error.

Del mismo modo, y respecto a la corrección de errores, el DCMR ha señalado que el cliente debería ser el primer interesado en llevar a cabo un control periódico de sus posiciones en la entidad, de forma tal que, frente a los apuntes practicados en cuentas corrientes bancarias y que sean debidamente comunicados a su titular, este debería mostrar su disconformidad dentro de un plazo razonable, de forma que no queden sometidos indefinidamente a una situación de pendencia que colisiona con las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica, si bien, en última instancia, correspondería a los tribunales de justicia la apreciación de este extremo.

Tratándose de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente, habrá de estarse a lo establecido al efecto en la normativa de servicios de pago, y más concretamente en el artículo 29 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (LSP), en virtud del cual el usuario del servicio de pago deberá comunicar a la entidad la operación de pago ejecutada incorrectamente sin tardanza injustificada y siempre en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o abono, pudiendo pactar las partes un plazo inferior en el caso de que el usuario no sea un consumidor. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 3.3, «Servicios de pago».

Deber de diligencia en el traslado de cuentas

Por lo que respecta al traslado de cuentas entre entidades, el artículo 15.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, regula el deber de las entidades de colaborar activamente e intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre ellas y con el cliente, al objeto de facilitar el traslado eficaz y ágil a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que utilicen como soporte una cuenta a la vista; por ejemplo, domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencias y transferencias periódicas recibidas.

Por otra parte, la Circular 5/2012, de 27 de junio, establece en su norma quinta, punto 5, que las entidades desempeñarán con la máxima diligencia el deber de colaboración activa exigido en la orden antes citada.

Actualmente, el procedimiento para llevar a cabo el traslado de las cuentas está detallado en los «Principios comunes para el traslado de cuentas bancarias»[30], diseñados por el Comité Europeo de Industria Bancaria (EBIC) y asumidos por la Asociación Española de Banca (AEB). Este procedimiento, que en la práctica bancaria española ya se aplica, está igualmente contemplado por la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014[31], 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 básicas, cuyo artículo 10 señala que los Estados miembros velarán porque el servicio de traslado de cuenta sea iniciado por el proveedor de servicios de pago receptor a petición del consumidor, debiendo ajustarse, como mínimo, a los requerimientos que en dicho artículo se establecen.

Este DCMR ha indicado que, dado que el procedimiento de traspaso de la cuenta involucra a dos entidades, y al cliente, y que dicho procedimiento se inicia mediante solicitud a la entidad receptora, los reclamantes deberían formular reclamación contra ambas entidades, aportando los datos concretos de la operación de traspaso que consideren defectuosamente realizada (recibo, emisor, transferencia o nómina), así como las fechas en que fue solicitado el traspaso y en que fue efectuado, la demora y cuantos datos sean necesarios para comprobar si el procedimiento se realizó, o no, correctamente, toda vez que el DCMR no puede pronunciarse nada más que sobre operaciones concretas y debidamente documentadas.

Hemos tramitado varios expedientes de reclamación (R-201608668, R-201608448, R-201610451) cuyo motivo era que no se habían aplicado ciertas ventajas o beneficios en una cuenta porque el reclamante titular de ella no había cumplido uno de los requisitos necesarios; en concreto, el de tener domiciliados en ella cierto número de recibos. Comoquiera que la apertura de la cuenta se había efectuado en todos los casos por traslado desde otra cuenta, que el mismo reclamante tenía abierta en otra entidad, resultando que dicho reclamante había solicitado en su día, a la entidad contra la que reclamaba, la gestión del traslado de sus ingresos y del pago de recibos desde su otra cuenta (en la otra entidad), y que la entidad contra la que reclamaba (la receptora de la cuenta) había tramitado con agilidad el cambio de ingresos a la nueva cuenta pero no había demostrado haber actuado con la misma diligencia en la gestión del cambio de recibos domiciliados. Por todo ello, este DCMR apreció en su actuación posible quebrantamiento del artículo 15.2 antes citado, regulador del deber de colaborar en el traslado ágil de cuentas entre entidades.

Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente

Los contratos de depósitos a la vista se caracterizan principalmente por ser contratos de gestión, por lo que las entidades deben limitarse a cumplimentar las órdenes que los titulares de los depósitos puedan darles en cuanto a la realización de cobros y pagos.

En tal sentido, el DCMR ha venido entendiendo que, para efectuar legítimamente adeudos en una cuenta, las entidades han de contar con el consentimiento expreso de su titular, salvo que dicho consentimiento se vea suplido por un mandato legal o judicial que las habilite para

30 Dichos principios constan reconocidos en la Circular 5/2012, norma sexta, apartado 2.1.i).
31 Esta directiva se encuentra actualmente en proceso de transposición en España.

ello. La LSP, en relación con la autorización de las operaciones de pago, regula en su artículo 25 el consentimiento y su retirada, señalando que se considerará autorizada la operación de pago cuando el ordenante haya dado el consentimiento a su ejecución, al tiempo que indica que, a falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada.

Por otra parte, al igual que en el caso de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente, la LSP señala en su artículo 29 que, cuando el usuario tenga conocimiento de una operación de pago no autorizada, deberá comunicarla a la entidad sin tardanza injustificada, a fin de obtener su rectificación, debiendo producirse dicha comunicación en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del abono o adeudo, salvo que se tratara de un no consumidor, pudiendo pactarse, en este caso, un plazo inferior. Asimismo, el artículo 31 establece la responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas, la cual consiste en devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada y restablecer en la cuenta de pago el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 3.3, «Servicios de pago».

Finalmente, cabe indicar que en aquellos casos en los que el cliente niega haber realizado una operación sobre una cuenta, pese a que la entidad aporta la orden (del tipo que sea), en apariencia firmada por él, el DCMR no puede emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, al no resultar competente para valorar si se ha producido un ilícito penal —suplantación de identidad y falsificación de firma—, siendo esta una cuestión que, de estimarlo oportuno los interesados, debe ser sometida a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

Adeudos para corregir abonos indebidos

Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales, etc.)

Son frecuentes las reclamaciones en las que titulares de cuentas discrepan con el cargo unilateral, como penalización, del precio estimado de una retribución en especie (un regalo promocional) cuando, de acuerdo con las condiciones del contrato, se han dejado de atender los requisitos exigidos para obtener aquella (por ejemplo, no se ha cumplido con el tiempo de fidelización). En esos casos, si bien este DCMR reconoce el derecho de las entidades a proceder al adeudo pactado, igualmente exige a estas una actuación diligente, de modo que el cargo se produzca inmediatamente después de conocida la incidencia, requiriendo en caso contrario que se informe de ello previamente al cliente.

Considera este DCMR que una actitud acorde con las buenas prácticas bancarias exige, por una parte, que las entidades aclaren y acrediten con exactitud cuáles eran los requisitos exigidos en la respectiva campaña de que se trate y que el reclamante no cumplía, justifiquen debidamente la previsión contractual sobre la forma de proceder en tales supuestos de incumplimiento y, finalmente, acrediten documentalmente las razones que existan para cargar en la cuenta de su cliente la penalización prevista en el contrato.

Véase más adelante el apartado de este epígrafe relativo a «Liquidación de la cuenta. Retribución en especie».

Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono

Las entidades financieras pagadoras de pensiones y otras prestaciones periódicas están en la obligación de comunicar a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad So-

cial, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengan satisfaciendo mediante abonos en cuenta. Dicha obligación se hace importante para las entidades, en la medida en que estas devienen responsables de la devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) de las mensualidades que pudieran abonarse correspondientes al mes o meses siguientes al de la fecha de extinción, por fallecimiento, del derecho a la prestación de que se trate, sin perjuicio del derecho de las entidades a repetir el importe de las prestaciones devueltas a la TGSS de quienes las hubieran percibido indebidamente.

Por tanto, en estos casos, las entidades deben establecer procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la vivencia del pensionista.

En el expediente de reclamación R-201600619, se apreció quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias en la actuación de la entidad por no haber actuado con la diligencia que le era exigible a la hora de verificar la pervivencia de la titular de una pensión, y ello ocasionó que, tras fallecer la titular, continuó siendo abonada la pensión en la cuenta de su titularidad durante 16 años; la entidad nos indicó, ya en trámite de rectificación, que se trató de un caso aislado, porque ella viene comprobando de forma periódica la pervivencia de todos los clientes perceptores de pensiones de la Seguridad Social.

En la reclamación R-201611350, por su parte, el reclamante pretendió que se asignase siempre al abono de su pensión determinada fecha (el día 24 de cada mes), y se trata de una cuestión que ya habían planteado anteriormente otros reclamantes. Este DCMR consideró preciso recordar (como ha hecho con ocasión de reclamaciones anteriores en las que también la discrepancia era sobre la fecha de abono asignada a alguna prestación de la Seguridad Social) que el abono de pensiones y otras prestaciones responde a calendarios y plazos regidos por normativa de la Seguridad Social (no se trata de normativa de transparencia), y que según dicha normativa las entidades colaboradoras deberían proceder al abono de pensiones, en general, el primer día hábil de cada mes. Y aunque en la práctica bancaria puede suceder que —en ocasiones— algunas entidades anticipen el abono a cierto día del final del mes anterior, como ocurrió en el caso de la reclamación, habitualmente lo hacen como atención comercial con sus clientes, pero no les resulta exigible; por todo ello, concluimos valorando positivamente la actuación de la entidad financiera reclamada, que resultaba ajustada a las buenas prácticas.

Bloqueo de la cuenta

A este respecto, entiende este DCMR que las medidas que impliquen restricciones a los derechos de los clientes (como bloqueo de abonos que decide adoptar la entidad a consecuencia de no haber pasado el cliente el control de pervivencia) deben no solo estar debidamente justificadas, sino también ser notificadas a los clientes antes de su adopción, al objeto de que no se les produzcan perjuicios innecesarios.

Con carácter general, para que las entidades procedan legítimamente al bloqueo o indisponibilidad de las cuentas de sus clientes se precisa necesariamente una autorización judicial, la conformidad de todos los titulares o la concurrencia de una causa debidamente justificada, circunstancias que en todo caso deberán ser debidamente acreditadas y advertidas a su titular.

Algunos supuestos que se han analizado en relación con esta cuestión:

– Bloqueo ante la falta de entrega de la documentación identificativa requerida.

La entidad, dentro de su discrecional política comercial y de acuerdo con el principio de libertad de contratación que rige en nuestro derecho, puede aceptar entablar relaciones comerciales con quienes se interesan por ello, en función de la documentación e información que sobre aquellos recabe a partir de las exigencias establecidas por el marco normativo y de sus normas de funcionamiento interno, y también puede decidir continuar o no la relación previamente establecida. Lo que no resulta admisible en una buena práctica financiera es que, una vez establecida la relación comercial, ante la falta de entrega de la documentación pertinente, la entidad proceda a efectuar el bloqueo de las cuentas, con los consiguientes perjuicios a sus clientes, sin mediar la debida comunicación sobre la circunstancia del bloqueo y sus causas, reputándose la actuación de la entidad reclamada en estos casos como contraria a las buenas prácticas.

– Bloqueo motivado por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, establece en su artículo 5 que los sujetos obligados deben obtener información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios, así como recabar de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptar medidas que permitan comprobar razonablemente la veracidad de la información. Y el artículo 6 impone a las entidades la aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación. Por otra parte, el artículo 7.3 señala que los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio, ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida que prevé la ley, poniendo fin a la relación de negocio cuando no puedan aplicar dichas medidas, al tiempo que señala que la negativa de las entidades a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación por no poder aplicar las medidas de diligencia debida no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para la entidad.

Estas obligaciones fueron desarrolladas por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, cuyo artículo 11 exige, a su vez, a las entidades que apliquen medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de la relación, a fin de garantizar que coincidan con la actividad profesional o empresarial del cliente y con sus antecedentes operativos, así como que se aseguren de que los documentos, datos e informaciones obtenidos como consecuencia de la aplicación de las medidas de debida diligencia se mantengan actualizados y se encuentren vigentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el DCMR considera que la actuación consistente en el bloqueo unilateral de la cuenta, dando aviso al cliente y justificando su proceder, esto es, la observancia de la normativa y obligaciones legales que le afectan, y en concreto la diligencia exigida respecto al cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, no puede ser considerada apartada de las buenas prácticas financieras.

– Bloqueo de la cuenta por existir discrepancias entre los cotitulares que hacían inviable la continuidad de su operativa.

Se trata de supuestos en los que los cotitulares cursan instrucciones a las entidades contradictorias e incompatibles entre sí, debiendo abstenerse estas de tomar partido por uno u otro cotitular o cotitulares, lo que da lugar a la adopción por parte de las entidades de medidas de bloqueo y, en su caso, a que se lleve a cabo la consignación del saldo, de persistir las discrepancias entre los titulares y en tanto estas no se resuelvan, debiendo las entidades comunicar a los interesados la adopción de dicha medida con carácter previo a practicar el bloqueo. De no llevarse a cabo dicha comunicación, el proceder de la entidad se estimaría contrario a las buenas prácticas financieras.

En el expediente de reclamación R-201612804, el objeto era el bloqueo de una cuenta, y la entidad alegaba como motivo del bloqueo el haber sido declarada en concurso la sociedad titular de la cuenta; este DCMR apreció quebrantamiento en su actuación, por no haber aclarado totalmente las circunstancias del bloqueo —que, además, habría tenido lugar en una fecha diferente de la de publicación de la declaración de concurso en el *BOE*—, y por no haber demostrado ni alegado sobre la comunicación del bloqueo a su cliente.

Compensación de cuentas

Por lo que se refiere a los traspasos por parte de las entidades entre cuentas para compensar los saldos deudores, este DCMR, en consonancia con lo que estableció la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, ha señalado en las reclamaciones que por este motivo se han planteado que uno de los principios que, desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, debe regular la relación de las entidades con sus clientes es el de transparencia y claridad informativa, de modo que en todo momento estos conozcan no solo la situación de sus posiciones, sino también las facultades que sobre ellas tiene la entidad, de lo que se deriva la necesidad de que los contratos bancarios deban incorporar una cláusula que informe a los clientes, desde un primer momento, de la posibilidad de que sea aplicada a sus cuentas la controvertida compensación, sin que sea preciso —más allá de una redacción transparente, clara, concreta y sencilla de las cláusulas en que se plasme este acuerdo— que esta información deba constar en un apartado distinto del que recoge las condiciones generales del contrato.

Nada obsta, pues, a que un contratante pacte expresamente con el banco que este pueda compensar los saldos positivos con los negativos de varias cuentas, así como a que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya una adecuada información al respecto. Caso distinto sería que la deuda correspondiera solo a parte de los cotitulares pero no se hubieran comprometido todos ellos a responder solidariamente o a autorizar la compensación de las deudas de cualquiera de ellos entre los activos de los demás.

En definitiva, para saber si la compensación está bien o mal operada, hay que estar, pues, al contenido de las cláusulas contractuales de los contratos que en cada expediente se aporten. En los expedientes de reclamación R- 201611095 y R-201613286, el reclamante, cotitular de una cuenta corriente, discrepaba porque se había utilizado el saldo de aquella para saldar deudas pertenecientes en exclusiva a otro de los cotitulares. Este DCMR comprobó en ambos expedientes que el contrato regulador de la cuenta, cuyo saldo fue utilizado para saldar las deudas, contemplaba con redacción suficientemente clara la posibilidad de aplicar la compensación convencional, y expresamente advertía de que esta

podría extenderse a deudas pertenecientes a uno solo de los titulares; por ello, en los dos expedientes se concluyó que la actuación de la entidad se había ajustado a las buenas prácticas y usos bancarios al efectuar la controvertida compensación.

Cuentas con varios titulares o cuentas plurales

En las cuentas plurales, la titularidad corresponde a dos o más personas, sin que esto implique, por sí solo, que la propiedad de los fondos allí depositados pertenezca ni a todas ellas ni por partes iguales, ya que la propiedad viene determinada únicamente por los pactos internos establecidos por los titulares, con independencia de la titularidad plural de la cuenta. El contrato que los titulares suscriben con la entidad regula exclusivamente la titularidad de la cuenta o depósito y su régimen de disposición, con independencia de quién sea el propietario de los fondos.

Régimen de disposición

Esta titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición, por lo que la entidad debe velar porque, en el momento de la contratación, se plasmen adecuadamente las instrucciones de los clientes al respecto, dada la trascendencia que va a tener en el posterior desarrollo de la relación contractual que se establece. En caso de no acordarse previsión contractual alguna sobre el particular, debería entenderse que el régimen de disposición es mancomunado o conjunto, por aplicación de las normas civiles para las obligaciones plurales establecidas en el artículo 1137 del Código Civil.

En la reclamación del expediente R-201607539, el motivo era que, en una cuenta con cuatro titulares, según el reclamante se había establecido una cláusula por la cual se precisarían un mínimo de dos firmas para la retirada de los fondos, y la entidad había permitido a uno solo de los titulares con su única firma extraer todo el dinero y cancelar la cuenta. Habiendo sostenido la entidad en sus alegaciones que, en la práctica, la cuenta venía funcionando como si el régimen de disposición fuera indistinta, este DCMR constató, sin embargo, que el contrato no indicaba que el régimen de disposición de la cuenta fuera indistinto ni mancomunado, sino que solo figuraba (en la casilla Disposición) la expresión «condicionada». Y entendiendo que difícilmente cabe entender, a la vista de esa expresión, que el régimen de disposición fuera indistinto, este DCMR concluyó apreciando en la actuación de la entidad posible quebrantamiento de la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y buenas prácticas y usos financieros, por no haber formalizado correctamente el contrato de cuenta corriente.

Cuentas indistintas (o solidarias)

Cuando una cuenta es indistinta o solidaria, cualquiera de los titulares puede disponer de la totalidad del saldo de aquella con su sola firma. Normalmente, la apertura de una cuenta indistinta responde a la existencia entre sus titulares de unas determinadas relaciones internas (familiares o de otra índole) basadas en la confianza. Por lo tanto, en principio, la cuenta se rige exclusivamente por el contrato que las partes han suscrito, existiendo una clara separación entre las relaciones contractuales de los titulares con la entidad de crédito y las relaciones extrañas al contrato que aquellos puedan tener en su esfera privada, que ni afectan ni comprometen a la entidad.

Cuentas conjuntas (o mancomunadas)

Cuentas corrientes conjuntas o mancomunadas son aquellas en las que los titulares, aunque pueden efectuar ingresos en cuenta por sí solos, necesitan el consentimiento de todos los demás para poder efectuar reintegros u operaciones que disminuyan el saldo, régimen que, como hemos indicado, es el aplicable por defecto, en caso de que el contrato de una cuenta conjunta nada indique sobre el régimen de disposición.

También pueden existir cuentas mancomunadas en las que para la disposición de fondos se pacte la firma de una pluralidad de titulares (por ejemplo, dos de tres). Las entidades

de crédito deben actuar con diligencia para que no se lleven a cabo disposiciones de fondos sin que conste el consentimiento expreso de los titulares necesarios.

Abierta la cuenta con una u otra forma de disposición, puede darse la circunstancia de que las partes decidan por algún motivo su modificación.

No hay duda de que, si la cuenta es mancomunada, para su transformación en indistinta constituye requisito necesario el consentimiento expreso de todos los titulares. Pero la controversia puede plantearse para el supuesto de transformación de la cuenta solidaria en mancomunada, pudiendo darse el caso de que uno de los titulares de una cuenta abierta de forma indistinta solicite el bloqueo de la cuenta, entendido exclusivamente como una modificación del régimen de disposición de la cuenta, que pasa de indistinta a mancomunada.

Este DCMR mantiene que, en caso de discrepancias internas de los cotitulares indistintos —por romperse la confianza o por producirse determinados eventos que justifican la suspensión del funcionamiento normal de la cuenta (separaciones, divorcios...)—, que se traduzcan en instrucciones contradictorias, las entidades deberían adoptar una postura neutral, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta

En resumen, y siempre salvo previsión contractual en contrario, debe entenderse que una actuación conforme a las buenas prácticas bancarias exige que la entidad de crédito, desde que reciba la comunicación de uno de los titulares de la cuenta (comunicación que deberá ser convenientemente acreditada) manifestando su oposición a que la cuenta siga funcionando de forma indistinta (o pida su bloqueo), no puede cumplimentar operación alguna que no venga ordenada por todos los titulares, que deben ser informados cuanto antes de la situación producida. Siendo una medida restrictiva de los derechos de los clientes, deberá adoptarse con una serie de cautelas, como el preaviso a todos los cotitulares.

En el expediente 201600259, el motivo era que la entidad había permitido al cotitular de una cuenta conjunta (expareja de la reclamante) asociar la cuenta, sin conocimiento ni consentimiento de la cotitular reclamante, al pago de dos préstamos personales que fueron contratados por él solo, y la reclamante pretendía que la entidad le reembolsase la totalidad de las cantidades en su día cargadas por ese préstamo, en su opinión de forma indebida por ser el préstamo de titularidad exclusiva de uno solo de los cotitulares. No constando en el expediente prueba alguna de que la reclamante, en cualquier momento anterior a aquel en que fueron domiciliados o efectuados los cargos de cuotas de préstamos objeto de discusión, hubiera hecho saber a la entidad que había perdido la confianza en el cotitular o que deseaba cambiar el régimen de disposición indistinta a mancomunada o conjunta o hubiera reclamado contra las operaciones realizadas por el cotitular, este DCMR no encontró quebrantamiento de las buenas prácticas en la actuación de esa entidad por el hecho de permitir al cotitular disponer del saldo de la cuenta para pago de los préstamos de su exclusiva titularidad, pues se trataba de un cotitular indistinto o solidario.

Descubierto en cuentas indistintas

En las cuentas solidarias, cualquiera de los cotitulares puede realizar actos de disposición del saldo de aquellas, a través de cualquiera de los medios disponibles para hacerlo. Ahora bien, cuestión diferente sería la facultad de cada uno de ellos para generar descubiertos en cuenta, y la responsabilidad del cotitular que no los ha provocado; cuestión que no resulta pacífica, en la medida en que no ha tenido un tratamiento uniforme ni por parte de la doctrina ni por parte de los tribunales de justicia.

El DCMR considera que, cuando se dan controversias en relación con la responsabilidad solidaria de los titulares indistintos por los descubiertos ocasionados por uno solo de ellos, y a falta normalmente de determinados extremos que resultarían esenciales para adoptar una decisión fundada, ha de abstenerse de emitir opinión sobre el fondo de la cuestión sometida a su consideración, debiendo los interesados someter aquella, de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

Algunos casos concretos que este DCMR ha resuelto en relación con esta cuestión se derivaban de las disposiciones realizadas con la tarjeta de crédito emitida a nombre de uno de los titulares, o también de las cuotas periódicas de una financiación en la que el prestatario era uno solo de los titulares o no todos ellos, sin que los restantes tuvieran conocimiento de que en la cuenta común se habían domiciliado esos pagos; o también del pago de letras de cambio y pagarés firmados solo por uno de los titulares.

En tales casos, lo primero que habrá que tener presente es la existencia, o no, de una previsión contractual en ese sentido en el contrato de cuenta, de tal forma que, a falta de previsión contractual que autorice los adeudos en tales casos y siendo el contrato de préstamo una obligación autónoma (o el de tarjeta, como casos más frecuentes), en la que no es parte el otro cotitular, admitir que se pudiera realizar el cargo en cuenta de las cuotas en descubierto supondría, *de facto,* que este pudiera convertirse en una suerte de avalista involuntario y, a su pesar (pues reclama), de la financiación, lo cual se ha considerado en esos supuestos por este DCMR alejado de las buenas prácticas bancarias.

Modificaciones contractuales

Formalidades y plazos

La normativa de servicios de pago regula de forma precisa, en sede legal y reglamentaria, la forma y plazo en que las modificaciones contractuales efectuadas a instancia de una de las partes (en este caso, la entidad de crédito) deben ser comunicadas a la otra parte (el cliente), dotando así al proceso de determinadas garantías que refuerzan su transparencia.

Así, en una cuenta corriente a la vista, conforme al artículo 22.1 de la LSP, se distinguen dos tipos de modificaciones:

- las que se podrán aplicar de forma inmediata, debiendo, en cualquier caso, informar sobre ellas en la primera comunicación que se dirija al cliente: son todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente, y

- las restantes modificaciones contractuales, que deberán seguir el procedimiento establecido en la normativa o, si consta, en el contrato, procedimiento que necesariamente, por imperativo legal, incluirá en todo caso una comunicación individualizada y previa al cliente, en papel u otro soporte duradero, con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

En ocasiones, cuando las entidades dirigen comunicación al cliente proponiendo una modificación en el contrato de cuenta corriente, le advierten de que considerarán aceptada la modificación en caso de que él no hubiera notificado a la entidad su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta para su entrada en vigor. Esta aceptación tácita por el cliente de la modificación del contrato marco solo será admisible, según la normativa de servicios de pago, si: i) así se ha convenido en el contrato de cuenta, siendo esta una de las menciones obligatorias del contrato, y ii) se concede al cliente, para el caso de que no acep-

te la modificación, el derecho de rescindir el contrato de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para tal modificación; en la comunicación de la modificación al cliente se le deberá especificar este derecho de rescindir el contrato sin coste.

En los casos en los que, al margen de lo establecido en el contrato, y dentro de su libre política comercial, la entidad ha decidido retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, este DCMR ha venido estableciendo que, para que la entidad pueda variar dicho régimen, aunque conste contractualmente la comisión, las buenas prácticas y usos bancarios exigirían, en todo caso, una comunicación previa e individualizada a los clientes afectados en la que se explicaran convenientemente las nuevas condiciones aplicables y, muy particularmente, el cese de la gratuidad de que hasta entonces venía disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad.

Durante el ejercicio 2016 hemos recibido numerosas reclamaciones de clientes que disfrutaban de exención de comisiones en el pasado por distintos motivos (por tratarse de cuentas de jóvenes o pertenecer el titular a otro colectivo con convenio especial con la entidad o por hallarse acogido a determinado plan o programa de exención que la entidad ofrecía), y reclamaron cuando las entidades comenzaron a aplicar en sus cuentas comisiones de mantenimiento, administración, u otras, que nunca se habían aplicado con anterioridad.

En los expedientes R-201611336 y 201612186, los reclamantes, ambos titulares de cuenta a la vista, reclamaban contra liquidaciones de comisiones en la cuenta porque entendían que resultaban improcedentes las comisiones, ya que ellos consideraban que habían cumplido las condiciones del programa de exención. En ambos casos, el reclamante negaba que la entidad le hubiera advertido de forma individualizada de su decisión de efectuar una modificación contractual, como la entidad le manifestaba en su carta de contestación a su reclamación. En los dos casos, este DCMR concluyó que en la actuación de la entidad se apreciaba posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, que exige que las modificaciones de contratos de cuenta a la vista deben destacarse con claridad, tras comprobar que la carta por la cual se comunicaban a clientes las modificaciones contractuales, que la entidad aportaba y aseguraba haber remitido a los reclamantes y sobre la cual basaba su derecho al cobro de las comisiones en cuestión, contenía la modificación en un anexo y, además, incluía una mención final relativa a la compatibilidad de las condiciones con acuerdos alcanzados con colectivos profesionales que, entendimos, podría crear confusión al receptor de la carta que se encontrase entre los colectivos profesionales afectados.

Modificaciones de titulares

Los titulares originarios de una cuenta pueden variar a lo largo del curso del contrato, y no solo por las lógicas mutaciones que pueden surgir en la vida de los pactos con vocación indefinida, como es el contrato de cuenta corriente, sino también por lo establecido en el artículo 400 del Código Civil. En estos supuestos, las entidades se reservan la opción de modificar la cuenta primitiva o abrir una nueva.

El DCMR entiende que, en caso de que la modificación de la titularidad esté motivada por la renuncia de uno de los titulares, la entidad deberá comunicar al resto de los titulares de la cuenta la modificación pretendida, a fin de que estos decidan lo que estimen pertinente, pues es criterio sostenido que la renuncia efectuada por uno de los titulares tiene el carácter de acto unilateral que no precisa el consentimiento de la entidad —salvo que se hubiera acordado un plazo— ni de los otros cotitulares.

Por ello, este DCMR ha considerado contrario a las buenas prácticas y usos financieros el proceder de las entidades en los casos en que no han atendido la solicitud de baja cursada por sus clientes sin mediar una causa justificada y motivada, siendo que, como se ha indicado, tan solo han de efectuar la oportuna comunicación a los cotitulares de la cuenta, sin que resulte necesario que estos presten su consentimiento a esa baja, solicitada por otro cotitular.

Sin embargo, puede ocurrir que la entidad invoque, para negarse a la baja del cotitular, razones tales como la existencia de saldo deudor en la cuenta, o la existencia de contratos vinculados con saldo cuya titularidad corresponda a la persona que pretende darse de baja, en cuyo supuesto habrá que estudiar las circunstancias invocadas para poder valorar si la negativa resulta contraria a las buenas prácticas.

En el expediente R-201607243, el motivo fue que una entidad financiera no permitía darse de baja en una cuenta conjunta o cancelar la cuenta a la reclamante, que había abierto la cuenta en 2002 con unas amigas, con el fin de alquilar un local, pero a fecha de la reclamación no tiene movimientos y desde hace años ninguna de las titulares vive en la localidad donde se encuentra la oficina bancaria. Tras reclamar en repetidas ocasiones (en la oficina y en la web) no le daban solución y contestaban que no pueden hacer nada, no saben o lo consultarán, o que debían acudir «en tropa todos los titulares» para cancelarla, lo cual entendía la reclamante que era prácticamente imposible. Esta proponía que comunicase al resto de titulares la situación y, si no hay comunicación en contra, se le permitiera abandonar la titularidad o el cierre de la cuenta. Este DCMR, tras analizar los hechos que resultaban de la documentación, concluyó que la actuación de la entidad había sido poco diligente ante la petición de la reclamante, en el sentido de que no deseaba continuar como titular en esa cuenta corriente inactiva. Concluimos que su conducta no resultó ajustada a las buenas prácticas financieras, y que pudo haber quebrantado la normativa de transparencia, en concreto: el artículo 13 de la Orden EHA/2899/2011 y la norma quinta de la Circular 5/2012, reguladores del deber de diligencia en cumplimiento de órdenes del cliente y de comunicación a los titulares de la existencia de cuentas inactivas.

Liquidación de la cuenta

Cobro de comisiones. Casuística

Una de las cuestiones que se ponen de manifiesto con mayor frecuencia en las discrepancias de los clientes con el proceder de las entidades en relación con los depósitos a la vista se refiere a la repercusión de comisiones, bien por conceptos que los clientes no comprenden, bien por conceptos no incluidos en los contratos, o por importes distintos a los allí recogidos. Este DCMR, partiendo del principio de libertad que rige el establecimiento de comisiones bancarias, que consagra el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha examinado en cada expediente de reclamación si la comisión cuya aplicación en la cuenta discute el reclamante en cada caso respondió a un servicio efectivamente prestado y solicitado o aceptado, y el titular de la cuenta tuvo ocasión de conocer su cuantía y concepto con anterioridad a su cobro —por figurar la comisión en el contrato inicial firmado por las partes o en posterior comunicación de modificación contractual efectuada según el procedimiento legalmente previsto—.

Comisión de mantenimiento

La comisión de mantenimiento de cuenta remunera el servicio prestado e incluye una serie de operaciones que podemos definir como «servicio de caja básico» y que, en la mayor parte de las entidades, incluye los ingresos y reintegros en efectivo o disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta y la entrega de los medios de disponibilidad habitual del depósito (talonarios de cheques o libretas), así como otros servicios o apuntes, tales como la custodia del

dinero, el mantenimiento de los registros necesarios para el funcionamiento del depósito o el derecho a ordenar cargos y abonos en cuenta.

En los casos en que los reclamantes discrepan con las cantidades que las entidades están cobrando en concepto de comisiones de mantenimiento, se deberá acreditar que no son superiores a las recogidas inicialmente en el contrato o modificadas posteriormente conforme al procedimiento establecido.

Las comisiones de mantenimiento, salvo que se diga otra cosa, se consideran pospagables y de devengo lineal durante su período de aplicación. Es decir, que, si una comisión se carga semestralmente, la fecha de la comisión de mantenimiento de referencia a efectos de cómputo de los dos meses de antelación que establece el artículo 22.1 de la Ley 16/2009 para proponer al cliente su aplicación o modificación será la fecha en la que se inicie dicho período de devengo y no la de adeudo de la comisión en la cuenta.

En los casos en los que los titulares de cuentas renunciaran a mantener estas, cancelándolas, entendemos que las entidades deberán restituir —de haberse cobrado por anticipado— la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al tiempo en que no hubiera usado la cuenta.

Respecto al cobro de comisiones de mantenimiento en el caso de cuentas inactivas, véase lo establecido en el apartado «Cuentas inactivas» de esta Memoria.

Comisión de administración

Generalmente está vinculada al funcionamiento de la cuenta, es decir, al uso que se haga de ella. Se establece como el pago de una cantidad fija por cada apunte que se realice durante el período de liquidación. Es común excluir de su aplicación un número determinado de apuntes (por ejemplo, los diez primeros) y/o un tipo (excluir todos los ingresos en efectivo). Esta comisión es compatible con la de mantenimiento, pues suele pagarse cuando la entidad presta servicios de cargo y abono adicionales a los cubiertos por la comisión de mantenimiento, tales como adeudos e ingresos por conceptos diferentes (por ejemplo, los adeudos de recibos o los apuntes de transferencias ordenadas o recibidas).

Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas

Tradicionalmente, el DCMR ha venido considerando que, cuando las cuentas se mantienen por imposición de la entidad y son utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo hipotecario o personal, o a los pagos derivados de cualquier otro tipo de operativa, no correspondería a los clientes soportar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración. Ciertamente, en tales situaciones el cliente estaría pagando por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, lo cual se valoraba contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios.

En este sentido, en las operaciones de depósito, de préstamo o de crédito anteriores a la normativa general de transparencia y de crédito al consumo actualmente vigente, las entidades deben conformar su actuación al referido criterio, según el cual no es posible el cobro de comisiones en las cuentas instrumentales de los depósitos, de los préstamos o de los créditos (o de otro tipo de productos, bancarios o no), siempre que estas se usen exclusivamente para la gestión de dichos productos, circunstancia que deberá ser valorada y acreditada en cada caso en que se manifiesten discrepancias respecto de dicha cuestión.

Sin embargo, la vigente normativa general de transparencia y de crédito al consumo ha impuesto la revisión del criterio que venía amparado en la valoración citada, que se encontraba fundamentado, entre otras cuestiones, en la falta de una regulación que garantizara mayor información al cliente a este respecto.

En consecuencia, y centrándonos en los servicios bancarios más frecuentemente ligados a esta problemática —préstamos o créditos hipotecarios, créditos al consumo y depósitos a plazo—, debe indicarse que la normativa que les afecta ha tenido en cuenta dos aspectos en materia de transparencia relativos a esta cuestión: la información previa que se ha de suministrar respecto al cobro de la comisión y la inclusión de este elemento en el cómputo que se debe efectuar para la determinación del coste o rendimiento del servicio.

A estas garantías —información previa y cómputo en el coste o rendimiento del servicio— se añade la imposibilidad de que el gasto que supone dicha comisión pueda ser modificado unilateralmente por parte de la entidad. Ello se debe a que este DCMR, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, extiende esta salvaguarda —si bien inicialmente prevista en la norma sexta, apartado 2.5.j, de la Circular del Banco de España 5/2012 para los préstamos o créditos enteramente excluidos del ámbito de aplicación tanto de la Ley 16/2011 como de la Orden 2899/2011— a todos los servicios bancarios que pudieran verse afectados por esta circunstancia.

Conforme a ello, en el caso de préstamos, créditos o depósitos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa vigente (29 de abril de 2012) —o en aquellos préstamos o créditos que hubieran sido objeto de novación con posterioridad a dicha fecha—, no se puede considerar apartado de las buenas prácticas bancarias el que una entidad cobre comisiones en las cuentas vinculadas a dichos servicios, aunque se utilizaran exclusivamente para la gestión de estos, siempre que, en todo caso, se cumpla con las exigencias establecidas en la respectiva normativa (según se encuentren vinculadas a la gestión de un producto o de otro), esto es: i) que se haya informado previamente a los clientes, en el documento de entrega obligatoria previa según la operación de que se trate, acerca de la exigencia —en su caso— de contratar la cuenta vinculada; ii) que se informe de la parte del coste total que corresponde al mantenimiento de dicha cuenta; iii) que tanto la contratación como su coste se recojan expresamente en el contrato, y iv) que dicho coste no pueda ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del préstamo, crédito o depósito.

Si no se contemplaran todas y cada una de las referidas exigencias, el cobro de comisiones en cuentas vinculadas cuyo mantenimiento sea obligatorio y no tengan otros usos se consideraría apartado de las buenas prácticas bancarias o, en su caso, de la normativa de transparencia de aplicación.

En el expediente R-201602719, era objeto de reclamación una comisión aplicada por el mantenimiento de una cuenta que el reclamante había abierto en esa concreta entidad como condición impuesta por el Gobierno venezolano para el cobro de su pensión. Este DCMR concluyó que el cobro de la comisión de mantenimiento resultaba en ese caso apartado de las buenas prácticas y usos financieros, ya que la cuenta no tenía movimiento alguno distinto al del abono de la pensión, entendiendo además que no puede considerarse una práctica bancaria diligente que sea el cliente el que solicite de forma expresa en cada caso la retrocesión de la comisión previamente repercutida, y que el hecho de que la exención no pueda automatizarse, dada la necesidad de la comprobación del uso de la cuenta, no debe obstar a que, una vez realizada la comprobación —que compete

en exclusiva a la entidad, y no a su cliente—, sea la propia entidad la que proceda a su retrocesión sin necesidad de que el cliente cumpla ningún otro requisito adicional. En el expediente de reclamación R-201607617, el reclamante solicitaba que no se le volviera a cobrar la comisión de mantenimiento en un futuro, pero este DCMR tuvo que advertirle de que no resultaba posible emitir un pronunciamiento sobre tal pretensión, ya que el marco de actuación de este DCMR no se extiende a hechos futuros que en el momento de la reclamación no se hayan producido, no pudiendo, por tanto, apreciar en ellos presuntos incumplimientos de la normativa de transparencia o de las buenas prácticas y usos financieros, sin perjuicio de la posibilidad de que se planteara una nueva reclamación en caso de que la entidad volviera a aplicar comisiones de mantenimiento y/o administración en la cuenta.

Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta

Hay que tener en cuenta que, según la Ley Cambiaria y del Cheque, la obligada al pago del cheque es la sucursal librada —la que figura como pagadora en este—, por lo que la entidad no tendría obligación legal de pagarle un cheque contra su cuenta o un reintegro contra su libreta en sucursal distinta.

En la medida en que esa oficina —distinta— realice gestiones de comprobación de la firma y de verificación del saldo, podrá percibir una comisión por la prestación del servicio, siempre y cuando esta se haya informado debidamente al cliente.

Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular del depósito a la vista

Por definición, la recepción, por parte de las entidades, de ingresos en efectivo para abono en una cuenta abierta en aquellas constituye una prestación del servicio de caja, inherente al contrato de cuenta, que se encuentra remunerada a través de la comisión de mantenimiento que, con la periodicidad y cuantía pactada, se adeuda a su titular. Como consecuencia de lo anterior, este servicio, con carácter general, no puede ser retribuido de forma independiente.

No obstante, partiendo del principio de libertad que rige el establecimiento de comisiones bancarias —consagrado el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios—, nada impide que una entidad acuerde con su cliente el pago de una comisión por recibir ingresos en efectivo, siempre y cuando esta encuentre su fundamento en la prestación de un servicio que, de conformidad con las prácticas y usos bancarios, exceda de lo ordinario.

Si bien la casuística a este respecto resulta variada, los supuestos que se han planteado ante este DCMR obedecen, normalmente, a la atención especial que, en relación con los servicios de caja, es requerida por el titular de la cuenta como consecuencia de la actividad que desarrolla o la finalidad con la que abrió aquella y que se traduce en el empleo, por parte de la entidad, de recursos técnicos, materiales o humanos, en un volumen superior al habitual.

En estos casos, siempre y cuando el servicio así lo justifique y, por otra parte, se verifiquen los requisitos que, para el cobro de comisiones, deben reunirse con carácter general —y que han sido expuestos—, no resultaría contrario a las buenas prácticas y usos financieros el adeudo de estas comisiones al titular de la cuenta.

Así, un ejemplo de ello se puso de manifiesto con ocasión de la resolución de la reclamación con referencia R-201609628. En dicho expediente, el representante de una comunidad de propietarios manifestaba su discrepancia con el cobro, por parte de una entidad, de comisiones por «ingresos con concepto», al considerar que el servicio que supuesta-

mente estarían retribuyendo se encontraría incluido en el servicio de caja general, ya remunerado a través de comisiones de mantenimiento. De la documentación aportada se deducía que la entidad había procedido a la modificación contractual de las condiciones de la cuenta, estableciendo el cobro de una comisión, de liquidación mensual, que se devengaba cuando en ella se recibieran más de cinco ingresos con concepto explicativo realizados en oficina, resultando exentos los ingresos realizados desde cajeros, banca *online* y banca telefónica. De esta manera, toda vez que el servicio que originaba el cobro de la comisión se encontraba justificado y que, por otra parte, se constató que la novación del contrato se realizó de conformidad con lo establecido por la normativa de servicios de pago, se emitió informe favorable a la actuación de la entidad.

Finalmente, debe aclararse que una problemática distinta es la derivada del cobro de comisiones, por las entidades en las que está abierta la cuenta, a los ordenantes de ingresos en efectivo en cuentas que no son propias sino de titularidad de terceros, cuestión que trataremos más adelante en el epígrafe 3.3, correspondiente a servicios de pago.

Comisión de manipulación (cuenta en divisas)

En ocasiones, los titulares de cuentas en divisas han manifestado su disconformidad con el hecho de que todas las opciones de que disponen en estos casos para obtener el reembolso de los fondos de la cuenta suponen para ellos un elevado coste.

A este respecto, se ha de indicar que la entidad de crédito, al recibir (entregar) los billetes de (a) su cliente, tiene que transformar los billetes (las divisas) en divisas (billetes), enviándolos (trayéndolos) a (de) otra entidad de crédito del país de origen. Al realizar estas operaciones, la entidad incurre en unos gastos de los que se resarce, bien a través del cobro de una comisión de ingreso o reintegro, bien transformando el valor de la divisa en cuestión a euros, para luego con esos euros comprar los billetes de que se trate.

Así, aquellas entidades que contemplan la posibilidad de que se ingrese o se disponga del saldo de una cuenta en divisas a través de billetes deberían recoger en dichos contratos en divisas expresamente el coste que supone la transformación de los ingresos (reintegros) de los billetes a divisas (o de divisas a billetes), a fin de que sus clientes conozcan las condiciones exactas en las que dichos contratos se celebran de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa.

La entidad que admite la apertura de cuentas en divisas se está obligando a admitir las disposiciones o ingresos en efectivo en los billetes correspondientes a la moneda de la cuenta, por lo que no cabe en estos casos la aplicación de un inexistente tipo de cambio o comisión de cambio (salvo, claro está, que el reintegro se pretendiera hacer en otra moneda), sino, exclusivamente, una comisión por la manipulación de billetes extranjeros.

Comisión de reclamación de posiciones deudoras

La aplicación de esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las gestiones necesarias para la recuperación de los impagados, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Ahora bien, el DCMR considera que para poder efectuar adeudos por este concepto, además de estar recogida la comisión en el contrato, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias deben cumplirse una serie de requisitos:

– En primer lugar, debe quedar claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio del DCMR, no queda justificado con la simple

remisión de una carta periódicamente generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones.

– En segundo lugar, la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones. No obstante, se considera que la aplicación de la comisión es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad a consecuencia, en su caso, de intervención de terceros (por ejemplo, notaría) en las gestiones de reclamación (siempre que tal circunstancia esté contractualmente contemplada y acreditada).

– En tercer lugar, dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

– Por último, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica financiera (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

  En el expediente R-201611171, este DCMR apreció mala práctica en la actuación de una entidad que, sobre la base de una cláusula indeterminada incluida en el contrato de préstamo, repercutió a su cliente los importes facturados por una empresa externa que se encargó del recobro de los impagados, sin ajustarse en su importe al máximo pactado para ese supuesto como comisión por reclamación de posiciones deudoras, pues esa repercusión fue simultánea al cobro de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, y además no se acreditaban debidamente las gestiones realizadas. También hemos apreciado mala práctica en su cobro en todos los expedientes en que se acreditaban solo gestiones de pago estandarizadas y/o se observaba automatismo en su aplicación o devengo de modo inmediato a cualquier descubierto de la cuenta.

Gastos de correo

Recogen el coste que supone (sin beneficio para la entidad de crédito) el envío de cualquier documento que mantenga informado al cliente de su situación.

Ha de tenerse en cuenta que, en la normativa de servicios de pago (artículo 19 de la Ley 16/2009) se prohíbe cobrar por el suministro de la información obligatoria que exige dicha normativa, y solo se permite que las partes puedan acordar el cobro de gastos por la comunicación de información adicional o más frecuente a la obligatoria, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago; en cualquier caso, se exige que los gastos cobrados al cliente sean adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor.

Este DCMR considera que, dado que la entidad no puede repercutir más que los costes en que efectivamente se ha incurrido, por cuenta de terceros, en cada envío, no sería admisible que:

– Se adeudaran tantos gastos de correo como documentos remitidos en el mismo envío, pues aceptarlo implicaría un lucro improcedente para la entidad.

– Se hiciera recaer en el cliente el importe íntegro del gasto, si el envío es aprovechado por la entidad para incluir información adicional a la pactada o información no requerida ni aceptada previamente por el cliente.

Tampoco se considera un buena práctica bancaria que las entidades repercutan los gastos de correo a sus clientes cuando estos han dado instrucciones inequívocas de que no se les remita ninguna comunicación por este medio.

Intereses. Valoración

La normativa sectorial de transparencia establece como principio básico la libertad para la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas.

En consecuencia, respecto de esta cuestión, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito, a la vista en este caso.

No se trata de un aspecto que suela ser origen de reclamaciones, dada la reducida o nula remuneración que suelen tener este tipo de cuentas, cuya finalidad es atender los cobros y pagos de su titular.

La cuestión relativa a los tipos de interés de los descubiertos, que sí es objeto frecuente de reclamaciones, se aborda en el apartado dedicado a estos (véase «Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo»).

Retribución en especie

En este tipo de cuentas, las entidades ofertan por formalizarlas, o por vincular a aquellas una serie de operaciones, unos determinados regalos promocionales (nos referimos, por ejemplo, a televisores, teléfonos móviles, tabletas, videoconsolas, vajillas...).

El DCMR no resulta competente para entrar a valorar las decisiones que adoptan las entidades en los programas o campañas de fidelización de los clientes por la utilización o mantenimiento en determinadas condiciones de los productos contratados, por incluirse dicha cuestión en su política comercial y de asunción de riesgos.

Ahora bien, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, el DCMR considera que es obligación de las entidades informar a sus clientes de una manera veraz sobre las promociones que ofrecen y sobre la forma de verificar los requisitos para su obtención, para que tengan un conocimiento claro y preciso de las prestaciones que pueden recibir, sin hacerles concebir falsas expectativas al respecto.

En este sentido, este DCMR ha considerado en los informes emitidos que las entidades han incurrido en una mala práctica bancaria cuando:

– Diseñan una campaña publicitaria en la que se prevea un determinado obsequio promocional, sin que se acredite que se hubiera proporcionado al cliente información relevante al efecto en los correspondientes contratos o por otra vía de cara al cumplimiento de los requisitos que se establecen.

– No acreditan haber informado desde el principio a aquellos clientes de que ya claramente no podían beneficiarse de la promoción, por lo que aquellos desarrollan una serie de actuaciones, tales como cambios de domiciliaciones de nóminas o de pagos de recibos, que no pueden obtener el efecto pretendido; o no justifican haber informado de la fecha de vencimiento de la campaña, de tal forma que los traspasos no podían tramitarse a tiempo.

– Deniegan la entrega del regalo, por haberse acabado las existencias, sin justificar debidamente el orden de adjudicación.

– Modifican las comisiones durante el período de permanencia que, a cambio de la entrega del regalo, acordaron las partes que se mantendría la cuenta o las domiciliaciones.

Por último, cabe indicar que, entre la información precontractual que han de facilitar las entidades en el caso de depósitos a la vista y de ahorro, la Circular 5/2012, de 27 de junio, contempla la relativa a la consideración de los referidos regalos promocionales como retribución en especie, señalando que se identificará con claridad el bien en el que consiste la retribución ofrecida y se indicará el valor monetario atribuido al bien, así como cualquier importe que haya de abonar el cliente, haciendo constar, en todo caso, que la retribución en especie está sujeta a tributación.

En el expediente R-201606298, las partes habían formalizado un acuerdo, en el marco de la campaña «PROMOCIÓN NÓMINA», según la cual la entidad entregaba un regalo promocional a cambio del compromiso de permanencia de ciertos ingresos y domiciliaciones en la cuenta, pero durante el plazo de permanencia se modificó la comisión de mantenimiento. Este DCMR apreció vulneración de las buenas prácticas y usos bancarios en dicha modificación, entendiendo que las condiciones vigentes al momento de suscripción de la campaña debían prevalecer en la cuenta del reclamante, toda vez que la modificación de las comisiones tenía incidencia en el valor de la remuneración que las partes pactaron al suscribir ese acuerdo de entrega de regalo —y correspondiente obligación de permanencia— y aquella resultaba esencial en dicho acuerdo de duración temporal; pues podía presumirse que la parte reclamante en su momento, de haber conocido que el coste por el mantenimiento de la cuenta sería modificado, podría haber decidido que no le era beneficioso domiciliar su nómina y firmar ese compromiso de permanencia a cambio del regalo que entonces se le ofrecía. En el expediente R-201604097, se planteó controversia similar, porque también la entidad decidió modificar las comisiones dentro del período de permanencia a que se comprometió el cliente, por haber recibido un teléfono móvil, y se reclamaba contra la negativa de la entidad a permitir la cancelación de la cuenta, porque el reclamante entendía que ya no tenía obligación de permanencia si le variaban las comisiones. Esta vez, la entidad respondió a la reclamación de su cliente comunicándole su decisión de aplazar la aplicación de la modificación de la comisión hasta el momento de finalización del período de permanencia, por lo cual este DCMR, considerando que se había rectificado la conducta inicial, concluyó que la actuación de la entidad, globalmente considerada, finalmente resultaba ajustada a las buenas prácticas y usos financieros.

Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo

El descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas, por lo que, salvo pacto expreso en contrario, son aquellas y no estos las que deciden si se adeuda en cuenta una determinada partida, a pesar de que el saldo no sea suficiente.

Respecto a la normativa de aplicación en estos supuestos, cabe recordar que la LSP indica que aquella se entenderá, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de crédito al consumo, en aquellos casos en que un servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esta naturaleza (artículo 1.4 de la LSP).

Se debe indicar aquí, a los efectos que nos ocupan, que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC) se ciñe a los consumidores, definidos como las personas físicas que, en las relaciones contractuales reguladas por dicha ley, actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. En su artículo 4 recoge los supuestos de aplicación parcial de la ley; entre ellos, los descubiertos expresos y los tácitos. El descubierto tácito se define en el artículo 4.2 de la LCCC y se regula en su artículo 20, a los que nos remitimos en aras de la brevedad.

Además del contenido de la LCCC, se contienen previsiones para los descubiertos tácitos en cuenta en el artículo 4.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y en el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, según los cuales:

- Las entidades que permitan descubiertos tácitos en cuentas de depósito deberán publicar las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos, que tendrán el carácter de máximo porque serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. Se harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos en cuenta a la vista con consumidores (a los que se refiere el artículo 20 de la LCCC).

- Las entidades deberán facilitar a los clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones por el servicio de descubierto tácito, un documento de liquidación con todos los datos necesarios para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio, en particular deberá contener todos los datos enumerados en el punto 1.1.3 del anejo 4 de la circular, que detalla el contenido necesario de los documentos de liquidación de descubiertos tácitos.

En el expediente R-201603131 se reclamaba contra ciertas liquidaciones que incluían, entre otras, comisiones de descubierto/excedido. Este DCMR apreció quebrantamiento de las buenas prácticas en la actuación de la entidad, porque los documentos de liquidación del descubierto que habían sido aportados al expediente no reflejaban todos los datos que enumera la Circular 5/2012 en su anejo 4, punto 1.1.3 (período de liquidación, mayor saldo deudor que el que se aplicó, saldo medio deudor del período, porcentaje de comisión aplicado, etc.), los cuales resultaban necesarios para poder comprobar cómo había hecho la entidad el cálculo de las cantidades que había adeudado por esos descubiertos y para poder verificar que se había respetado lo pactado en el contrato y también el límite de la LCCC.

Liquidación de descubierto. Intereses y comisión por descubierto. Límite

Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, está en su legítimo derecho a exigir el pago de los intereses y comisiones estipulados en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la ley.

Así, la LCCC establece en su artículo 20.4[32] que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos —tácitos— en cuenta corriente a la vista de consumidores un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

32 Artículo que debe interpretarse en relación con el artículo 32 de la misma ley, que regula el cálculo de la TAE.

Comisión por descubierto

Por lo que se refiere a la comisión por descubierto en cuenta, y partiendo, como se ha indicado, de que el descubierto en cuenta corriente supone una facilidad crediticia concedida por las entidades y que, salvo pacto expreso en contrario, son estas y no los clientes las que deciden si admiten o no cargos en descubierto, hay que señalar que, como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el período de liquidación. Dicha comisión, que es incompatible con cualquier comisión de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente, no es aplicable en los descubiertos por valoración, ni más de una vez, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período de liquidación.

En cualquier caso, será preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, ha de tenerse en consideración que la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada en la cuenta corriente como consecuencia de él, mediante la entrega del correspondiente documento de liquidación de la cuenta, con la periodicidad pactada.

A la vista de las reclamaciones planteadas ante este DCMR, conviene aclarar que la comisión por descubierto es distinta de la comisión por reclamación de posiciones deudoras (a la que nos hemos referido en el apartado «Liquidación de la cuenta. Comisión de reclamación de posiciones deudoras»), retribuyendo cada una de ellas servicios distintos. Efectivamente, mientras que la comisión de reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto, sin embargo, retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente.

La comisión por la apertura de descubierto debe ser tenida en cuenta en el cómputo del límite máximo establecido para el descubierto tácito en cuenta a la vista de consumidores en la LCCC, al que se ha hecho referencia anteriormente (artículo 20.4 de la LCCC). El contrato que regula el funcionamiento de la cuenta y las obligaciones de cada una de las partes es el elemento fundamental de información al cliente sobre las condiciones de aplicación a cada una de las operaciones de pago que se asienten en aquella.

Obligaciones de información a los clientes

Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta

Siempre sin perjuicio de la información que se ha de incluir en el correspondiente contrato de cuenta a la vista, y dado que frecuentemente no se contemplan en ellos todas las posibles operaciones que se han de realizar y las condiciones y gastos que se aplicarán a aquellas, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (OSP), determina en su artículo 14 la información que las entidades han de aportar a sus clientes con carácter previo a la ejecución de operaciones de pago a partir de la existencia de un contrato marco, en este caso un contrato de depósito a la vista.

Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones

La OSP obliga a las entidades a facilitar al titular de la cuenta de pago, ya intervenga como ordenante o como beneficiario, después de la ejecución de cada operación, sin demoras injustificadas, en papel u otro soporte duradero, la información que establece en sus artículos 15.1 y 16.1, a los que nos remitimos.

Dicha obligación se recoge también en la Orden EHA/2899/2011 (Orden de Transparencia, artículo 15.1, párrafo segundo) y en la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012.

Entiende este DCMR que, según el tipo de operación de que se trate, y en función de lo estipulado en el contrato, dicha obligación se puede entender cumplida con la puesta a disposición del cliente —ordenante o beneficiario de las operaciones— de la referida información, como acreditación de cada operación realizada, y haciendo efectiva su entrega en soporte duradero siempre que el cliente lo solicite.

Información periódica

Extractos

El DCMR, haciendo suya la línea jurisprudencial marcada en diferentes sentencias, ha venido considerando que la remisión de extractos tiene en el uso bancario gran relevancia, por cuanto en ellos se solicita la conformidad del cliente con la información remitida y, una vez transcurrido determinado plazo, su abstención o silencio podría ser considerado como expresión tácita de consentimiento en aras de la buena fe, como han hecho en algunas ocasiones nuestros tribunales de justicia

Si bien es cierto que el sistema ideal de remisión de extractos y demás información pasaría por el correo certificado, u otro sistema que permitiera dejar constancia fehaciente de su recepción, el evidente alto coste que ello generaría, frente a los beneficios que se derivarían de dicha actuación, hace que este DCMR venga considerando que los conductos fehacientes no son necesarios.

En todo caso, es relevante el hecho de que cada vez es utilizado con más frecuencia el canal telemático para la consulta de movimientos de las cuentas bancarias por parte de sus titulares.

Conforme a lo establecido en el artículo 15.1 (párrafo primero) de la Orden de Transparencia, en relación con los depósitos a la vista, y en la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012, y también en los artículos 15.2 y 16.2 de la Orden de Servicios de Pago, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes.

En cualquier caso, la transparencia que debe inspirar la relación de las entidades con sus clientes exige que los conceptos que identifiquen los movimientos registrados en una cuenta sean suficientemente clarificadores sobre la naturaleza de la operación.

Para el caso de controversias planteadas en relación con este asunto bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de todas las precedentes memorias de este DCMR sobre la cuestión.

Comunicación anual de comisiones, gastos devengados e intereses (aplicable a partir del 1 de enero de 2014)

El artículo 8.4 de la Orden EHA/2899/2911 dispone que las entidades han de remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recojan las comisiones y gastos devengados y tipos de interés aplicados a cada servicio prestado al cliente el año anterior.

A este respecto, el DCMR entiende que dicho precepto exige que en el resumen anual de comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados se incluyan los intereses cobrados en el año natural correspondiente, aunque se hubieran de-

vengado en el ejercicio anterior. En el expediente R-201605551, este DCMR apreció posible quebrantamiento de las buenas prácticas por el hecho de repercutir al cliente el coste del envío postal de la comunicación anual obligatoria a que nos referimos en este apartado.

Cuentas inactivas

Los titulares de las cuentas deben ser los primeros interesados en llevar un correcto control de sus posiciones y de sus productos bancarios, de tal manera que, si lo que desean es cancelar su cuenta, esa es la actuación que deben llevar a cabo, no siendo suficiente a estos efectos la retirada total de saldo, pues en tales casos la cuenta seguiría habilitada para soportar movimientos. La entidad, en tales supuestos en que la cuenta no está cancelada, puede legítimamente, pese a que no registre movimiento alguno, repercutir comisiones de mantenimiento, dentro de los límites del contenido del contrato formalizado. Transcurrido un tiempo sin que el cliente realice movimientos en la cuenta, algunas entidades la pueden clasificar como «inactiva», pero solo a efectos internos.

Ahora bien, una cosa es que la entidad, con carácter general, se encuentre legitimada para el cobro de comisiones de mantenimiento en supuestos en los que la cuenta presenta saldo cero o no registra movimientos, y otra cosa bien distinta es que gire en esa cuenta por tal motivo —el cargo de comisiones de mantenimiento— liquidaciones por ese descubierto, que se generó exclusivamente en provecho de la entidad para poder cargar tales comisiones, pues esto no lo consideramos equitativo. En los casos en que las entidades han cargado comisiones e intereses por el descubierto cuya única causa fue el cargo de comisiones en la cuenta, hemos apreciado en su conducta quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias. Además, consideramos que las entidades deberán estar en condiciones de acreditar que han continuado con la remisión de los extractos y otros documentos informativos exigibles al domicilio correspondiente, y que han reclamado periódicamente el saldo pendiente a sus clientes, evitando así que este se vea sorprendido después de transcurrido un largo período de tiempo con la exigencia de cantidades cuya existencia y reclamación desconocía.

En el expediente de reclamación R-201610523, el reclamante mostraba su disconformidad con una deuda de cuya existencia fue informado mediante llamada telefónica en un momento en que, según él entendía, tiempo atrás (en diciembre de 2014) había terminado su relación como cliente cuando había cancelado las cuentas y había saldado el importe pendiente de su préstamo; manifestaba su extrañeza de no haber recibido, desde esa fecha, la información postal que hasta entonces recibía con carácter mensual, sobre los movimientos, saldos, etc., de cuenta y préstamo, que le hubiera servido para detectar esa irregularidad. Este DCMR concluyó apreciando en la conducta de la entidad posible quebrantamiento de las normas de transparencia y protección a la clientela (en particular, de los artículos 8 y 15.1 de la Orden EHA/2899/2011, 15 y 16 de Orden EHA/1608/2010, y las normas correspondientes de la Circular del Banco de España 5/2012), porque la entidad no había demostrado en el expediente, frente a la afirmación del reclamante de que en diciembre de 2014 dejó de recibir información postal mensual de su cuenta, que tras esa fecha continuó remitiendo al titular las comunicaciones preceptivas sobre sus liquidaciones y movimientos.

Saldos en presunción de abandono

A este respecto, interesa recordar que ha adquirido rango normativo la obligación a cargo de las entidades de facilitar información sobre depósitos en desuso, consagrada en la Circular 5/2012, cuya norma quinta, punto 4, letra b), establece que, sin perjuicio de la normativa especial que regula los saldos en presunción de abandono, el deber de diligencia comprende el facilitar a los titulares información sobre la existen-

cia de depósitos a la vista u otros aparentemente en desuso, advirtiéndoles de que dicha situación podría generarles gastos o perjuicios.

Una cuenta se considerará legalmente «abandonada» si no se ha efectuado ninguna gestión durante 20 años, de manera que su saldo pasaría a ser propiedad del Estado (artículo 18.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas).

En estos casos, las entidades depositarias están obligadas a comunicar al Ministerio de Hacienda y Función Pública la existencia de tales depósitos y saldos, de conformidad con el artículo 18.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, no siendo por tanto el inicio de tal procedimiento de declaración de abandono potestativo para ellas.

Dicho procedimiento se encuentra regulado en la Orden EHA/3291/2008, de 7 de noviembre, por la que se establece el procedimiento de comunicación por las entidades financieras depositarias de bienes muebles y saldos abandonados. En concreto, y por lo que a los reclamantes afecta, cabe señalar que el artículo 3, «Comprobaciones y notificaciones», de la citada orden desarrolla las obligaciones de comprobación de abandono y notificación al titular. Así, se recoge expresamente la obligación de la entidad de:

- Realizar cuantas actuaciones sean necesarias con el fin de comprobar y garantizar que no se ha realizado gestión alguna que implique el ejercicio del derecho de propiedad sobre los saldos, depósitos y bienes muebles bajo su custodia.

- Notificar, al menos tres meses antes del transcurso del plazo de 20 años señalado, al titular de saldos, depósitos o bienes muebles en presunción de abandono, a costa de él, mediante correo certificado o medio análogo de coste no superior y equivalente eficacia, dirigido a la dirección de que tenga conocimiento la entidad declarante, que no se ha realizado gestión alguna sobre tales fondos, y el plazo restante para su incursión en abandono, todo ello con el fin de que el titular pueda reivindicar ante la entidad su derecho a disponer de ellos.

- No procederá efectuar la notificación citada cuando su coste supere, previsiblemente, el importe de los fondos incursos en presunción de abandono.

- Facilitar a los titulares de los fondos, o a sus causahabientes, si así lo solicitaran, certificación de que aquellos se han entregado a la Administración General del Estado, con indicación expresa de la fecha de su declaración y de la *Delegación de Economía y Hacienda* ante la que se ha presentado.

Cancelación de la cuenta

El contrato de depósito a la vista puede ser resuelto en cualquier momento, tanto por el titular como por la entidad (artículo 21, apartados 1 y 3, de la LSP).

Ahora bien, de acuerdo con la LSP, las entidades únicamente pueden instar la resolución de los contratos marco si estos fueran de duración indefinida y esta posibilidad se hubiera acordado en ellos, debiendo, no obstante, avisar al usuario con una antelación mínima de dos meses.

Por el contrario, el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, salvo que se hubiera pactado un preaviso —que nunca podrá exceder del mes—, debiendo asumir en

todo caso los gastos derivados de la resolución, que tendrán que ser apropiados y acordes con los costes. Sin embargo, la resolución será gratuita para el cliente si el contrato fuera de duración indefinida o por un plazo superior a doce meses y se hubiera resuelto transcurridos estos. En cualquier caso, de cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago, el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada, y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

No consideramos ajustada a las buenas prácticas la conducta de las entidades si, al conocer la voluntad de sus clientes de cancelar la cuenta, no informan adecuadamente de la necesidad de liquidar gastos pendientes —por ejemplo, la parte proporcional de la comisión de mantenimiento o comisiones de administración correspondientes al período en curso— y les permiten retirar todo el saldo disponible en ese momento sin advertir sobre esas liquidaciones pendientes, de forma que, al quedar la cuenta con saldo cero y suscribir el cliente la oportuna orden de cancelación, el saldo deudor se genera cuando se efectúan tales liquidaciones, siendo frecuente que las entidades se nieguen a la cancelación por la existencia de ese saldo deudor.

Una vez cancelada la cuenta, la entidad debe poner a disposición del titular el saldo que presentase a su favor, y el titular debe, a su vez, entregar a la entidad para su inutilización todos los medios de pago asociados a la cuenta, tales como talonarios de cheques o tarjetas.

A iniciativa del cliente. Caso particular de orden de cancelación dada por uno de los titulares

El DCMR entiende que, si las entidades, con carácter general, han de ser absolutamente diligentes en el cumplimiento de las órdenes que les sean impartidas por sus clientes, más aún deben serlo en supuestos en los que se pretende la terminación de la relación contractual que une a las partes, con el consiguiente cese de la posibilidad de generar obligaciones económicas para una u otra parte. Además, la negativa de la entidad a llevar a cabo la actuación solicitada por el cliente debe estar fundada siempre en justa causa.

Durante 2016 han sido frecuentes los casos de reclamaciones presentadas por clientes que aseguraban haber dado a su banco una orden de cancelación y declaraban haberse visto sorprendidos porque, mucho tiempo (incluso años) después, la entidad les reclamaba una deuda que supuestamente consistía en el saldo negativo de la cuenta, pues no reconocía haber recibido en su día esa solicitud de baja de la cuenta, en contra de lo que sostenía la parte reclamante, que no aportaba prueba escrita de la solitud de cancelación. Entre otros, se dio ese supuesto en el expediente de reclamación R-201608366, en que el reclamante aseguraba haber dado orden verbal de cancelación por vía telefónica.

Este DCMR ha tenido ocasión de recordar, con ocasión de la tramitación de esos expedientes, que la ausencia de formalización por escrito de instrucciones conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia si aquella es objeto de discusión, y que por ello resulta esencial en la práctica bancaria que se recojan por escrito las instrucciones, solicitudes o acuerdos, y se conserve copia de los documentos correspondientes, con sello o firma en señal de su recepción (recomendamos a los clientes que pidan en su oficina bancaria que se les selle su copia), de modo que siempre se puedan acreditar fehacientemente el consentimiento dado y los exactos términos de las instrucciones. En los casos en que la parte reclamante no aportaba al expediente prueba alguna de que había solicitado la cancelación de la cuenta, no pudimos dar por cierta su versión ni, por tanto, apreciar mala práctica bancaria en la no cancelación —ello sin perjuicio de poder analizar si la entidad cumplió con sus obligaciones informativas, en particular, las aludidas en el apartado de cuentas inactivas—.

No se ha apreciado la concurrencia de una mala práctica bancaria en los supuestos concretos en los que la entidad no ha cancelado la cuenta a instancias del cliente, alegando para ello, y acreditando debidamente, la existencia de saldo deudor en la cuenta o la existencia de contratos vinculados vigentes. Ahora bien, como hemos indicado, si el saldo deudor existente se debe únicamente al cargo de gastos o comisiones pendientes de liquidar (comisiones de administración o parte proporcional de la de mantenimiento devengadas) por haber faltado la oficina bancaria a la claridad al no advertir al cliente, al retirar el saldo, que debía dejar el saldo necesario para atenderlos, la conducta de la entidad resulta apartada de las buenas prácticas.

En el expediente R-201612942, la entidad alegaba, como causa para negarse a cancelar la cuenta, que se encontraba vinculada a contratos de tarjeta. Como quiera que se observaba que la reclamante no hacía uso de la cuenta para sus fines particulares, se consideró la conducta de la entidad apartada de las buenas prácticas, por cargar comisiones de mantenimiento en esa cuenta vinculada, cuya cancelación la entidad no permitía e imponía como obligatoria al cliente para efectuar los pagos de la tarjeta. Tratándose de cuentas de titularidad plural, este DCMR se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, en el sentido de considerar que, al igual que para que nazca una relación jurídica es necesario que concurra el consentimiento de todos los titulares, adquiriendo también todos ellos los correspondientes derechos y obligaciones, para su cancelación se estima igualmente necesario que concurra el consentimiento de todos ellos, salvo que se acredite la existencia de pactos o condiciones en otro sentido.

Por otra parte, no se consideraría procedente que los autorizados en cuenta, a los que la práctica generalizada atribuye únicamente facultades de disposición, procedieran a dar instrucciones de cancelación de la cuenta que fueran atendidas por la entidad, salvo, claro está, que estuviera prevista expresamente dicha facultad de cancelación por parte de los autorizados en el contrato de cuenta.

Otra cuestión diferente sería que, ante la falta de acuerdo entre los cotitulares respecto al mantenimiento o no de la cuenta, la entidad pueda ejercer las facultades de rescisión que en el contrato se le atribuyan. Sobre los problemas que pueden plantearse en caso de que solo alguno de los titulares desee cancelar la cuenta o darse de baja en ella, nos remitimos a lo indicado en el apartado «Modificación de titulares», dentro de «Modificaciones contractuales».

Reapertura de cuentas canceladas

Se considera una mala práctica bancaria la reapertura de cuentas previamente canceladas para adeudar importes pendientes. Entendemos que las entidades pueden negarse a la pretendida cancelación si hubiera liquidaciones pendientes de adeudo, circunstancia de la que deben advertir, pero, si acceden a la cancelación de la cuenta, no estarían, en modo alguno, habilitadas posteriormente para reabrirla.

d. Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

Los promotores-vendedores de viviendas en construcción están obligados a percibir las cantidades anticipadas por los compradores a través de entidad financiera; además, deberán depositar dichas cantidades en una cuenta especial y garantizarlas, junto con sus intereses, mediante aval bancario o seguro de caución.

Para la apertura de la cuenta especial, la entidad financiera está obligada a exigir, bajo su responsabilidad, la correspondiente garantía.

La cuenta especial debe funcionar de manera que las cantidades en ella depositadas —que son, como se ha indicado, las anticipadas al promotor por los compradores, a cuenta del precio de su futura vivienda— aparezcan con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, y de ellas únicamente se podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Las obligaciones anteriores resultan de la regulación que hasta ahora estaba contenida la Ley 57/1968 (que fue derogada en enero de 2016[33]) y que actualmente se halla incorporada a la disposición adicional primera de la vigente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Se trata de una regulación dirigida a proteger a compradores de vivienda pero que no es propiamente de transparencia o disciplina bancaria. Sin embargo, este DCMR ha admitido a trámite algunas reclamaciones contra entidades bancarias en esta materia y ha emitido su opinión desde el estricto punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios. Ello sin perjuicio de recordar que, de acuerdo con la normativa de procedimiento, nuestro análisis debe limitarse a valorar la actuación de entidades financieras relacionada con cantidades anticipadas que hubieran sido entregadas por los compradores en los últimos seis años.

La expresión «bajo su responsabilidad», que contenía la Ley 57/1968 y mantiene la Ley 38/1999 —afecta a la obligación de la entidad financiera en el momento de la apertura de la cuenta—, ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en su sentencia 733/2015, de 21 diciembre. En ella, el Tribunal condenó a una entidad financiera a responder frente a los compradores de vivienda porque consideró probado que la entidad supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, pero no abrió la cuenta especial. En su fundamento quinto, la sentencia declaró textualmente: «la "responsabilidad" que el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial [...]. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, [...], bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia.»

La sentencia resulta de gran trascendencia, porque en ella el Tribunal Supremo fijó la siguiente doctrina jurisprudencial (que ya ha sido aplicada en sentencias posteriores por el propio Tribunal Supremo[34]):

«En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad.»

---

33 La Ley 57/1968 quedó derogada a la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras (disposición final 3).

34 A lo largo de 2016, el Tribunal Supremo ha aplicado dicha doctrina en las sentencias STS 142/2016, de 9 de marzo; STS 174/2016, de 17 de marzo, y STS 226/2016, de 8 de abril.

Durante 2016 hemos recibido varias reclamaciones (R-201607879, R-201606922, R-201613617) en las cuales la pretensión era la posible exigencia de responsabilidad a la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/1968, presentadas por compradores de vivienda en construcción cuya compra finalmente no llegó a término, que manifestaban haber entregado a la entidad cantidades a cuenta del precio, pero no se había abierto cuenta especial para depositar tales cantidades o no se había exigido o constituido aval en garantía de ellas. Este DCMR no ha tenido ocasión de entrar a valorar ninguno de los casos planteados, porque el comportamiento que se reprochaba a la entidad (por el cual, en su caso, se le podría exigir responsabilidad) se habría producido en un momento muy anterior al año 2010 y, por tanto, en la fecha de interposición de las reclamaciones ya había transcurrido un plazo que excedía ampliamente del de seis años señalado como límite por la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, reguladora del procedimiento de presentación de reclamaciones.

3.2.4 DEPÓSITOS A PLAZO CON GARANTÍA DEL PRINCIPAL

Los depósitos a plazo, incluidos los depósitos estructurados o híbridos, siempre que tengan garantizada la devolución del principal a su vencimiento, están sometidos a la normativa de transparencia bancaria general —la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre *(BOE* del 29) y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio *(BOE* de 6 de julio)—, y la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen corresponderá al DCMR del Banco de España.

a. Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos

La orden EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 5/2012 modificaron de forma importante tanto las obligaciones concernientes a la información precontractual que debía facilitarse como las relativas al propio contenido del contrato, regulándose ambas de forma exhaustiva.

Explicaciones adecuadas

La orden establece la obligación para las entidades de aportar explicaciones adecuadas sobre las características de los depósitos que se han de contratar.

Ni la orden ni la circular de transparencia exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas, que según están concebidas en ellas se facilitarán normalmente de forma verbal, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.

En cuanto a su contenido, según el artículo 9 la Orden EHA /2899/2011, en las explicaciones se deberán indicar, entre otras aclaraciones, las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente; además, en caso de que la relación contractual vaya a girar sobre operaciones incluidas en el anejo 1 de la Circular del Banco de España 5/2012 —entre ellas están los depósitos a plazo por importes superiores a 1.000 euros—, las explicaciones deberán incluir una mención a la existencia de dicho anejo 1, a su contenido —«Información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas»— y al lugar en el que el cliente pueda consultarlo[35].

Información precontractual

La Orden EHA/2899/2011 otorgó rango normativo a la exigencia de entrega de información previa a la contratación, al establecer (artículo 6) que las entidades deberán facilitar

35 La información sobre comisiones y tipos más habituales puede ser consultada en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus sitios web y en el sitio web del Banco de España; además, esta información deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.

de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre el servicio bancario (un depósito a plazo en este caso) y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta.

La norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012 regula la específica información precontractual exigible, señalando que, en todo caso, antes de prestar el servicio se ha de informar de forma clara del importe de las comisiones que se adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se repercutirán; esta norma detalla el contenido mínimo de la información precontractual que se ha de facilitar al cliente antes de contratar depósitos a plazo en su apartado 2.2, al cual nos remitimos.

Por su parte, la norma séptima de la misma circular (en relación con su anejo 3, punto 1.2) indica qué parte de esa información deberá resaltarse de manera que llame la atención al cliente —por ejemplo, mediante negrita o mayúsculas y, en todo caso, con un mensaje en la cabecera que indique que es especialmente relevante—, a saber:

a) La duración del contrato (en caso de renovación tácita, deberán resaltarse, junto con el plazo, las demás condiciones a que quedará sujeto).

b) La existencia o no del derecho a cancelar anticipadamente el depósito y, en su caso, la comisión o penalización —la cual no podrá ser en ningún caso superior a la retribución que el depósito hubiese devengado hasta esa fecha, criterio de buena práctica que ya venía manteniendo este Departamento y que ahora se recoge expresamente en la norma—.

c) La circunstancia de que la retribución se condiciona a la contratación o uso de uno o varios servicios accesorios, así como cada uno de estos servicios.

d) La TAE.

e) Cuando el fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad sea diferente del previsto en el Real Decreto-ley 16/2011, se resaltará esta circunstancia, así como su denominación traducida, su domicilio y, en su caso, la dirección de su sitio web.

En los casos en que, con ocasión de la tramitación de algún expediente de reclamación relacionada con un depósito a plazo, el cliente ha puesto de manifiesto su discrepancia o sus dudas respecto de la información facilitada en torno a alguna característica del depósito contratado, este DCMR ha entendido que la entidad debía aportar al expediente de reclamación la debida acreditación de que facilitó al cliente, oportunamente y con anterioridad a la contratación, la información precontractual exigida y las explicaciones adecuadas sobre el depósito en cuestión. En los supuestos en los que no se acreditó la entrega de información previa, el DCMR apreció mala práctica en su actuación y, según los casos (atendiendo a si la nueva normativa estaba en vigor en la fecha de los hechos), un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

Por otra parte, el DCMR no ha considerado suficiente, para acreditar la entrega de información precontractual al cliente, la inclusión de una cláusula estándar en el contrato

firmado en la que se manifieste que el banco ha facilitado al cliente (o el cliente ha recibido) la información precontractual obligatoria relativa al producto o servicio ofrecido. Efectivamente, como ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, no se puede pretender que, tras la inserción de una cláusula de tal carácter, se invierta la carga de la prueba y sea el cliente quien tenga que demostrar que la entidad financiera no entregó la debida información; entiende ese tribunal que una cláusula como la indicada no debería permitir que las entidades eludan sus obligaciones de información, sino que constituye únicamente un indicio de que la información se entregó, debiéndose corroborar, en todo caso, con los medios de prueba pertinentes.

En el expediente R-201603073, los reclamantes manifestaban, entre otras cuestiones, que el 16 de diciembre de 2015 habían iniciado la contratación de un depósito a plazo anunciado en la web de la entidad, efectuándose la contratación a través de una empresa interpuesta, señalando que esta desconocía la información esencial del producto ofrecido, careciendo sus operadores de la formación necesaria, de forma tal que no informaban de las condiciones del depósito y remitían a la entidad para conocer los detalles, produciéndose «un peloteo» entre operadores, siendo que el cliente no es capaz de conocer, entender y gestionar su decisión, señalando, finalmente, que prueba de la ineficacia de la gestión era que, a pesar de sus innumerables llamadas, el depósito no se contrató hasta el 31 de diciembre de 2015.

La entidad reclamada alegó que, debido a diversos procesos de integración tecnológica en los que el Banco estaba inmerso, se habían producido incidencias que habían afectado a la normal operativa de los clientes, indicando que aquellas ya habían sido solucionadas, como así les informó.

El DCMR, tras exponer con detalle las obligaciones de información precontractual y contractual que incumben a la entidad y que se contemplan en la normativa antes expuesta —Orden EHA/2899/2011, Circular del Banco de España 5/2012 y Orden EHA/2899/2011—, destacó, por lo que se refiere a las explicaciones adecuadas, que ni la Orden ni la Circular de Transparencia exigen la forma escrita, así como la obligación que tiene la entidad de entregar la información precontractual, de forma gratuita, que permita al cliente adoptar una decisión informada sobre el producto bancario y comparar ofertas similares, debiendo ser aquella clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta.

Expuesto lo anterior, el DCMR indicó que no podía verificar si las explicaciones ofrecidas a los reclamantes en relación con el depósito fueron adecuadas y suficientes para comprender los términos del producto ofertado y, en consecuencia, adoptar una decisión informada, en la medida en que fueron efectuadas de forma verbal y no se requería la forma escrita, si bien comprobó, sobre la base de la documentación que habían aportado los reclamantes, la información precontractual que del depósito a plazo les había sido facilitada, así como el documento contractual de apertura de la cuenta de ahorro y depósito, verificando que en dichos documentos se recogían los extremos requeridos por la normativa de transparencia, por lo que, dadas las circunstancias, el DCMR concluyó que no apreciaba en el proceder de la entidad reclamada quebrantamiento de la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni vulneración de las buenas prácticas bancarias.

Finalmente, en lo relativo al tiempo transcurrido desde que los reclamantes iniciaron los trámites para contratar el depósito a plazo hasta que efectivamente se contrató este, el DCMR señaló que había de abstenerse de emitir opinión sobre el particular, en la medida en que desconocía las circunstancias en las que se desarrollaron las negociaciones, siendo esta una cuestión fundamental para poder evaluar la denunciada demora en la contratación.

El artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011 y el apartado 3 de la norma novena de la Circular del Banco de España 5/2012 establecen la obligación de las entidades de entregar al cliente el documento contractual en el que se formalice el depósito, así como de conservarlo en soporte duradero junto con el recibí del cliente y poner a disposición de este copia de aquel, siempre que lo solicite. Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido y, en dicho caso, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío. En el expediente R-201612935, el reclamante manifestaba que abrió un depósito a plazo y una libreta de ahorro en el año 1992, mostrando su disconformidad con las comisiones de mantenimiento que le estaban siendo repercutidas, al tiempo que indicaba que, en su día, la entidad no le facilitó copia del contrato de cuenta.

Por su parte, la entidad reclamada alegó que había procedido a devolver parte de las comisiones referidas a los períodos en que el reclamante no hizo uso del servicio de caja, al tiempo que indicaba, por lo que ahora nos ocupa, que la razón por la que había efectuado la devolución de parte de las comisiones era que no le resultaba posible localizar copia del contrato originario de cuenta a la vista, ni del depósito a plazo, señalando, a fin de justificar su actuación, que la oficina gestora estaba desplazada en otro local distinto al habitual debido a unas reformas.

El DCMR concluyó que no podía apreciar un allanamiento de la entidad a la pretensión del reclamante, ni concluir con un pronunciamiento favorable a la actuación de aquella, en la medida en que no había quedado acreditado que la entidad estuviera legitimada para cobrar comisión alguna de la cuenta, al no haber aportado al expediente copia de los contratos, según indicaba, por no poder localizarlos, no pudiendo obviar este DCMR, además, que el reclamante denunciaba que la entidad no le había entregado una copia del contrato de cuenta a la vista en el momento de su formalización, estimándose, por tanto, que la actuación de la entidad reclamada podría quebrantar la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela; en concreto, el apartado séptimo de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y norma sexta de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (normas vigentes en 1992, año en que habría sido contratada la cuenta), y el vigente artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, que establece la obligación de las entidades de conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia de aquel, siempre que este lo solicite.

Formalización del contrato. Contenido

En relación con el contenido mínimo del contrato, se regula con todo detalle en el artículo 7, apartado 3, y norma décima de la circular, a los cuales nos remitimos. El referido artículo establece los extremos que, de forma explícita y clara, deberán recoger los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, sin perjuicio de los que se han establecido en el desarrollo normativo realizado mediante la circular; entre otros: el tipo de interés nominal; la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales; la periodicidad y fechas del devengo y liquidación de intereses; la fórmula o métodos de liquidación utilizados; las comisiones y gastos; la duración del depósito y, en su

caso, las condiciones para su prórroga; los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés; las comisiones o gastos repercutibles; los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito, y el coste total que el uso de tales facultades supondría.

De dicho contenido resulta destacable, por su novedad, que se deberán indicar las condiciones para la prórroga del contrato, en su caso; en concreto, en caso de preverse la prórroga, el contrato debe incluir la forma y condiciones en que el cliente podrá prestar su consentimiento a dicha prórroga y la obligación de comunicar al cliente sus términos exactos con antelación razonable (o, como máximo, en el momento de la propia prórroga, si así se pacta y se otorga al cliente la posibilidad de retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde el momento en que se le comuniquen las nuevas condiciones).

Para controversias planteadas en relación con depósitos formalizados bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de las precedentes memorias de este DCMR, debiendo recordar que la Circular del Banco de España 8/1990 establecía la obligación de entrega del documento contractual en estos casos cuando superaran un determinado importe; sin embargo, este DCMR, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, lo ha venido haciendo extensivo a todas las operaciones de este tipo.

b. Contratación de depósitos estructurados o híbridos

Un depósito estructurado o híbrido es un depósito a plazo determinado (contrato principal), con un rendimiento (en todo o en parte) vinculado a la evolución de un determinado índice o referencia bursátil, o de otra naturaleza diferente a un tipo de interés (derivado implícito).

Respecto de dichos depósitos, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, establece unas obligaciones de información específicas, y diferenciadas de las relativas a los depósitos a plazo ordinarios, que se pasan a detallar.

Explicaciones adecuadas

La Circular del Banco de España 5/2012 dispone en su norma quinta (en relación con el artículo 9 de la Orden EHA 2899/2011) que las entidades deben facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado (nos remitimos a lo ya señalado para depósitos en general). Posteriormente, dicha norma se refiere a algunos casos particulares de operaciones en las que pueda ser preciso hacer hincapié en determinados aspectos o extremar la diligencia en las explicaciones, la mayoría de ellos aplicables, entiende este DCMR, al caso de los depósitos estructurados o híbridos —que impliquen riesgos especiales (por ejemplo, el de una remuneración nula en los depósitos estructurados o híbridos), que requieran la evaluación de múltiples aspectos por el cliente y que entrañen obligaciones que puedan resultar especialmente onerosas, y también se incluye el caso de productos cuya comercialización se acompaña de una recomendación personalizada, especialmente cuando existen campañas de distribución masiva de productos o servicios—.

Se debe precisar, no obstante, que el enfoque que se contiene en la regulación de transparencia referida (Orden EHA 2899/2011 y Circular del Banco de España 5/2012) es que compete a la entidad dar aclaraciones e información adecuada sobre el producto, correspondiendo al consumidor evaluar si los productos que se le ofrecen se ajustan a sus intereses, necesidades y situación financiera.

Información precontractual

Por su parte, como se ha indicado, la norma sexta de la referida circular regula la específica información precontractual exigible.

Sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del resto de las menciones que se recogen para los depósitos a plazo, en los depósitos estructurados se indicarán: la obligación de la entidad de reembolsar el principal al vencimiento; las circunstancias de las que dependerá su remuneración —incluyendo una estimación de su TAE—; los riesgos de que tal remuneración no se produzca o de que sea inferior a la equivalente ofrecida por la entidad, en términos de TAE, para un depósito con interés periódico (esta última información deberá resaltarse), y la forma en que se calculará el coste de cancelación del depósito, si lo hubiese.

Contenido del contrato

Se facilitarán al cliente, además, varios ejemplos representativos de la remuneración del depósito y del coste de su cancelación, construidos en función de distintos escenarios posibles de evolución del derivado implícito, que sean razonables y estén respaldados por datos objetivos. Los documentos contractuales relativos a depósitos a plazo estructurados o híbridos, según el artículo 16 de la orden, deberán contener de forma explícita y clara la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como las menciones referidas para los depósitos en general, teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito. Se deberá mencionar el valor, en el momento del contrato, del derivado implícito, así como, en su caso, el rendimiento efectivo de la operación de depósito en su conjunto, pero con la advertencia de que esos elementos de información no tienen por qué ser representativos del rendimiento final de la operación, que, en los términos previstos en el contrato, podrá ser mayor o menor (véase a este respecto la norma décima de la Circular del Banco de España 5/2012).

c. Liquidación del depósito. Tipo de interés

Los tipos de interés y comisiones aplicables a los depósitos a plazo se rigen por el principio general de libertad de pactos que establecen el artículo 1255 del Código Civil y la normativa sectorial de transparencia.

Las entidades de crédito pueden aplicar en sus operaciones bancarias los tipos de interés que acuerden con sus clientes (artículo 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre). En consecuencia, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito a plazo.

Falta de abono del porcentaje de interés complementario en un depósito bonificado

Como en años anteriores, se presentaron reclamaciones en las que el cliente discrepaba con el hecho de que la entidad hubiera abonado solo el interés básico, pero no el porcentaje de interés complementario o bonificado, pese a sostener que se cumplían todos los requisitos para ello. En ocasiones, dichos requisitos consistían en el mantenimiento de determinadas domiciliaciones (nóminas, recibos, etc.) o en la utilización de una tarjeta emitida por la entidad; en otras, en el mantenimiento de un determinado volumen de saldos en otras posiciones en la misma entidad, el incremento de estas, etc.

En estos casos, el DCMR valoró, en primer lugar, si las entidades facilitaron oportunamente al cliente la preceptiva información precontractual y explicaciones adecuadas sobre los requisitos o condiciones necesarias para obtener esa retribución o interés extra o bonificado. A partir de ahí, y dado que la base para emitir un pronunciamiento por parte del DCMR se encuentra en los contratos suscritos por las entidades con sus clientes, y que el principio fundamental en estos casos es la libertad de pacto, el DCMR procedió a verificar la forma en la que se incluían dichas condiciones en el contrato, así como a solicitar

a la entidad que acreditara ante este DCMR que no se habían cumplido las condiciones necesarias establecidas en el contrato para obtener esa retribución extra.

Documentos de liquidación

El contenido de los documentos de liquidación, que las entidades vienen obligadas a facilitar a sus clientes en las liquidaciones de intereses o comisiones (artículo 8.3 de la Orden), para el caso de los depósitos a plazo, se recoge en el anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, puntos 1.2 (para el caso de que tengan una remuneración dineraria), 1.3 (depósitos con remuneración en especie) y 1.4 (depósitos estructurados o híbridos con garantía del principal).

Para analizar las obligaciones relacionadas con la remisión de los documentos de liquidación se ha de tener en cuenta la fecha concreta de los hechos, de tal forma que, para supuestos anteriores al 1 de julio de 2013, habrá que estarse a lo establecido al respecto en la normativa anterior, Circular del Banco de España 8/1990 (el anexo VI contiene los modelos de los documentos de liquidación).

Nos remitimos aquí a lo establecido en las normas sexta, apartado 2.2, y undécima, apartado 7, de la Circular del Banco de España 5/2012, que regulan la específica información precontractual y contractual exigible, respectivamente.

d. Renovación

En los depósitos de duración determinada, en cuyos contratos usualmente se incluyen la posibilidad y las condiciones de su renovación tácita, es fundamental que queden claramente determinados los plazos que las partes se conceden para el preaviso de vencimiento y para que el titular pueda renunciar a la renovación automática, así como la forma y plazo de comunicación, en dicho caso, de las nuevas condiciones de aplicación.

Cabe resaltar de dicha normativa lo siguiente:

- En la información precontractual que se ha de facilitar para los depósitos a plazo, se debe indicar, de forma expresa y previa a la contratación, si al vencimiento el contrato se renueva tácitamente, así como el plazo y demás condiciones a que aquel quedará sujeto tras la renovación (esta información debe resaltarse).

- En el contrato de depósito, cuando se prevea la prórroga, se deben especificar la forma y las condiciones en que el cliente expresará su consentimiento y, además, cuando se conozcan, se detallarán las nuevas condiciones aplicables una vez prorrogado, o los mecanismos que se utilizarán para su determinación. Y se recogerá la obligación de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga con antelación razonable o, si así se pacta, como máximo en el momento de esta, siempre que en dicho caso se permita al cliente retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde la comunicación.

Entiende este DCMR que, con estas exigencias, se solventa parte de la problemática más habitual en las renovaciones de depósitos a plazo fijo, pues las reclamaciones más frecuentes en este tema se refieren al hecho de que se haya renovado automáticamente el contrato sin que la entidad haya verificado la preceptiva comunicación previa de las nuevas condiciones, o no lo haga con la suficiente antelación para que el cliente pueda valorar si son de su interés o, por el contrario, optar por buscar otra alternativa de rentabilidad con tiempo suficiente, para no perder la remuneración de sus fondos durante un determinado número de días.

En el expediente R-201606494, la sociedad reclamante mostraba su disconformidad con la remuneración del depósito a plazo contratado en el año 2010, fijado en un tipo de interés nominal del 3,50 %, denunciando que en 2015 la entidad procedió a liquidar los intereses por un importe inferior, sin que esta, a pesar lo manifestado por el SAC, le hubiera notificado previamente su modificación.

Respecto a la modificación del tipo de interés en los depósitos de duración determinada, el DCMR indicó que, en caso de que se incluya en el contrato la posibilidad de renovar tácitamente el depósito a plazo, es fundamental que se determinen de forma clara los plazos que las partes se confieren tanto por para el preaviso del vencimiento como para que el titular pueda renunciar a la renovación automática, así como la forma en la que se efectuará la comunicación, en su caso, de las nuevas condiciones que van a resultar de aplicación, siendo habitual que, llegado el vencimiento y para su renovación, se ofrezca un tipo de interés nominal diferente del inicial, sin que ello sea constitutivo de una mala práctica bancaria, siempre que se cumplan los principios de claridad y transparencia con el cliente.

Así, las buenas prácticas exigen que, con ocasión de la renovación de las imposiciones a plazo, el cliente sea informado de la nueva remuneración con anterioridad al momento en que preste su conformidad (expresa o tácita), de manera que disponga de un período de reflexión antes de decidirse a comprometer su dinero por otro período.

Sobre el particular, la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, ordinal séptimo, apartado 4.º d), y la Circular del Banco de España 8/1990 establecían que los documentos contractuales relativos a las operaciones pasivas en las que interviniera el tiempo debían recoger, de forma explícita y clara, entre otros extremos, los derechos que contractualmente correspondieran a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado o a la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberían ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberían ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, gozara el cliente cuando se produjera tal modificación.

Igualmente, el DCMR indicó que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, artículo 8.2, estableció que, cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario, deberá comunicar al cliente, con una antelación no inferior a un mes siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con estas.

Del mismo modo, indicó que la Circular del Banco de España 5/2012, en desarrollo de la orden, estableció en su norma undécima, apartado 7.º, que las comunicaciones que, en el caso de prórroga de la relación contractual, dirija la entidad al cliente al objeto de obtener su consentimiento, tácito o expreso, a las nuevas condiciones habrán de realizarse con antelación razonable, o, si así se hubiera pactado, como máximo, en el momento de la propia prórroga, siempre que se otorgue al cliente la posibilidad de retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde el momento en que se le comuniquen las nuevas condiciones.

Ahora bien, la referida Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012 no resultaban de aplicación a la parte reclamante, en la medida en que no se trataba de un cliente persona física sino jurídica.

Sin embargo, no podía obviarse que el propio contrato de depósito contemplaba que, en el supuesto de variación del tipo de interés para la prórroga o prórrogas sucesivas, el banco lo comunicaría previamente al titular, considerándose aceptado por este si no manifestaba lo contrario, por lo que el DCMR consideró la conducta de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros, toda vez que, ante la expresa manifestación realizada por la reclamante negando haber recibido comunicación en este sentido, la entidad no aportó esta al expediente, por lo que no pudo darse por acreditado que comunicara a su cliente la modificación sobre el tipo de interés aplicable a la prórroga del depósito a plazo.

e. Modificación

La actual normativa de transparencia —la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012— concreta determinadas circunstancias del proceso de modificación de condiciones contractuales de forma garantista, exigiendo que se recojan de forma explícita y clara los derechos y obligaciones de las partes (artículo 7.3 de la orden); se respete un plazo mínimo para comunicar los posibles cambios, salvo que estos fuesen más favorables para el cliente (en este caso se podrán aplicar inmediatamente), estableciendo la obligación de comunicación al cliente con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo (artículo 8.2 de la orden); la comunicación de la modificación sea individualizada (apartado 1 de la norma décima de la circular) y el plazo de preaviso del cambio propuesto, para una modificación de condiciones que no resulte más beneficiosa al cliente, se compute respecto al momento previsto para la entrada en vigor o para la aplicación efectiva de las nuevas condiciones contractuales.

Finalmente, el apartado 6 de la norma undécima de la circular dispone que los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras.

f. Cancelación

A instancia de la entidad

Las entidades podrán cancelar un contrato de depósito con previsión de vencimiento determinado y prórrogas automáticas anuales si lo prevé el contrato y con el plazo de preaviso que este contemple. El ejercicio de esta facultad contractual debe respetar siempre el principio de transparencia que debe presidir las relaciones de la entidad con sus clientes, de modo que estos estén siempre informados de las decisiones tomadas.

A instancia del cliente antes del vencimiento

Respecto a la cancelación anticipada de los depósitos, este DCMR mantiene, con carácter general, que las imposiciones a plazo tienen una fecha de vencimiento determinada, que ha de cumplirse. Sin embargo, generalmente, la facultad mutua de cancelar anticipadamente el contrato de depósito a plazo suele encontrarse recogida en aquel. Fuera de esta posibilidad, no cabría la cancelación anticipada por la sola voluntad de una de las partes. En tal caso, debemos entender que solo será posible si se llega a un acuerdo entre las partes, fijando las condiciones en las que pueda tener lugar. Por otro lado, parece razonable pensar que, de alcanzarse un acuerdo para cancelar anticipadamente un contrato que no contemple la cancelación, las entidades depositarias, en función de la naturaleza del producto, podrían acordar con el cliente cobrar una penalización si la cancelación anticipada implica un coste para ellas.

Los supuestos de cancelación anticipada de la imposición a solicitud del depositante (que, en todo caso, y siendo varios los titulares, habrá de venir ordenada por todos ellos) son origen de una parte importante de las reclamaciones que se plantearon en relación con este tipo de productos.

La Circular del Banco de España 5/2012 recogió el criterio que venía aplicando el DCMR a este respecto, relativo a considerar correcto el cobro de la comisión o de la penalización por cancelación anticipada —en los casos en los que así estuviera expresamente pactada en el contrato, o bien, sin estar contemplada en él la cancelación anticipada, la entidad hubiera accedido a ella y advertido al cliente expresamente sobre la necesidad de asumir en ese caso la comisión o penalización—, siempre que su cuantía no excediera del importe total de los intereses brutos devengados desde el inicio de la imposición hasta la fecha de la cancelación.

No obstante lo anterior, la limitación referida no impide que la entidad esté obligada a practicar la retención tributaria en la forma prevista en la normativa fiscal, pudiendo derivarse de ello, como resultado final de la operación, un líquido inferior al principal depositado inicialmente.

Dicha limitación en cuanto a su importe (establecida, pues, inicialmente como un criterio de buena práctica bancaria) fue incorporada de forma expresa, como ha ocurrido con otras cuestiones, en la normativa sectorial de transparencia: en concreto, la Circular del Banco de España 5/2012 establece que dicha penalización por cancelación anticipada «no podrá ser, en ningún caso, superior a la retribución que el depósito hubiese devengado hasta esa fecha» [norma sexta, 2.2.c)].

Las cuestiones que se han planteado en los últimos años en relación con los casos en los que se daban cancelaciones anticipadas de depósitos a plazo se pueden agregar, resumidamente, como sigue:

1 Han sido frecuentes las reclamaciones en las que los clientes indicaban que la entidad les había asegurado que no perderían en ningún caso el capital invertido, ni aun en el supuesto de cancelación anticipada, pues la penalización se limitaría al importe de los intereses, siendo el importe devuelto, sin embargo, inferior al inicialmente depositado.

   A este respecto, ya se ha indicado que la limitación se refiere a los intereses brutos, por lo que ello podrá ocurrir, siendo la diferencia el importe de la retención fiscal practicada, que será recuperada en su momento por el titular.

2 En otros casos, el reclamante denunciaba que la entidad está aplicando una comisión o penalización a la cancelación anticipada que entiende que no procede, porque no aparece como tal comisión o penalización en el contrato.

En el expediente R-201609826, el reclamante mostró su disconformidad por la penalización del 4 % que le fue repercutida por la cancelación anticipada del depósito a plazo suscrito el 26.8.2013, señalando que el 23.8.2012 contrató un depósito a plazo a un año en el que se pactó una comisión por cancelación anticipada del 1 %, siendo que, llegado el vencimiento de este, procedió a renovar el depósito, informándole la entidad de que el único cambio que tendría lugar sería la disminución del tipo de interés, denunciando que, cuando el 24.3.2014 decidió cancelar el depósito anticipadamente, la entidad le cobró una penalización del 4 %, cuando él estimaba y asumió que sería del 1 %.

Por su parte, la entidad reclamada manifestó y acreditó que no se trataba de una renovación del depósito a plazo contratado en 2012, sino que el 26.8.2013 se contrató una nueva imposición a plazo fijo con vencimiento 26.8.2014, constando entre las condiciones

pactadas la posibilidad de cancelar el depósito anticipadamente, total o parcialmente, en cuyo caso se le aplicaría lo dispuesto en la condición 7.ª del contrato, que fijaba una penalización por cancelación anticipada del 4 %.

Tras examinar la documentación aportada al expediente, el DCMR indicó que, si bien la entidad había hecho estricto uso del derecho que le confería el contrato para cobrar la penalización por cancelación anticipada del 4 %, actuando conforme a lo pactado literalmente, por lo que, desde esta perspectiva, su proceder no podría censurarse, lo cierto es que, como quiera que el reclamante denunciaba que no fue informado, con carácter previo a la firma del contrato, del importe de la penalización por cancelación anticipada y la entidad no había aportado prueba alguna de lo contrario, como así preceptúan la Orden EHA/2899/2011, artículo 6, y la Circular 5/2012, norma sexta, que regulan la información precontractual, se concluyó que el proceder de la entidad podría suponer un quebrantamiento de las normas de transparencia de operaciones y protección a la clientela y, en todo caso, de las buenas prácticas y usos financieros.

Vencimiento

Llegado el vencimiento de una imposición a plazo en la que no se contempla su renovación, o en aquellos casos en los que, contemplándose, su titular ha decidido no renovarlo (comunicándolo conforme al procedimiento y con el plazo de preaviso que en cada caso venga contractualmente establecido), la entidad deberá proceder a efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro al cliente del nominal y los intereses convenidos, sin demoras injustificadas.

3.2.5 EMBARGO DEL SALDO DE DEPÓSITOS EN ENTIDADES

Las entidades carecen de legitimación para efectuar adeudos en las cuentas de sus clientes sin autorización expresa de estos. De lo anterior se exceptúan los adeudos efectuados en virtud del correspondiente mandato legal o judicial que, con las pertinentes formalidades, así lo dispusiera, por cuanto las entidades actúan, en estos casos, como meros intermediarios, limitándose a cumplir las instrucciones emanadas de tales autoridades. Los supuestos de embargo se enmarcarían dentro de la excepción comentada en el párrafo anterior, debiendo cumplimentar las entidades en estos casos las diligencias de embargo ajustándose al procedimiento que la propia ley establece.

Las cuestiones que se pueden plantear respecto de este extremo, dando lugar a reclamaciones de los titulares de los depósitos afectados por una orden de embargo, como las que han sido resueltas en los últimos ejercicios, hacen que se deba precisar lo siguiente:

- Sin perjuicio de que el procedimiento deberá ser comunicado al deudor, titular de la cuenta, por la autoridad administrativa o judicial que ha ordenado el embargo, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, las entidades deberían comunicar a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución.

- El embargo no lo es nunca de la cuenta o depósito, como tal soporte contable, sino de los saldos existentes en ellos, a la fecha del embargo (es importante determinar el momento exacto en que tiene entrada la orden de embargo), a favor del deudor, por lo que solo puede recaer sobre el saldo acreedor de la cuenta en la fecha de recepción de la orden de embargo, de tal forma que en ningún caso la entidad puede producir un descubierto en la cuenta por no existir saldo suficiente que embargar en el momento en que se practica el corres-

pondiente adeudo tras el período inicial de retención —traba—. Si el saldo fuese inferior a la cantidad fijada, la entidad bancaria debería trabar todo el saldo disponible, sin que se encuentre legitimada para ampliar la retención en el supuesto de que aquel se incrementase por el ingreso de cualquier otro depósito en un momento posterior, salvo que reciba una nueva orden de embargo, por lo que el embargo no puede llegar a causar un descubierto en la cuenta corriente cuyo saldo se ordene embargar.

No obstante, la operativa de la cuenta podrá seguir su funcionamiento habitual, pues aquella no se encuentra inmovilizada, pudiendo el ejecutado disponer del resto del saldo disponible, en su caso, a excepción del importe trabado, y efectuar el resto de las operaciones por los procedimientos correspondientes. Efectivamente, la traba del saldo supone que la cantidad retenida aparece en la cuenta, pero el titular no puede disponer de ella. La cuenta está operativa y es posible realizar ingresos en ella, quedando esas cantidades libres de la retención. De este modo se podrán atender los cargos y domiciliaciones de gestión corriente y recibir cobros de clientes.

– Si en la cuenta afectada por el embargo se efectúa habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de tal forma que las cuantías que se correspondan con aquellos solo podrán embargarse en proporción a los límites que la ley establece y solo en la parte que exceda del salario mínimo interprofesional. La normativa tributaria señala que se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior. La carga de la prueba recae sobre el deudor, que debe acreditar que el saldo dispuesto en la cuenta bancaria proviene única y exclusivamente de sus percepciones salariales.

– El embargo ha de efectuarse exclusivamente sobre bienes del deudor, por lo que, en el caso de cuentas corrientes pluripersonales, abiertas a nombre del ejecutado y de otra u otras personas, con régimen de disposición indistinto, la principal dificultad radica en la determinación de la cantidad embargable. Si la orden de embargo tiene su origen en una obligación solidaria de los diferentes titulares de la cuenta, no hay inconveniente en que se embargue el saldo existente en la cuantía fijada en la orden de embargo. Ahora bien, si el embargo solo se dirige a uno de los titulares de la cuenta, la cuestión adquiere otros matices. Su resolución exige hacer referencia de nuevo a la separación entre la titularidad de la cuenta y la propiedad de las cantidades depositadas. Si bien la normativa de aplicación en el caso de los embargos por deudas tributarias o de la Administración, como se verá a continuación, establece en tales supuestos la presunción de que los saldos de las cuentas pertenecen por partes iguales a cada uno de los titulares (al margen del régimen de disposición pactado), cuando una entidad recibe un mandamiento de embargo judicial por una determinada cantidad o hasta un determinado límite, ha de atenderlo, aunque se trate de una cuenta con más titulares, pudiendo el cotitular no deudor presentar una tercería de dominio para oponerse al embargo de aquellos bienes que fueran exclusivamente suyos (véase a este respecto lo establecido en el siguiente apartado c, en relación con los embargos judiciales).

– Se hace preciso que las entidades aporten la orden de embargo, así como también comunicación a su cliente de la retención que de dicha orden se deriva, y acreditación de que el efectivo adeudo en cuenta se hizo respetando el plazo establecido al efecto, según el caso de que se trate, para que el interesado pudiera efectuar ante el organismo embargante las actuaciones que tuviera a bien realizar en defensa de sus intereses.

– La entidad de crédito está obligada a cumplir con las órdenes de embargo en sus justos términos, no estando legitimada ni para conocer más datos de las liquidaciones aparte del número de diligencia y el de las cuentas que ha de embargar, ni para impugnar aquellas. Además, la entidad no podrá discutir la procedencia o no de la deuda que se reclama a sus clientes (cuestión que tan solo puede ser discutida por el deudor principal).

Cuando las entidades no actúen de conformidad con los criterios expuestos, este DCMR concluirá con un pronunciamiento contrario a su proceder.

a. Embargos por deudas con las Administraciones

En materia tributaria, la regulación de los embargos de dinero depositados en cuentas abiertas en entidades de crédito se encuentra en los artículos 171 de la Ley General Tributaria y 79 del Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, resultando de especial importancia que es el organismo embargante el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, como se ha indicado con anterioridad, las entidades deberían, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, comunicar a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución. La Administración debe notificar la diligencia de embargo no solo al obligado tributario, sino también a los terceros cotitulares.

La presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta implicará la retención inmediata del importe embargado, si existe en ese momento saldo suficiente, debiendo ser ingresado en el Tesoro en el plazo de los 20 días naturales desde el día siguiente a la fecha de la traba sin haber recibido la oficina correspondiente comunicación en contrario del órgano de recaudación.

Habrá que estar en cada caso al tipo de deuda con la Administración de la que traiga su origen el embargo, pero en general para estos casos de deudas tributarias y administrativas de diversa índole la regulación aplicable es la contenida en las normas tributarias citadas, que establecen el procedimiento que se ha de seguir en caso de embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito.

En el expediente R-201603717, la reclamante mostraba su disconformidad con el proceder de la entidad en relación con una diligencia de embargo procedente de la AEAT, señalando que esta fue emitida el 12 de febrero de 2016, siendo que, en ese momento, la cuenta no tenía saldo, denunciando que el día 26 de febrero transfirió a dicha cuenta el importe necesario para satisfacer el recibo de un préstamo, abonando la entidad al fin previsto tan solo parte de la cantidad transferida, por cuanto la entidad cumplimentó la orden de embargo en esa fecha, transfiriendo el importe embargado a la AEAT.

El DCMR constató que la AEAT notificó a la reclamante la diligencia de embargo dictada contra su cuenta, siendo la fecha de la diligencia el 12 de febrero de 2016. Por su parte, la entidad aportó al expediente la notificación que dirigió al deudor el 29 de febrero para

comunicarle la retención practicada el 26 de febrero y la notificación del adeudo en cuenta que efectuó 20 días después.

Sin embargo, la entidad reclamada no aportó la orden o comunicación que debió recibir del organismo embargante —AEAT— y que resultaba fundamental para determinar la fecha en la que recibió la entidad la diligencia de embargo y debía de haber trabado el importe embargado, caso de existir saldo en la cuenta, así como comunicar a su cliente la diligencia de embargo recibida en la entidad, con objeto de que este pudiera actuar en consecuencia.

Así las cosas, el DCMR concluyó apreciando en el proceder de la entidad reclamada quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias por falta de colaboración en la resolución de la reclamación, al tiempo que indicó que excedería de su ámbito de competencia analizar los efectos de un posible incumplimiento de la normativa tributaria.

b. Embargos por deudas con la Seguridad Social

En este caso, la normativa de aplicación se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social y en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que regulan el procedimiento que se debe seguir, de forma muy similar a lo establecido en la normativa tributaria.

Así, conviene destacar la regulación establecida en los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; y, por otra parte, respecto al embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito, lo establecido en el artículo 96 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

c. Embargos judiciales

En estos casos, actuando la entidad reclamada como mera intermediaria entre el ente embargante —el juzgado actuante— y el sujeto embargado, debe dar cumplimiento al oficio que le sea remitido por dicho órgano judicial, procediendo a transferir a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de dicho juzgado el saldo acreedor que presente la cuenta o depósito embargados.

Una vez la entidad financiera haya recibido la orden judicial de embargo emitida por el juez competente, lo primero que debe hacer para cumplir eficazmente dicha orden es la retención y puesta a disposición del juzgado del saldo de la cuenta cuya titularidad ostenta el deudor, y más concretamente de las cantidades que sean objeto del embargo[36]. Si el deudor no hace nada para el levantamiento del embargo dentro de los términos previstos al efecto, la entidad financiera no tiene otra alternativa que acudir de inmediato a la consignación de la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial que se indique.

En consecuencia, este DCMR entiende que la entidad actúa en estos casos como mandataria del juzgado, cumpliendo con lo ordenado en el oficio, tal como imponen tanto el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda calificarse su actuación como contraria a las buenas prácticas bancarias cuando se ha ajustado a lo indicado.

36 Y ello, fundamentalmente, por el mandato contenido en el artículo 591 de la LEC, en relación con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el caso de cuentas corrientes con varios titulares, este DCMR estima que, conforme a las exigencias que demandan las buenas prácticas financieras, la entidad deberá comunicar al cotitular no deudor tal circunstancia para que pueda, en su caso, proceder en defensa de su derecho.

Además, cuando los reclamantes solicitan que se interprete el contenido del mandato judicial o su extensión, este DCMR señala en sus conclusiones que carece de competencias para ello, en el sentido de hacer prevalecer la interpretación de una de las partes sobre la realizada por la otra, siendo competente para su resolución el organismo ordenante del embargo.

En el expediente R-201605289, la reclamante mostró su disconformidad con la retención de saldo practicada por la entidad en su cuenta derivada de una orden de embargo judicial, sin que mediara ningún tipo de comunicación previa, provocando un descubierto en la cuenta.

El DCMR señaló que la entidad reclamada actúa en estos casos como mera intermediaria entre el ente embargante –el juzgado actuante— y el sujeto embargado, debiendo dar cumplimiento al oficio que le sea remitido por dicho órgano judicial, procediendo primero a retener y después a poner a disposición del juzgado el saldo de la cuenta cuya titularidad ostenta el deudor, y más concretamente la cantidad que sea objeto de embargo, de forma tal que, si el deudor no hace nada para que el órgano judicial lleve a cabo el levantamiento del embargo, dentro de los términos previstos al efecto, la entidad no tiene otra alternativa que proceder de inmediato a poner a disposición del juzgado, en la cuenta de depósitos y consignaciones que el órgano judicial indique, la cantidad retenida.

Ahora bien, tras analizar la documentación aportada al expediente, el DCMR concluyó que la entidad reclamada había quebrantado las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que no acreditó haber comunicado a la reclamante la orden de embargo recibida, ni tampoco que efectuara la traba del saldo existente en la cuenta a la fecha de recepción de la orden del juzgado, provocando un descubierto en la cuenta, una vez ejecutada la orden de embargo y sin que hubiera acreditado haber recibido una nueva orden de embargo. Igualmente, el DCMR apreció una mala práctica bancaria por parte de la entidad al no haber facilitado las explicaciones oportunas, ni aportado la documentación completa sobre la reclamación planteada, lo que se consideró una falta de colaboración con el DCMR en la resolución de la reclamación.

3.2.6 INCIDENCIAS DERIVADAS DEL FALLECIMIENTO DEL TITULAR DE UN DEPÓSITO

Como cuestión previa, conviene recordar que en España las normas de derecho sucesorio común contenidas en el Código Civil[37] coexisten con las de las Comunidades Autónomas, o territorios de estas, en alguna de las cuales rige el Derecho foral o especial, por lo que es esencial que las entidades recaben y examinen los documentos que acrediten tanto el derecho hereditario como el de adjudicación de bienes concretos de los interesados, en función de dicha especialidad, determinándose la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral por la vecindad civil[38].

37 Código Civil, libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», título III, «De las sucesiones», artículos 657 a 1087.

38 Véanse artículos 13 al 16 del Código Civil.

a. Tramitación de testamentarías

En caso de fallecimiento del titular de una cuenta, las entidades deben asegurarse de que quienes acuden a ellas solicitando información o la puesta a disposición de los fondos, en calidad de herederos, ostentan efectivamente tal condición.

Acreditación de la condición de heredero

Así, para justificar el derecho hereditario de quien solicita información sobre las posiciones que mantenía el causante, lo habitual es que las entidades requieran a los interesados el certificado de defunción de su cliente, el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, así como copia autorizada del último testamento o, en su defecto, de la declaración de herederos abintestato.

Del mismo modo, en orden a la disposición de los fondos, los herederos han de acreditar ante las entidades el derecho a la adjudicación de los bienes concretos, para lo cual deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de la herencia, que podrá formalizarse tanto en documento notarial como en documento privado, siempre que, en este último caso, venga firmado por todos los herederos o sus representantes y se lleve a cabo el reconocimiento de firmas mediante la pertinente diligencia.

Deber de diligencia

Las entidades han de actuar con la máxima diligencia en el cumplimiento de estas formalidades, así como en la tramitación de las testamentarías, debiendo justificar en todo caso, y aunque no existe plazo predeterminado para su tramitación, que no existen demoras unilaterales e innecesarias en la entrega de los bienes o en su cambio de titularidad.

En el expediente R-201609846, la reclamante denunciaba la demora habida en la tramitación de la testamentaría de su fallecido esposo, señalando que, tras otorgarse la Escritura de Partición de Herencia en mayo de 2016, esta fue entregada a la entidad inmediatamente junto con el resto de documentación, incluida la justificación del pago del impuesto sobre sucesiones, a pesar de lo cual, a la fecha de interponer su reclamación, la entidad no había finalizado el expediente de testamentaría, ni tampoco le había dado explicación alguna sobre su estado, a pesar de así haberlo solicitado en reiteradas ocasiones, extremos estos no negados por la entidad.

Por su parte, la entidad reclamada, en el momento de efectuar sus alegaciones, en diciembre de 2016, indicó que había procedido a resolver la testamentaría, realizando la transferencia de los fondos existentes en la cuenta del fallecido a la cuenta indicada por el heredero, en diciembre de 2016, aportando justificación de la transferencia efectuada.

Pues bien, teniendo en cuenta que habían transcurrido casi siete meses desde que la parte reclamante entregó al Banco toda la documentación necesaria para que este efectuara las comprobaciones y bastanteos oportunos en orden a poner a disposición del heredero los fondos depositados en la entidad, sin que esta hubiera invocado causa alguna que pudiera justificar el tiempo transcurrido, a nuestro juicio a todas luces excesivo, el DCMR concluyó que el proceder de la entidad reclamada resultaba contrario a las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que no había actuado con la diligencia que, como profesional experto que es de su operativa, cabía exigirle en la tramitación del expediente de testamentaría.

Comisión por tramitación de expedientes de testamentaría

En relación con el cobro por parte de las entidades de una comisión por la tramitación del expediente de testamentaría, nos remitimos a lo ya indicado, con carácter general, en el apartado 3.2.2, relativo al cobro de comisiones.

Ahora bien, por lo que se refiere a la concreta comisión por tramitación de expediente de testamentaría, esta se justificaría por el servicio prestado por la entidad, consistente en el análisis de la documentación aportada por los interesados en la herencia, a la que hemos hecho referencia anteriormente, a fin de acreditar su condición de herederos, en orden a obtener información sobre las posiciones de sus causantes, así como para justificar su derecho a la adjudicación concreta de los bienes depositados en la entidad y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales; entre dicha documentación, cabe destacar la relativa a la partición y adjudicación de los bienes de la herencia, siendo que, en ocasiones, y tras efectuar la entidad dicho estudio, resulta necesario requerir a los herederos para que aporten un nuevo documento con la adjudicación concreta de los bienes de la herencia depositados en la entidad, por existir solo documento de partición y no de adjudicación, o recabar de estos instrucciones adicionales de reparto, al haberse modificado los importes depositados en la entidad en el momento de efectuar el reparto, respecto a los que existían a la fecha del fallecimiento y se reflejaron en el documento de partición y adjudicación, aumentando o disminuyendo estos.

Dependiendo del criterio de cada entidad, dicho estudio debe o no serle retribuido mediante el pago de una comisión, para cuyo establecimiento y exigibilidad han de cumplimentarse los requisitos que establece la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela.

A ello cabe añadir que, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCMR ha señalado que la citada comisión no debe repercutirse antes de la finalización del expediente de testamentaría, por lo que no cabría su cobro en un momento inicial, ni tampoco intermedio, en el que aún no hubiera concluido este.

Del mismo modo, el DCMR ha indicado que la comisión por la prestación del servicio de tramitación de la testamentaría no puede incluir o englobar la emisión del certificado de posiciones del causante, en la medida en que, en opinión del DCMR, no ha lugar el cobro de importe alguno por dicho certificado, como luego se expondrá.

En los expedientes R-201600727 y R-201603263, el DCMR consideró que la entidad reclamada podría haber quebrantado la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, en la medida en que no quedó acreditado en dichos expedientes que la entidad informara a sus clientes, con carácter previo a la prestación del servicio y de forma clara, del importe exacto que por la prestación del servicio les iba a ser repercutido, no considerando suficiente el DCMR que la entidad indicara en el documento denominado «Solicitud de reparto de bienes de testamentaría», de forma genérica, que dicho servicio lleva aparejado un «coste».

Por otra parte, y como novedad, en el presente ejercicio 2016 se presentaron varias reclamaciones en las que los reclamantes denunciaban que les había sido repercutida una comisión por tramitación de expediente de testamentaría, señalando que no habían solicitado conscientemente dicho servicio, ni habían sido informados de la existencia de comisión alguna y, en consecuencia, tampoco de su importe, no siendo hasta después de efectuado el cargo en cuenta del importe de la comisión cuando, tras pedir explicaciones, eran informados de que el adeudo se correspondía con el cobro de una comisión por la tramitación del expediente de testamentaría, describiendo los reclamantes que la entidad, tras pedirles una serie de documentación, recogieron su firma, no en papel, sino a través de un dispositivo digital —*tablet*—, pensando que firmaban un recibí o la solicitud de cancelación de las cuentas de sus causantes.

En el expediente R-201613202, si bien la entidad había aportado a este una solicitud para la tramitación del expediente de testamentaría que contaba con la firma de la interesada, reflejando en su hoja primera la comisión que por la realización de dichas gestiones repercutiría la entidad, autorizando aquella, en la segunda de las hojas, con su rúbrica el cargo en cuenta del importe reflejado en la anterior hoja, por lo que, en principio, la entidad estaría legitimada para el cobro de la comisión; sin embargo, no podía obviarse por parte del DCMR que la reclamante denunciaba que no fue hasta que pidió explicaciones a la entidad por el cargo practicado en cuenta cuando tuvo conocimiento de que este obedecía a un servicio de tramitación de expediente de testamentaría y que ese era el importe de la comisión, denunciando expresamente el procedimiento empleado por la entidad para recabar la firma, al tiempo que señalaba que, en ningún momento, suscribió un papel en el que encargara dicho servicio, siendo recogida su firma, a su entender a otros efectos, a través de un medio digital, denunciando la reclamante «falta de ética profesional, oscurantismo y camuflaje de una comisión encubierta» por parte de la entidad.

Así, dado que se denunciaba el procedimiento seguido por la entidad para recabar la firma y en definitiva el consentimiento del interesado a la prestación del servicio de tramitación de testamentaría, y teniendo en cuenta, además, que no era la primera vez que se sometía a nuestra consideración esta cuestión —R-201612678-, el DCMR estimó que la entidad debería de haber descrito en sus alegaciones y acreditado, cosa que no hizo, que el consentimiento prestado a través de los medios digitales que emplea la entidad para recabar la firma —a través de una entidad certificadora—, a lo cual nada cabe objetar, no suponía, sin embargo, una merma de las obligaciones de información previa que incumben a la entidad derivada de la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y las buenas prácticas bancarias; ello con independencia de que la firma digital implique garantía de no repudio, de conocimiento inequívoco de quién es el emisor del documento y de la integridad del documento, esto es, que el documento firmado sea el original y que nadie ha alterado o modificado su contenido después de su firma, por lo que el DCMR consideró que el proceder de la entidad reclamada resultaba contrario a las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que nada alegó sobre la denuncia formulada, lo cual, además, implicaba una falta de colaboración para con el DCMR.

Certificado de posiciones del causante

En cuanto a la procedencia, o no, del cobro por parte de las entidades de una comisión por la emisión de un certificado de posiciones del causante a la fecha del óbito, el DCMR ha declarado en numerosas ocasiones que la repercusión de una comisión por dicho concepto no se ajusta a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que este certificado es un documento que resulta necesario para el cumplimiento de una obligación legal, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, por lo que no ha lugar al cobro de importe alguno por su emisión.

Además, el DCMR ha señalado que la obtención del certificado de posiciones del causante por parte de los interesados, y consiguiente emisión por parte de la entidad, no debe condicionarse, en modo alguno, a que dichos interesados efectúen a la entidad, en ese mismo momento o en otro posterior, el encargo de la tramitación del expediente de testamentaría, ya que su objeto, además de facilitar el cumplimiento de una obligación legal, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, también es informar a los interesados en la herencia de las posiciones del causante a efectos de determinar la masa hereditaria, decidiendo estos posteriormente si aceptan o no la herencia, pudiendo darse el caso de que los interesados en recabar dicha información —previa acreditación, claro está, de su derecho a obtenerla— no llegaran a aceptar la herencia, por lo que no habría lugar a la prestación del servicio de tramitación del expediente de testamentaría.

En este sentido, y al igual que sucedió en el ejercicio anterior, durante el año 2016 se presentaron varias reclamaciones en las que los reclamantes denunciaban que, al solicitar en las entidades la emisión del certificado de posiciones de su causante, habían de cumplimentar un impreso de solicitud en el que, además, se contenía el encargo de la tramitación del expediente de testamentaría, a pesar de no resultar de su interés dicho servicio y conllevar el cobro de una comisión, sin que los reclamantes pudieran discernir si la comisión obedecía: i) a la emisión del certificado de posiciones del causante; ii) a la tramitación del expediente de testamentaría, o iii) a ambas cosas, generando confusión en estos, máxime cuando el importe repercutido les parecía excesivo por la mera emisión de un certificado.

En el expediente R-201609329, el reclamante denunciaba que al solicitar a la entidad un certificado de posiciones de su esposa, a fecha de su fallecimiento, con objeto de liquidar el impuesto de su sucesiones, aquella le indicó que tenía un coste de 50 euros, indicando que sin la firma del impreso «Solicitud Tramitación de Sucesión Hereditaria», que contenía, a su vez, la «Solicitud de Certificados», no podía obtenerlo, al tiempo que señalaba que no era su deseo el solicitar ningún otro servicio de testamentaría y que el importe cobrado era excesivo por la mera emisión de un certificado.

Examinada por el DCMR la literalidad de dicho documento de solicitud, podría desprenderse que la comisión de 50 euros englobaba tanto a la emisión del certificado de posiciones del causante como la tramitación del expediente de testamentaría, en la medida en que este contempla la tramitación de la sucesión hereditaria, que incluye la solicitud de certificados de las posiciones del causante, a fecha de fallecimiento, sin que la entidad alegara ni acreditara que existiera otro impreso mediante el cual los interesados en obtener únicamente el certificado de posiciones del causante pudieran efectuarlo, desvinculándolo de la solicitud de la prestación del servicio de tramitación del expediente de testamentaría, máxime cuando la entidad en sus alegaciones manifestaba que la emisión del certificado era gratuita, pese a lo cual los interesados debían rubricar el documento que contenía ambas solicitudes.

Así las cosas, el DCMR estimó que el documento/impreso que ofrece la entidad a los interesados en obtener el certificado de posiciones distaba mucho de poder ser considerado claro y transparente en lo relativo a su coste, por lo que su proceder se estimó contrario a las buenas prácticas bancarias. Buena prueba de ello, como así se indicó, era la confusión que presentaba el reclamante en orden al importe que consideraba le iba a ser repercutido por la simple emisión del certificado solicitado.

b. Información a herederos

La normativa de transparencia de operaciones y protección a la clientela reconoce expresamente el derecho del heredero a obtener información sobre las posiciones del causante a la fecha del fallecimiento y con posterioridad al óbito[39].

Ahora bien, por lo que respecta a la información relativa a los movimientos habidos en las cuentas con anterioridad al fallecimiento del causante, el DCMR considera que, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, cabe exigir a las entidades que, con las matizaciones que se indicarán a continuación, atiendan las peticiones de movimientos de las cuentas referidas a un período de tiempo previo al fallecimiento y no muy lejano a él, si-

39 Véanse el artículo 8, apartado 5, de la Orden EHA/2899/2011, que establece el deber de las entidades de crédito de facilitar información a los herederos, y la norma quinta, apartado 4, letra a), de la Circular del Banco de España 5/2012, que establece la obligación de facilitarla sin dilación injustificada.

tuando este período, de forma aproximada u orientativa, en el año anterior al óbito, para, de este modo, facilitar a los herederos, entre otras cosas, el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

A este respecto, el DCMR ha matizado lo siguiente:

- La obtención de información sobre los movimientos habidos en las cuentas del fallecido con anterioridad al óbito no puede dar lugar, en modo alguno, a admitir peticiones desproporcionadas, en las que lo que pretendan los herederos sea efectuar una auditoría de la relación existente entre la entidad de crédito y el causante a lo largo de un período amplio, exigiendo a la entidad que vuelva a rendir cuentas de las operaciones efectuadas.

  Del mismo modo, una vez obtenida dicha información, no resulta contrario a las buenas prácticas la negativa de las entidades a facilitar información sobre movimientos concretos cuando dicha información afecta a terceras personas [Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)]; por ejemplo, información de una orden de transferencia con indicación de la cuenta beneficiaria y de su titular.

- Las solicitudes de información han de concretarse, sin que sea admisible que estas se refieran a períodos indeterminados.

- Tratándose de cuentas de titularidad plural, si existiera oposición expresa del/de los cotitular/es supérstite/s de la cuenta a que se facilite información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento —la cual ha de ser no solo invocada, sino también acreditada—, y dado que ha de conjugarse el derecho de información del heredero con el deber de secreto de la entidad y la protección de datos de carácter personal consagrada en nuestra legislación, la negativa de las entidades a facilitar información a los herederos, sin que exista un previo pronunciamiento judicial, no podría considerarse arbitraria, sino que obedecería a la prudencia y cautela con la que deben actuar estas en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares sobrevivientes y terceros—.

En el expediente R-201612958, el reclamante manifestaba haber solicitado a la entidad un extracto de los movimientos de la cuenta de la que era titular su madre, fallecida en 2015, relativo a los movimientos habidos en ella desde 2005 a 2016, ambos inclusive, señalando que su solicitud venía motivada por cuanto en el año 2005 su madre había percibido una importante cantidad de dinero procedente de la venta de unos terrenos, siendo que, a fecha de su fallecimiento en 2015, la cuenta presentaba un saldo de 131 euros, dándose la circunstancia de la existencia de otra cotitular en la cuenta.

La entidad reclamada acreditaba haber facilitado a la reclamante el certificado de posiciones de la causante, así como los movimientos habidos en la cuenta desde el 1 de enero de 2015, hasta la fecha, al tiempo que fundamentaba su negativa a entregar los movimientos de la cuenta, desde el año 2005, sobre la base de dos argumentos: i) que el reclamante no había acreditado ante la entidad la aceptación de la herencia, y ii) lo desproporcionado de la solicitud de información, al remontarse a los movimientos habidos en la cuenta hasta diez años antes de la fecha de fallecimiento.

El DCMR señaló que no podía apreciar el primero de los argumentos de la entidad, en la medida en que, habiendo acreditado el reclamante su condición de heredero, según la declaración de herederos abintestato facilitada a la entidad, no había lugar a exigir la aceptación de la herencia con carácter previo a obtener información —con las matizaciones generales, antes expuestas—, resultando relevante la obtención de información para determinar el caudal relicto y decidir, con conocimiento de causa, si resulta o no de su interés el aceptar la herencia y en qué forma.

Sin embargo, el DCMR sí apreció el segundo de los argumentos esgrimidos por la entidad, esto es, que la información solicitada relativa a los movimientos habidos en la cuenta desde el año 2005, diez años antes del fallecimiento de la titular, podría resultar desproporcionada, por lo que, tras advertir a la entidad que no había lugar a exigir la aceptación de la herencia para facilitar información en los términos que se le había indicado, el DCMR concluyó que su negativa a facilitar la información sobre los movimientos habidos dese el año 2005 no podía considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias, informando al reclamante, finalmente, del derecho que le asistía a solicitar dicha información, si así lo estimara oportuno, a través de los tribunales de justicia, los cuales, a la vista de las circunstancias concurrentes, valorarían la procedencia o no de una solicitud de esa naturaleza.

Entrega de contratos a herederos

En otras ocasiones, se han planteado reclamaciones por parte de los herederos relativas a la negativa de las entidades a facilitarles copia de los contratos de los que eran titulares sus causantes.

A este respecto, la normativa de transparencia de operaciones y protección a la clientela (y, en concreto, el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, relativo a «Información contractual»), además de establecer la obligación de las entidades de entregar al cliente un ejemplar del contrato en que se formalice el servicio, establece el deber de estas de conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia de aquel, siempre que este lo solicite. Dicha obligación de poner a disposición del cliente, siempre que este lo solicite, copia de los contratos suscritos por las partes, por lo que ahora nos ocupa y en opinión del DCMR, se hace extensiva a los herederos, tras el fallecimiento del titular de los contratos y a su requerimiento.

En el expediente R-201609406, la reclamante, en calidad de heredera, denunciaba la negativa de la entidad a facilitarle copia de los contratos de depósito a plazo de los que era titular el causante, señalando la falta de colaboración de la oficina. Sobre el particular, la entidad reclamada manifestaba que hasta tanto no se llevara a cabo por parte de la reclamante la aceptación de la herencia, esta no tenía derecho a obtener copia de los contratos.

El DCMR manifestó que no compartía la exigencia de la entidad relativa a que los herederos debían llevar a cabo, con carácter previo a obtener información, la aceptación de la herencia, en la medida en que, en nuestra opinión, la aceptación de la herencia conlleva la asunción por los herederos de los derechos y obligaciones del causante, para lo cual resulta imprescindible obtener información no solo de las posiciones que mantenía el causante, a fecha de fallecimiento, sino también otra información y documentación que permitan al heredero, con anterioridad a la aceptación de la herencia, conocer el caudal relicto y los derechos y, sobre todo, las obligaciones que asumiría en caso de aceptar la herencia, siendo, por tanto, el conocimiento de dicha información imprescindible y previo a la aceptación de la herencia, si así se solicitara, por lo que el DCMR concluyó que la

entidad reclamada podría haber quebrantado lo establecido en la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, al no haber facilitado a la reclamante copia de los contratos requeridos, a pesar de haber acreditado su condición de heredera.

c. Disposición de fondos. Cuestiones generales

Para disponer de los fondos depositados en la cuenta, los herederos han de acreditar ante la entidad el derecho a la adjudicación de los bienes concretos, para lo cual habrán de aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de bienes concretos.

Además, las entidades pueden exigir la justificación del pago o exención del impuesto sobre sucesiones, para salvar de esta forma la responsabilidad subsidiaria que por el pago del impuesto corresponde a los intermediarios financieros en las transmisiones *mortis causa* de depósitos, garantías, certificados de depósito, cuentas corrientes, de ahorro, o cuentas especiales, según se infiere de lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en el artículo 19, letra a), del reglamento del citado impuesto.

No obstante, el DCMR ha indicado que ello no puede llevarnos a la conclusión de que las entidades se encuentran habilitadas para bloquear el saldo de la cuenta en tanto no se efectúe el pago del impuesto o se justifique su exención. Cuestión distinta, sobre la que nada cabría objetar, es que las entidades retuvieran la suma necesaria para evitar el supuesto de responsabilidad subsidiaria establecido a su cargo por la normativa fiscal, tomando como base —a efectos fiscales y a falta de acreditación que permita establecer el saldo cuya propiedad deba atribuirse al causante— lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En cuanto al acto mismo de aceptación de la herencia, este puede realizarse tanto de forma expresa como tácita (esto es, cuando la aceptación se sobreentiende por la realización de aquellos actos destinados a tomar posesión de los bienes que han sido otorgados).

En relación con la aceptación de la herencia, y dado que constituyó una novedad legislativa reciente, debemos referirnos a la modificación operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria —en vigor desde el 23 de julio de 2015—, en diversos preceptos del Código Civil; entre ellos, y por lo que ahora interesa, en el artículo 1005 de dicho cuerpo legal, en virtud del cual cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia puede acudir al notario para que este comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura y simplemente o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia, indicando el notario en dicha comunicación que, si no manifestare su voluntad en plazo, se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.

Ahora bien, con independencia de la aceptación de la herencia, no puede obviarse que la comunidad hereditaria está formada por todos los herederos y que todos los coherederos tienen la plena titularidad de su participación o cuota en la herencia y que pueden enajenarla, cederla o hipotecarla, si bien los efectos de estos actos quedarán concretados en los bienes que se les adjudiquen en la partición al cesar la comunidad, por lo que, en todo caso, si alguno de los herederos quisiera disponer (antes de la partición y adjudicación) de cualquiera de los bienes concretos de la herencia, sería necesario la unanimidad de todos ellos.

Igualmente, y por lo que se refiere a la partición de la herencia, la nueva redacción dada al artículo 1057 del Código Civil por la Ley 15/2015 establece que, no habiendo testamento, no habiendo contador-partidor en él designado o hallándose vacante el cargo, el secretario judicial o el notario (antes el juez) pueda —a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 % del haber hereditario, y con citación de los interesados, si su domicilio fuere conocido— nombrar un contador-partidor dativo —según las reglas que se establecen para la designación de peritos en la LEC y del notariado—, requiriendo la partición así realizada la aprobación del secretario judicial o del notario —antes el juez—, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

En el expediente R-201604743, la reclamante, en calidad de heredera universal, junto con su hermano, discrepaba con el proceder de la entidad, en la medida en que esta se negaba a permitirle el reembolso del 50 % del saldo existente en las cuentas de titularidad del fallecido, argumentando la entidad que la reclamante no había aportado el documento de aceptación, partición y adjudicación de la herencia, significando que, en el momento en el que le fuera facilitado, procedería de inmediato a tramitar el expediente de testamentaría y a poner a su disposición los fondos que pudieran corresponderle.

El DCMR puso de manifiesto que la propia reclamante indicaba no disponer de documento de aceptación y partición y adjudicación de herencia, al tiempo que señalaba que su hermano se negaba a firmar dicho documento, por lo que apreció la alegación efectuada por la entidad reclamada, no pudiendo considerarse contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni las buenas prácticas bancarias, el requerimiento de la entidad relativo a la necesidad de que se le hiciera entrega de un documento público o privado, firmado por todos los herederos, en el que se efectuara la partición y adjudicación de la herencia.

Asimismo, el DCMR señaló que, una vez se lleve a cabo la partición y adjudicación de la herencia, cada uno de los herederos debía hacer frente al pago del impuesto que a cada uno de ellos le correspondiera, en función de su participación, no debiendo exigirse en estos casos por las entidades el que todos los herederos cumplan sus obligaciones fiscales, de forma tal que la entrega de fondos se efectuará a cada heredero, una vez haya cumplido su obligación fiscal, sin que sea necesaria ni exigible, por otra parte, la unidad de acto.

Supuesto distinto fue el contemplado en el expediente R-201606854, en el que las reclamantes denunciaban que, a pesar de haber aportado a la entidad toda la documentación necesaria para la disposición de la cuenta de titularidad de su causante (entre ella, el documento privado de aceptación, partición y adjudicación de bienes suscrito por todos los herederos, así como la justificación del pago del impuesto sobre sucesiones), la entidad se negaba a poner a su disposición los saldos. Por su parte, la entidad reclamada alegaba que, debido a la concurrencia de un bien inmueble en la herencia, resultaba preceptiva la formalización en escritura pública de la aceptación, partición y adjudicación de la herencia.

El DCMR señaló que no compartía el argumento de la entidad por cuanto no existe obligación legal alguna de instrumentar mediante documento público la partición y adjudicación de la herencia. Ahora bien, en el caso de que existieran bienes inmuebles en la herencia y sus adjudicatarios quisieran inscribir las adjudicaciones en el Registro de la Propiedad, sería necesario elevar a público el documento de partición y adjudicación, a no ser que se tratara de un heredero único, recordando este DCMR, además, que la

inscripción en el Registro de la Propiedad tampoco es obligatoria. En definitiva, el DCMR concluyó que, dado que las reclamantes habían instrumentado la partición y adjudicación de la herencia en documento privado, no pudiendo exigirle la entidad que se formalizara en escritura pública, habiendo condicionando esta la puesta a disposición de los fondos a dicho formalismo no obligatorio, salvo que los adjudicatarios de los bienes inmuebles quisieran inscribir las adjudicaciones en el Registro de la Propiedad, lo que no era el caso o, al menos, no existía constancia en el expediente de que este fuera el interés de la parte reclamante, su proceder se estimó contrario a las buenas prácticas bancarias. Finalmente, y por lo que se refiere a las disposiciones de fondos efectuadas por los autorizados en cuenta con posterioridad al fallecimiento del titular, el DCMR ha señalado, como así se recogió, entre otros expedientes de reclamación, en el R-201605138, que el fallecimiento del titular de una cuenta extingue las autorizaciones que el causante hubiera concedido, ya que el mandato concedido en la autorización se acaba por la muerte del mandante, siendo esta, entre otras, una de las causas por las que se produce la extinción conforme a lo dispuesto en el artículo 1732 del Código Civil.

En estos casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas, por haber sido efectuadas por el autorizado con posterioridad al fallecimiento del poderdante, resulta fundamental acreditar el momento en el que la entidad tuvo conocimiento de dicho fallecimiento, en la medida en que la actuación que cabe exigir a las entidades en orden a la protección de los herederos lo es desde que estas tienen conocimiento del fallecimiento del titular-poderdante y no antes; ello con independencia de los derechos que, en su caso, asisten a los herederos frente al autorizado que ha dispuesto de los fondos después del fallecimiento del titular-poderdante, siendo esta una cuestión que se enmarcaría en las relaciones jurídico-privadas de estos, a las cuales son ajenas tanto la entidad de crédito como el DCMR.

d. Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente

Cuestión distinta es el caso de las disposiciones singulares efectuadas estando la herencia indivisa. Es criterio reiterado del DCMR el considerar que no constituye una mala práctica bancaria que las entidades, antes de la adjudicación de la herencia, admitan disposiciones singulares, siempre y cuando no exista orden expresa en contrario dada por el conjunto de coherederos, y se trate de operaciones ordenadas en vida del titular que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, tales como domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, telefonía, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podría suponer recargos e inconvenientes a todas luces innecesarios, o se refieran a gastos de sepelio o funeral.

En este sentido, tienen entrada en este DCMR reclamaciones en relación con solicitudes de devolución de recibos realizadas por los herederos. El DCMR entiende, con carácter general, que las solicitudes de devolución de recibos domiciliados en cuentas de titulares fallecidos deben ser realizadas por todos los herederos, tras acreditar estos debidamente su condición, máxime cuando los recibos se refieren al mantenimiento de los bienes que constituyen la herencia yacente o a los gastos de entierro y funeral.

Ahora bien, es también criterio de este DCMR que, en el caso de los recibos domiciliados que tienen por objeto el pago de gastos que solo benefician a terceros y no al mantenimiento de bienes incluidos en la herencia yacente (como, por ejemplo, los suministros de una vivienda de la que el causante era usufructuario, no formando parte, por ende, de la herencia yacente la posesión del inmueble), su adeudo debe realizarse con el consentimiento de todos los herederos.

En el expediente R-201608158, las reclamantes denunciaban que el banco reclamado se negaba a atender la orden dada por ellas, en calidad de herederas, de no autorizar y adeudar gasto o factura alguna en la cuenta de la única titularidad de su causante. Sobre el particular, la entidad reclamada manifestaba que los gastos obedecían a domiciliaciones efectuadas por el titular con anterioridad al fallecimiento, indicando que, para atender dicha orden, esta debía venir firmada por la totalidad de los herederos adjudicatarios de la cuenta, con reconocimiento de firmas, sin que dicho escrito le hubiera sido presentado.

El DCMR, tras indicar que, como ha señalado en numerosas ocasiones, no cabe considerar mala práctica bancaria el que las entidades, estando la herencia indivisa, admitan disposiciones singulares, siempre y cuando: i) estas vengan autorizadas expresamente por todos los herederos; ii) se trate de gastos referidos al sepelio o funeral, o iii) se refieran a operaciones ordenadas en vida del titular que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, entre las que se pueden incluir las domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, de telefonía, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podrían suponer recargos e inconvenientes innecesarios, salvo que existiera orden expresa en contrario dada por todos los herederos, este DCMR examinó la naturaleza de los cargos efectuados, poniéndose de manifiesto que algunos de los adeudos en cuenta no cumplían con los requisitos indicados para el caso de que la herencia se encuentre indivisa.

Efectivamente, existían cargos que se correspondían con recibos emitidos por «Club Deportivo», «Recibo colegio», ONG, etc., que no obedecían al mantenimiento del caudal hereditario, ni habían sido autorizados por todos los herederos, ya que, al menos, faltaba la autorización de las reclamantes, las cuales, además, habían mostrado su oposición expresa a la entidad a que se practicaran dichos adeudos que venían mermando el saldo de la cuenta, por lo que el proceder de la entidad reclamada se estimó contrario a las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que, estando la herencia indivisa, tan solo se podrían haber adeudado en la cuenta los recibos domiciliados por el titular en vida que supusieran el mantenimiento del caudal hereditario, así como los gastos de sepelio o funeral, salvo autorización expresa de todos los herederos.

Supuesto distinto fue el contemplado en el expediente R-201612429, en el que la reclamante denunciaba que la entidad se negaba a pagar con cargo a la cuenta de la que era única titular su causante, y estando la herencia indivisa, los gastos derivados del Registro de la Propiedad.

En esta ocasión, el DCMR concluyó que el proceder de la entidad reclamada, al negarse a atender dicho gasto con cargo a la cuenta, no podía considerarse contrario a las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que no contaba con la autorización de todos los herederos, ni tampoco podía enmarcarse en ninguno de los supuestos de excepción que se habían indicado —recibos domiciliados por la titular de la cuenta que supusieran el mantenimiento del caudal hereditario, ni obedecía a gastos derivados de sepelio o funeral—.

e. Disposición de fondos. Cuentas con un único titular

El servicio de caja derivado del contrato de cuenta corriente es asimilable al mandato, y de ello se deriva que, ante el fallecimiento del cuentacorrentista, dado que el mandato se extingue por la muerte del mandante (único titular de la cuenta), la entidad, para la realización de nuevas operaciones con cargo a la cuenta, debería requerir a aquellos a los que ahora pertenecen los fondos —sus herederos— a fin de que las autorizaran expresamente, salvo que, como se ha indicado anteriormente, estando la herencia indivisa, se tratara de disposiciones singulares con las características y requisitos indicados en el apartado anterior.

Por otro lado, en caso de existir autorizados en la cuenta, hay que señalar que, tras el fallecimiento del titular, es criterio del DCMR que las entidades, tan pronto como sean conocedoras del fallecimiento del titular de la cuenta, en orden a la protección de los intereses de los herederos, deberán impedir que el autorizado efectúe cualquier tipo de disposición con cargo a ella, en la medida en que, habiendo sido nombrado por el titular fallecido, el mandato se acaba, entre otras causas, por la muerte del mandante[40] Dicha actuación le es exigible a la entidad desde que tiene conocimiento del fallecimiento. Idéntica conclusión cabe predicar respecto a los apoderados del fallecido.

f. Disposición de fondos. Cuentas con varios titulares

Régimen de disposición indistinto o solidario

En el caso de una cuenta indistinta o solidaria, es criterio reiterado del DCMR, que encuentra su sustento en numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerar que cualquiera de los titulares de la cuenta puede disponer de ella como si fuese el único titular, estando obligada la entidad, en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares indistintos, a atender cualquier orden de disposición firmada por el/los otro/s cotitular/es indistinto/s sobreviviente/s, sin que esta pueda exigir el consentimiento, y ni tan siquiera el conocimiento, de los herederos del causante, pues esa solidaridad activa, basada en la recíproca confianza de quienes constituyeron la cuenta no desaparece con la muerte de uno de los titulares[41].

Cuestión distinta sería la responsabilidad que los herederos del titular fallecido podrían exigir, en su caso, al titular que ha dispuesto de los fondos existentes si estos fueran de propiedad del fallecido, total o parcialmente. El análisis y la valoración de estos extremos se enmarcan dentro de las relaciones jurídico-privadas, y por tanto no serían responsabilidad de la entidad de crédito, ni entrarían dentro de la competencia del DCMR.

Del mismo modo, las entidades no estarían habilitadas para presuponer, salvo suficiente acreditación en contrario, que los herederos tienen derecho a disponer únicamente de la parte alícuota de los fondos depositados, en función del número de titulares preexistentes, por cuanto se debe separar la cuestión de la mera disponibilidad de los fondos del aspecto relativo a la verdadera propiedad de estos, de forma que, si de resultas de algún acto de disposición surgen discrepancias entre las partes, dicha cuestión deberá resolverse a través de las acciones que correspondan a unos y a otros en orden a fijar la propiedad de los fondos.

Obviamente, dicha argumentación se sostiene siempre y cuando en el contrato de cuenta suscrito por las partes no existiera previsión expresa para el supuesto de fallecimiento de un titular de la cuenta, en relación con la disposición de los fondos y su propiedad, de lo que se deriva que, para emitir un pronunciamiento, resulta esencial que las partes o, al menos, la entidad reclamada aporten al expediente copia del contrato, ya que, en caso contrario, y con independencia de otras consideraciones, el proceder de la entidad podría suponer una falta de colaboración de esta para con el DCMR en la resolución de la reclamación.

Finalmente, cabe indicar que, en caso de existir autorizado/s en la cuenta de titularidad plural, salvo que se pueda acreditar que el autorizado lo era tan solo del titular fallecido, el fallecimiento de uno de los cotitulares en una cuenta indistinta no extingue la autorización —el mandato— si no consta que los restantes titulares han revocado de forma expresa aquella ante la circunstancia sobrevenida del fallecimiento.

---

40 Véase el artículo 1732 del Código Civil.

41 Véase la *Memoria de Reclamaciones, 2013,* pp. 261 y 262.

Régimen de disposición conjunto o mancomunado

Tratándose de cuentas bajo régimen de disposición conjunto o también llamado mancomunado, en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares de la cuenta, para efectuar actos de disposición con cargo a aquella será preciso que las órdenes de disposición vayan firmadas por todos los titulares, supliéndose la voluntad del titular fallecido por la de todos sus herederos. De no ser así, con carácter general, el DCMR considera que la entidad no debería atender las solicitudes de disposición que le sean formuladas.

g. Cancelación de la cuenta

Tras el fallecimiento del titular de una cuenta a la vista, la resolución del contrato puede efectuarse tanto por la entidad como por los titulares del contrato y/o sus herederos.

En el supuesto de que la resolución del contrato se llevase a cabo a instancias de la entidad, esta deberá comunicar su intención de llevar a cabo la cancelación de la cuenta a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad única—, o al titular supérstite y a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad plural—, respetando el plazo común de preaviso de dos meses.

En caso de que la resolución del contrato se efectuara a instancias de los herederos del titular fallecido —cuenta de titularidad única—, la entidad debe requerir el consentimiento de todos los herederos para proceder a la cancelación de la cuenta. Ahora bien, si se trata de una cuenta de titularidad plural, para resolver el contrato la entidad debe recabar el consentimiento tanto del/de los titular/es sobreviviente/s como de todos los herederos del titular fallecido.

Esto es así, claro está, salvo que se hubiera pactado expresamente otra cosa en el contrato de cuenta para el caso de fallecimiento del titular.

Por otra parte, y en relación con la baja en una cuenta de un titular fallecido, el DCMR ha señalado que para proceder a ella resulta necesario que se lleve a cabo la testamentaría del titular fallecido, justificándose la liquidación o exención del impuesto sobre sucesiones y donaciones correspondiente, así como que dicha actuación esté refrendada por todos sus herederos.

Baja cotitular fallecido

En relación con esta cuestión, ha de partirse de la base de que el mero hecho del fallecimiento de un cotitular indistinto de la cuenta no puede conllevar el bloqueo automático de la cuenta, puesto que, de ser así, se impediría, en todos los casos y sin causa suficiente, el derecho del cotitular indistinto sobreviviente a disponer de los fondos de la cuenta indistinta, siendo que, como se ha indicado anteriormente, la solidaridad activa de la cuenta no se extingue con la muerte de uno de los titulares.

Ahora bien, por lo que respecta al bloqueo de la cuenta a raíz del fallecimiento de un titular, el DCMR ha señalado que, en caso de que existieran discrepancias internas entre el/ los titular/es sobreviviente/s y los herederos del titular fallecido en las que se cuestione la propiedad de los fondos depositados en la cuenta en orden a disponer de ellos, o se traduzcan en instrucciones contradictorias dadas a la entidad, esta debe adoptar una postura neutral en el conflicto, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

h. Bloqueo de la cuenta

Por lo que respecta a esta cuestión, el DCMR ha señalado que, salvo que existiera previsión contractual al respecto, una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias exigiría que, desde el momento en el que la entidad de crédito recibiera comu-

nicación de uno de los titulares o de los herederos del titular fallecido —que debe ser acreditada— solicitando el bloqueo de la cuenta indistinta, por existir discrepancias en relación con la propiedad de los fondos depositados en ella, u órdenes contradictorias, no cumplimentara operaciones con cargo a la cuenta, salvo que aquellas vinieran ordenadas por los titulares sobrevivientes y los herederos del titular fallecido, de manera conjunta.

Asimismo, el DCMR ha señalado que, tratándose de una medida restrictiva de los derechos de los clientes, que se justifica para proteger los intereses de todas las partes en conflicto, dicha medida deberá ser adoptada por las entidades con la cautela debida, informando con carácter previo a todos los titulares y herederos del fallecido de la situación producida y de la medida que va a aplicar, en tanto los interesados lleguen a un acuerdo, pudiendo las entidades proceder a la consignación del saldo si, en un plazo prudencial, dicho acuerdo no resultara posible y en tanto el conflicto sea resuelto, en su caso, por la autoridad judicial.

Así, en el expediente R-201612421 el DCMR estimó que la entidad reclamada había quebrantado las buenas prácticas y usos financieros, por cuanto, ante las distintas y acreditadas instrucciones que había recibido de las cotitulares supérstites de las cuentas y a la vez herederas únicas de la titular fallecida, respecto a la disposición de los fondos de la cuenta, debió adoptar, desde el principio, alguna medida cautelar en orden a mantener una postura neutral en el conflicto existente entre las cotitulares supérstites y a la vez herederas de la titular fallecida, cosa que no hizo y mereció nuestro pronunciamiento desfavorable.

i. Depósitos a plazo

Teniendo en cuenta que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, y que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de aquellos, cabe inferir que los herederos del titular de un depósito a plazo asumen todos los derechos y obligaciones contraídos por el causante y, por lo que ahora interesa, los términos y condiciones pactadas en el contrato de depósito a plazo, sin que el hecho del fallecimiento del titular del depósito a plazo implique, en modo alguno, el vencimiento anticipado del depósito y la subsiguiente cancelación, salvo, claro está, que el contrato de depósito a plazo contemplara expresamente otra cosa para el supuesto de fallecimiento del titular.

En el expediente R-201606006, el reclamante denunciaba, en calidad de heredero universal de su madre, que su padre, cotitular junto con su madre de un depósito a plazo, había llevado a cabo su cancelación tras el fallecimiento de la madre.

El DCMR analizó el contrato de depósito a plazo formalizado en su día, recogiéndose entre sus condiciones particulares la disponibilidad indistinta de aquel. Además, examinadas las condiciones generales y particulares, resultaba que el contrato no contenía previsión expresa para el caso de fallecimiento de un cotitular, pudiendo llevar a cabo el cotitular supérstite, a falta de previsión expresa, la totalidad de los derechos inherentes a la titularidad, como así se indicaba expresamente en el contrato, siendo que uno de esos derechos era el de disponer del importe de la imposición, para lo cual el titular podía solicitar el reembolso anticipado de aquella, o esperar al vencimiento de la imposición, lo que *de facto* implicaba la cancelación del depósito. Del mismo modo, el titular estaba facultado para solicitar a la entidad que el reembolso se efectuara en una cuenta distinta de la asociada.

Por otra parte, si bien era cierto que el contrato preveía que, en caso de existir instrucciones contradictorias respecto a los fondos depositados, la entidad debía adoptar las medidas necesarias para la protección del depósito, no es menos cierto que, a la fecha de cancelación del depósito, la entidad negó que conociera el fallecimiento de la cotitular del depósito, indicando que no fue hasta después de la cancelación cuando tuvo conocimiento fehaciente del fallecimiento de la titular, no existiendo constancia tampoco de que, a la fecha de cancelación del depósito, el reclamante, en calidad de heredero, hubiera cursado instrucciones a la entidad requiriendo la adopción de medida alguna.

En definitiva, el DCMR concluyó que no se estimaba en el proceder de la entidad quebrantamiento de lo establecido en la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco vulneración de las buenas prácticas y usos financieros.

j. Legatarios

El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando esté autorizado para darla, según se infiere de lo establecido por el artículo 885 del Código Civil. Por tanto, con carácter genral, para que la entidad permita la disposición de los saldos al legatario debe exigir a este la constancia de las instrucciones específicas al respecto de los herederos o del albacea. En caso de que el legatario estimara que su pretensión no ha sido atendida por el heredero o albacea en los términos de la disposición testamentaria, podrá plantear la controversia, si así lo estima oportuno, ante los tribunales de justicia, únicos que pueden poner fin a aquella, al tratarse de una cuestión jurídico-privada.

k. Legatarios de legítima

Al igual que en el ejercicio anterior, durante el año 2016 se presentaron ante el DCMR algunas reclamaciones que traían causa de la controversia surgida a raíz de la institución por el testador en su testamento de herederos (en ocasiones, herederos únicos y universales) que coexistían, a su vez, con legitimarios a los que se había legado la legítima estricta, solicitando los reclamantes un pronunciamiento en relación con el proceder de las entidades en cuestiones tales como la necesidad de que el legatario de legítima participe y preste su consentimiento en la partición y adjudicación de la herencia, o la negativa de estas a facilitar a los legatarios de legítima determinada información relacionada con las cuentas del causante.

Debemos adelantar que la resolución de estas cuestiones no resulta pacífica, existiendo diferentes corrientes doctrinales que, bajo distintos argumentos, permiten alcanzar una u otra conclusión. Además, habrán de tenerse en cuenta las normas de derecho foral o especial que rigen en algunas comunidades autónomas o territorios de estas en lo relativo a la institución de heredero, puesto que en estas normas, a diferencia de lo que sucede en las de derecho sucesorio común, la institución de heredero en testamento puede ser un requisito de validez de este. A lo anterior, habría que añadir y recordar que el ámbito de competencia del DCMR se centra en determinar si el proceder de las entidades reclamadas en relación con los hechos denunciados se ajusta a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, así como a las buenas prácticas y usos financieros. Por tanto, las controversias planteadas deben resolverse teniendo en cuenta lo anterior y, circunscribiéndonos a dicho ámbito de actuación, excediendo de él la interpretación de las disposiciones legales o testamentarias y la fijación de su alcance, así como la resolución de controversias de naturaleza jurídico-privada, cuyo conocimiento y resolución, en su caso, correspondería a los tribunales de justicia.

En definitiva, en los supuestos planteados el DCMR analizó cada caso atendiendo a las circunstancias concretas, resolviendo en función de ellas y poniendo el énfasis en analizar

si las entidades actuaron de manera arbitraria o carente de justificación, o si, por el contrario, los motivos por ellas invocados encontraban razón de ser en la prudencia que cabe exigirles en cuestiones como las que nos ocupan, en las que han de conjugarse los intereses y derechos de diversos sujetos, los cuales deben ser protegidos por las entidades depositarias de los fondos.

Disponibilidad de los fondos

Por lo que respecta a las reclamaciones relacionadas con la disponibilidad de los fondos de las cuentas de los causantes, habiendo efectuado el testador la partición y coexistiendo en testamento herederos, designados como tales por el testador, con legatarios de legítima, tan solo cabe apuntar, de manera sucinta, que la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notario (DGRN)[42] viene sosteniendo que, atendiendo a la naturaleza de la legítima, no resulta posible inscribir la escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada solamente por el designado en testamento como heredero, considerando necesaria la intervención del legitimario al que se le ha adjudicado por vía de legado su legítima, en orden a preservar la intangibilidad de la legítima.

Sin embargo, algunos autores consideran que la DGRN se plantea esta cuestión solo a efectos registrales —inscripción de inmuebles—, al tiempo que sostienen que habrá de estarse a la partición hecha por el testador, sin que sea necesaria la intervención de los legitimarios, los cuales, en caso de verse perjudicados en su legítima, pueden impugnar la partición o ejercitar las acciones que le confiere la ley para la protección de su legítima.

A la vista de lo anterior y en los términos expuestos, resulta obvio que no corresponde al DCMR dirimir esta cuestión, debiendo someterla los interesados, en última instancia y de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia, únicos que pueden poner fin a la controversia.

En el expediente R-201607088, las reclamantes denunciaban que la entidad había venido permitiendo a su hermano —coheredero junto con ellas, según manifestaban— efectuar operaciones con cargo a las cuentas existentes a nombre de su causante —su madre—, sin contar con el consentimiento de ellas y estando la herencia indivisa.

Por su parte, la entidad reclamada alegaba que la condición de las reclamantes era la de legatarias de legítima, al tiempo que estimaba que la vecindad de la causante era gallega, estando sometida la sucesión al Derecho foral de Galicia, extremo este con el que discrepaban las partes, siendo que el único heredero designado como tal en testamento era el hermano de las reclamantes, no teniendo estas la condición de herederas forzosas, según el Derecho civil gallego, sino de legitimarias, lo que les confería un derecho de crédito personal contra el heredero,

Examinado por el DCMR el testamento abierto otorgado por la causante, esta manifestaba ser vecina de Pontevedra, y legaba a sus hijas —reclamantes— la legítima que por ley le correspondiera, al tiempo que instituía heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su hijo.

Pues bien, en cuanto a la vecindad civil que ostentaba la causante y que resultaba importante en orden a determinar si la sucesión se regía por el Derecho civil común o por el especial o foral (en este caso, el Derecho foral gallego —Ley 2/2006, de 14 de

42 Resoluciones de la DGRN de 13 de junio de 2013 y 13 de febrero de 2015.

junio, de Derecho civil de Galicia—, resultando supletorio el Código Civil), el DCMR indicó que, dado que no existen en Galicia especialidades sobre la institución de heredero, debía recurrirse, con carácter supletorio, al Derecho común, siendo que en este no es requisito especial del testamento para su validez la institución de heredero, suponiendo la existencia de legítimas que el testador ha de reservar la cuota reservada a los legitimarios, no que la forma de la institución deba seguir unas pautas determinadas en la ley.

No obstante, el DCMR dejó constancia en el expediente de que sí existía especialidad en el Derecho foral gallego respecto a las legítimas, en particular sobre su cuantía, si bien no era el asunto que se había de tratar.

Así, el DCMR, conforme a la normativa expuesta y a las designaciones testamentarias, y salvo superior criterio de los tribunales de justicia, estimó que las reclamantes ostentaban la cualidad de legitimarias de la causante —su madre—, habiéndole legado esta la legítima que por ley les correspondiera, sin que en ninguna otra cláusula o mención del testamento se les otorgase la condición de herederas, habiendo designado la causante en testamento como heredero a su hijo, por lo que el proceder de la entidad reclamada se estimó que no había quebrantado lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni las buenas prácticas bancarias, al haber permitido al único heredero efectuar disposiciones singulares con cargo a los fondos depositados en la entidad, que constituía el objeto de la reclamación.

Información

En cuanto a las reclamaciones derivadas de la información que se ha de facilitar a los legatarios de legítima, dado que en las normas de derecho sucesorio común —lógicamente, cuando resultan aplicables al caso— la institución de heredero no es requisito especial del testamento y, por tanto, su validez no depende de que contenga institución de heredero propiamente dicha, y que la existencia del régimen de legítimas supone que el testador no puede disponer de la cuota reservada a los legitimarios, de ello se deriva que, existiendo legitimarios, siempre y cuando el testador respete la correspondiente legítima, este puede ejercitar su libre voluntad testamentaria en relación con la institución de heredero, de forma tal que pueden ser designados a título de herederos o de legatarios.

Establecida esta diferencia por el testador —heredero o legatario de legítima—, como forma de expresión de su voluntad testamentaria, el DCMR ha venido sosteniendo, a salvo de la mejor opinión de los tribunales de justicia, que el deber de información de la entidad incumbe a los herederos[43], a los que podría acudir el legitimario que ha sido designado como legatario en el testamento; ello, claro está, con independencia de apreciar el innegable interés que tiene para los legitimarios el conocer el valor a que asciende el patrimonio hereditario.

No obstante lo anterior, el DCMR considera que no constituye una mala práctica bancaria el que las entidades faciliten a los legitimarios, legatarios de legítima, a su solicitud, un certificado con las posiciones del causante, a la fecha del óbito, en la medida en que dicho certificado resulta necesario para el cumplimiento de una obligación legal como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

43 Véase el apartado 3.2.6, letra b, «Información a herederos».

En el R-201611520, el reclamante denunciaba que, en su condición de heredero, la entidad no le había facilitado información sobre los movimientos habidos en la cuenta de su causante cinco años antes de la fecha del óbito, ni tampoco el certificado de posiciones. Por su parte, la entidad reclamada manifestaba haber facilitado ya a los herederos el certificado de posiciones y no tener inconveniente alguno en atender la petición del reclamante relativo a aquel, señalando, no obstante, que no había lugar a entregar la información relativa a los movimientos comprensivos de cinco años antes a la fecha de fallecimiento de la titular.

El DCMR, conforme a la normativa y a las designaciones testamentarias, estimó, salvo superior criterio al respecto de los tribunales de justicia, que el reclamante ostentaba la cualidad de legitimario de su causante —su abuela—, habiéndole legado esta en el testamento la legítima estricta, sin que en ninguna otra cláusula o mención del testamento se le otorgase la condición de heredero, instituyendo la testadora como herederas, por partes iguales, a sus dos hijas.

No existiendo, pues, acreditación de la condición de heredero del reclamante, sino de legatario de legítima estricta, el DCMR entendió que no cabía censurar la actuación de la entidad, que en definitiva no hacía sino cumplir con el deber de guardar reserva de las informaciones de su cliente impuesto en el artículo 83 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Asimismo, el DCMR indicó que, si bien es cierto el innegable interés de los legitimarios a conocer el valor a que asciende el patrimonio hereditario, no es menos cierto que dicha información y reclamación, en su caso, de cuanto les corresponda, puede efectuarse por el legitimario, designado a título de legatario, directamente a los herederos y, en su caso, a través de la autoridad judicial, la cual valorará la procedencia o no de una solicitud de esta naturaleza, atendiendo, igualmente, al período al que se refiere la información —cinco años—, resolviendo en consecuencia.

En definitiva, el deber de información incumbe a los herederos instituidos como tales en testamento, a los que podrá acudir el legitimario que ha sido designado en testamento a título de legatario de legítima estricta.

En cuanto a la solicitud de un certificado de posiciones de su causante, a fecha de fallecimiento, este DCMR señaló que no resultaría contrario a las buenas prácticas bancarias el que la entidad facilitara dicho certificado de posiciones a los legitimarios, legatarios de legítima, a su solicitud, señalando la entidad reclamada que, a solicitud del reclamante, procedería a facilitárselo el mismo, por lo que su proceder no se estimó contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco a las buenas prácticas bancarias.

3.3 Servicios de pago

Los servicios de pago que se presten en territorio español, cualesquiera que sean el origen o el destino final de las operaciones y la moneda en la que se efectúe el pago, se encuentran regulados en la LSP, que entró en vigor el 4 de diciembre de 2009. Por su parte, la OSP, que entró en vigor el 8 de julio de 2010, regula los requisitos de transparencia exigibles en la prestación de servicios de pago relativos a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos marco.

3.3.1 INTRODUCCIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE

El objetivo general de la LSP es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE se efectúen con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos, así como facilitar la operativa de los instrumentos de pago de la Zona Única de Pagos en Euros (SEPA[44], por el acrónimo en inglés de *Single Euro Payments Area),* siendo esta el área en la que ciudadanos, empresas y otros agentes económicos pueden efectuar y recibir pagos en euros en Europa, dentro y fuera de las fronteras nacionales, en las mismas condiciones y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en el que se encuentren.

Así, en las operaciones de pago reguladas por la ley:

- No hay distinción de tratamiento entre pagos nacionales y transfronterizos en el espacio de la UE.

- Se tramitan, como regla general, de acuerdo con el identificador único del destinatario que se facilite, no estando obligadas las entidades a comprobar otros datos, como el nombre del beneficiario. Así, el cliente ordenante de una operación de pago debe verificar que el identificador único que facilite a su proveedor de servicios de pago sea correcto. Tampoco deben los proveedores de servicios de pago, en caso de que el identificador único resulte incorrecto (porque no exista la cuenta a la que corresponda o haya sido cancelada, por ejemplo), abonar el importe en otra cuenta porque exista identidad de titulares o por otro motivo, sin haber recibido instrucciones del ordenante en ese sentido.

- Los gastos serán compartidos, como regla general, lo que significa que el ordenante abona a su entidad los gastos que aplique a la operación de pago y el beneficiario abona a la suya los que esta le repercuta.

- La fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario coincidirá con la fecha en la que la entidad de crédito de este reciba los fondos de la entidad de crédito del ordenante.

a. Sistemas de pago

Los sistemas de pago son procedimientos en los que participan las entidades financieras, cuyo objeto es asegurar el intercambio, la compensación, la liquidación y el registro de cualquier transacción monetaria o financiera de una economía.

En los pagos que no se realizan en efectivo, sino por sistemas electrónicos, en ocasiones se da la circunstancia de que el deudor u ordenante tiene cuenta en la misma entidad —o en entidades del mismo grupo— que el acreedor o beneficiario. En estos casos, se opera lo que se denomina «compensación interna» o «intracompensación». Estas transacciones no son liquidadas a través de procedimientos interbancarios, sino en los propios libros de la entidad o del grupo. Esto ocurre en un elevado número de transacciones.

Sin embargo, si acreedor y deudor no disponen de cuenta en el mismo proveedor de servicios de pago, entra en juego el sistema de pagos interbancarios. El sistema español de pagos interbancarios está estructurado en torno a dos sistemas: TARGET2-Banco de Espa-

44 La zona SEPA está integrada por los miembros del Espacio Económico Europeo (los 28 Estados de la Unión Europea más Liechtenstein, Islandia y Noruega), San Marino, Suiza y Mónaco. Para más información, puede consultarse el siguiente enlace: http://www.sepaesp.es.

ña, para el procesamiento de grandes pagos, y el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), para los pagos de pequeño importe.

Dada la problemática que se aborda en la presente Memoria, y el ámbito subjetivo de protección de las normas de transparencia y protección a la clientela, en pocas ocasiones las operaciones planteadas ante el Departamento se compensan y liquidan a través del sistema de TARGET2-Banco de España, toda vez que, como decimos, se trata de un sistema de liquidación bruta (sin compensación previa) y en tiempo real, destinado a procesar grandes pagos. No obstante, TARGET2 puede desempeñar —y, de hecho, desempeña— un papel complementario como canal de liquidación de transferencias de poco valor y carácter urgente (transferencias urgentes vía Banco de España).

El SNCE está gestionado por Iberpay, una empresa privada propiedad de las entidades de crédito participantes. A través de este sistema se procesan o compensan operaciones realizadas con instrumentos de pago al por menor: transferencias, cheques, domiciliaciones, efectos y otras operaciones diversas. La liquidación de estas operaciones se realiza en las cuentas de los participantes en TARGET2-Banco de España.

En las tarjetas de crédito, sin embargo, los flujos son compensados por los propios esquemas de tarjetas y liquidados en TARGET2-Banco de España.

Los servicios de pago más usuales, a los que vamos a hacer referencia en esta Memoria, son el pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar (bien sea a través de una cuenta de pago, bien a través de una cuenta de crédito), las transferencias, los adeudos domiciliados y los que permiten la retirada o ingreso de efectivo en una cuenta de pago.

3.3.2 ASPECTOS COMUNES

a. Condiciones contractuales

Conforme a lo previsto en la disposición transitoria tercera de la LSP, las entidades tenían la obligación de adaptar sus contratos a lo previsto en ella, tanto los posteriores a su entrada en vigor como los anteriores a esta (todos tenían que estar ya adaptados desde el 4 de junio de 2011).

El artículo 12 establece las obligaciones de información en el momento de celebrar contratos de servicios de pago, entre las que se incluyen las relativas a la prestación del consentimiento en el funcionamiento de dichos servicios (ejecución de operaciones, plazos, gastos y tipos de interés y de cambio, seguridad y responsabilidad por su utilización...).

Sin perjuicio del contenido de los contratos exigido en la normativa de transparencia de servicios de pago, el DCMR, en aplicación de las normas generales sobre contratos, viene manteniendo los siguientes criterios sobre la cuestión:

Transparencia, integridad

Las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en los contratos sea clara y transparente, legible y comprensible para sus clientes, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación.

Oscuridad de las cláusulas

En caso de existir discrepancias entre las partes respecto del alcance de los acuerdos alcanzados, las entidades deberían tratar de llegar a un acuerdo con sus clientes que resultara favorable para ambas partes y permitiera llevar a buen término la relación contractual, ya que, al margen de que la interpretación definitiva de los contratos, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, correspondería

realizarla, en exclusiva, a los tribunales de justicia, el DCMR considera que no resulta acorde con las buenas prácticas bancarias que las entidades realicen una interpretación unilateral del contrato, la más favorable a sus intereses y, por tanto, en detrimento de los de sus clientes.

b. Información y documentación contractual

Con carácter general, las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, han de facilitar a estos una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En este sentido, ha sido opinión reiterada del DCMR que la transparencia y la claridad deben ser los principios básicos que regulen la relación de las entidades con sus clientes, de modo que estos puedan conocer, en todo momento, la situación de sus posiciones, la razón de los registros anotados en sus cuentas, así como los motivos de su actuación hacia ellos (autorizaciones, denegaciones, modificaciones, etc.).

Así, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), estos tienen derecho a seleccionar la entidad con la que se unirán financieramente durante un plazo de tiempo. Por ello, es esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos, de modo que esta decisión mutua de contratación vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproca, facilitando la comparación de las ofertas de las distintas entidades y, por ende, estimulando la competencia.

Además, de acuerdo con los criterios mantenidos por el DCMR, las entidades deben atender las solicitudes concretas de información que les sean formuladas por sus clientes (incluso aunque hubieran dejado de ser clientes de la entidad), con objeto de que aquellos aclaren los extremos que estimen oportuno, posibilitándoles su comprobación y verificación, si bien, en estos casos, y dado que ha de suponerse que la entidad ha cumplido con sus obligaciones informativas y con la periodicidad establecida, esta podría repercutir a su cliente, informándole previamente, el coste que por la prestación de dicho servicio adicional tuviera establecido.

Operaciones de pago singulares

Según la OSP, en las operaciones de pago singulares —aquellas no cubiertas por un contrato marco— se debe facilitar información:

i) con carácter previo a la ejecución de la operación —artículo 7 —;

ii) en el momento de la ejecución —artículo 8—;

iii) con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —artículo 9—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —artículo 10—.

Operaciones amparadas en un contrato marco

Y en las operaciones de pago sujetas a un contrato marco —artículos 11 a 16—, el proveedor de servicios de pago deberá facilitar:

i) información general al usuario con carácter previo a la celebración del contrato marco —artículo 11—;

ii) información con carácter previo a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco —artículo 14—;

iii) información tras la ejecución de la operación sujeta al contrato marco al ordenante y al beneficiario –artículos 15 y 16—.

La entrega al cliente del contrato que suscribe con la entidad, además de resultar exigible por la necesaria claridad, transparencia y justo equilibrio que debe presidir la relación entre las partes, es una obligación legal impuesta a la entidad por la normativa de transparencia vigente, según se indica en el artículo 7 de la OTP y en la norma novena de la Circular del Banco de España 5/2012.

Conservación de documentos

La entidad está obligada a conservar copia del contrato firmada por el cliente. Véase a este respecto lo dispuesto en el apartado 3.2.3 («Depósitos a la vista»), punto b («Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia»), en relación con la obligación de entrega del documento contractual y de conservación de documentos. Por otra parte, hay que recordar que el artículo 13 de la OTP establece que el usuario de servicio de pago tendrá derecho a recibir, en cualquier momento de la relación contractual, las condiciones contractuales del contrato marco.

c. Modificación de las condiciones del contrato marco

Tras la entrada en vigor de la LSP, la modificación de las condiciones del contrato marco ha de ser propuesta por el proveedor de servicios de pago de forma individualizada y en papel o soporte duradero, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación.

La modificación será de aplicación inmediata cuando esta resulte inequívocamente más favorable para el usuario, así como cuando se trate de modificaciones de tipos de interés o de cambio, que podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre y cuando así se hubiera pactado en el contrato marco y las variaciones se basen en tipos de interés o de cambio de referencia acordados.

d. Resolución del contrato

El contrato marco debería recoger información relativa al derecho del usuario a rescindir el contrato y cualesquiera acuerdos relativos a la rescisión. Así:

– las entidades únicamente podrán resolver el contrato marco, si este fuera de duración indefinida, avisando al usuario del servicio de pago con una antelación mínima de dos meses (en el caso de contratos de duración definida, la resolución del contrato marco solo se produciría a su vencimiento, no pudiendo admitirse una resolución por voluntad unilateral de una de las partes, fuera de los casos contractualmente previstos);

– si la resolución del contrato marco se llevara a cabo a instancias del usuario del servicio de pago, este podrá resolverlo en cualquier momento, salvo que las partes hubieran convenido un plazo de preaviso, que no podrá exceder de un mes. De cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago, el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada, y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

e. Comisiones y gastos

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Pasivo; en concreto, el apartado 3.2.2 («Aspectos comunes»), punto b («Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España»), que recoge la regulación general sobre comisiones y gastos repercutibles aplicables por las entidades de crédito en sus operaciones bancarias.

Por otra parte, resulta de aplicación la normativa específica de servicios de pago —LSP y OSP—, que regula la información que se ha de suministrar a los usuarios de servicios de pago, incluyendo la relativa a las condiciones de la operación y a los gastos aplicables.

Así pues, con carácter general, la normativa prevé una doble garantía para el usuario:

- le deberá ser suministrada, de forma individualizada, información previa y posterior a la operación —incluyendo la relativa a los gastos que deberá abonar al proveedor de servicios de pago, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes—, y

- deberá poder contar con la información genérica, que habrá de estar disponible en todos y cada uno de los establecimientos desde los que pudiera iniciarse la operación de pago.

3.3.3 TARJETAS

Con carácter previo a desarrollar cuestiones específicas del apartado relativo a tarjetas, y por lo que se refiere a comisiones y gastos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 3.3.2 («Aspectos comunes»), punto e («Comisiones y gastos»).

a. Gastos y comisiones

Emisión, renovación y mantenimiento

Entre los servicios retribuibles relacionados con las tarjetas que emiten las entidades, los más habituales hacen referencia a su emisión, renovación y mantenimiento, quedando condicionado el cobro de la respectiva comisión a que esta venga recogida expresamente en el propio contrato.

Por otra parte, si el titular renunciase a mantener su tarjeta, al rescindir el contrato el usuario solo abonará la parte proporcional devengada y, en caso de que hubiera pagado el gasto por anticipado, se le reembolsará la parte proporcional.

Las entidades deben estar en condiciones de acreditar ante el DCMR el haber adaptado los contratos de tarjeta de crédito o de débito a los preceptos de la LSP dentro del plazo conferido al efecto —es decir, con anterioridad al 5 de junio de 2011—, así como el haber informado a su cliente de los gastos y comisiones que se derivarían por la emisión, renovación y mantenimiento de las tarjetas, o de su posterior modificación; de lo contrario, el DCMR puede estimar que su proceder resulta contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros.

Reclamación de posiciones deudoras

Véase a este respecto lo dispuesto en el apartado sobre comisión de reclamación de posiciones deudoras.

Comisión por devolución de recibo

En los contratos de emisión de tarjetas de pago con crédito asociado se suele incluir una cláusula por la que la entidad pacta la posibilidad de cobrar una comisión por la devolución del recibo. Corresponde determinar en esos casos si nos hallamos ante una comisión por reclamación de posiciones deudoras o ante una comisión de recibo impagado, pues

los criterios del DCMR son diferentes en relación con las comisiones derivadas de cada uno de los conceptos mencionados.

Nuestro criterio con respecto a esta cuestión es que, para poder considerar que se trata del cobro de una comisión por este concepto (y no considerar, por tanto, que se trata, en realidad, de la comisión por reclamación de posiciones deudoras o impagadas), además de venir así definida en el contrato, se debe producir la devolución de un recibo domiciliado en una cuenta que pueda suponer un gasto para la entidad reclamada (es decir, en una cuenta abierta en entidad distinta de la entidad emisora de la tarjeta y que no sea de su mismo grupo).

Límites de utilización y disposición de capital de la tarjeta de crédito

Los contratos de emisión de tarjeta recogen características propias de su doble naturaleza: por un lado, como instrumento de pago y, por otro, como instrumento de crédito en virtud del cual la entidad emisora concede financiación al titular con un determinado límite para financiar las operaciones autorizadas con la tarjeta. En función de esta doble naturaleza de las tarjetas de crédito, pueden establecerse límites a su uso como instrumento de pago y límites a la disposición de efectivo, a crédito, o del saldo de la cuenta vinculada.

En ambos casos, la entidad emisora debe tener muy presentes los principios de claridad y transparencia con respecto a la información que debe facilitar al cliente titular del instrumento de pago.

Con carácter general y salvo cualquier otra disposición en el contrato, el límite natural en una tarjeta de débito es el saldo en cuenta y, en una de crédito, el crédito disponible.

Todas las modificaciones contractuales que se pretendan realizar sobre una tarjeta, en cuanto instrumento de pago, deben realizarse siguiendo el procedimiento establecido en la normativa de servicios de pago: LSP (artículos 20 y 22) y OSP (artículos 11.1, 12.2 y 6, y 17) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, como normativa que regula la transparencia de los servicios bancarios. En las tarjetas de crédito, además de la normativa aludida, resulta aplicable la LCCC[45], en tanto la tarjeta va a servir como forma de disposición de un crédito.

El cambio en las circunstancias que determinaron la fijación de los límites al crédito disponible mediante el uso de la tarjeta podría ocasionar una reducción del límite concedido, siempre respetando el procedimiento, plazo y formalidades acordados en la normativa vigente de aplicación (con el preaviso de dos meses, un mes o diez días, según la naturaleza de la modificación).

Comisión por exceso sobre el límite

En los contratos de tarjeta debe establecerse un límite de utilización que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en cuanto a su uso, no solo en los casos de uso fraudulento de la tarjeta, en el que este límite opera como un límite de garantía, sino también en los de utilización de aquella por su legítimo titular.

45 Por lo que se refiere a la línea de crédito asociada a la tarjeta de crédito, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1.4 de la LSP, en virtud del cual dicha ley se entenderá «sin perjuicio de lo previsto en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza», referencia que ha de entenderse hecha a la vigente LCCC, que deroga la Ley 7/1995.

No obstante, no podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, puntualmente, efectuar operaciones por encima del límite, ya que es una decisión que se enmarca dentro de su política de riesgos (sobre la que el DCMR no puede opinar), en cuyo caso la comisión por exceso sobre el límite viene a retribuir la facilidad crediticia que conceden las entidades al permitir a sus clientes que superen el límite de crédito que les fue concedido.

Cuestión distinta sería, en opinión del DCMR, que la entidad llevara a cabo, a partir de un determinado momento, la modificación del límite de utilización de la tarjeta que pactaron ambas partes. Efectivamente, en estos supuestos estaríamos ante una modificación de las condiciones contractuales, la cual debería efectuarse en los términos y con los requisitos que exige la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, anteriormente señalados.

Una vez aclarado lo anterior, y respecto a la comisión por exceso sobre el límite, el DCMR ha venido señalando que, para que pueda adeudarse aquella, además de venir recogida en el contrato, debe haber sido concedida una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en permitir que se supere el límite de crédito inicialmente concedido) como consecuencia de disposiciones efectuadas con la tarjeta. Por lo tanto, esta comisión:

- No puede adeudarse si en el período de que se trate el cliente no ha efectuado disposiciones con tarjeta que excedan el límite de crédito.

- No puede reiterarse como consecuencia de un mismo excedido, aun en el caso de que este se prolongue en sucesivas liquidaciones de la cuenta. Por lo tanto, tampoco podrá cobrarse en aquellos casos en los que, pese a haber consumo, la cantidad reembolsada en el período de liquidación correspondiente es superior al gasto efectuado en él. Esta actuación, lejos de considerarse una nueva disposición o facilidad crediticia otorgada, ha de ser entendida como una disminución del exceso inicialmente utilizado o una mera acumulación de la deuda pendiente de pago.

- No puede adeudarse una vez cancelada la tarjeta, dado que ya no existe límite alguno concedido desde el momento en el que se lleva a cabo la cancelación.

La normativa vigente establece la libertad de las entidades para pactar las comisiones que estimen oportunas. Las únicas limitaciones que, en principio, se establecen es que correspondan a servicios solicitados por sus clientes y respondan a servicios efectivamente prestados. Además, deberán poder estar en condiciones de acreditar el cumplimiento, en relación con las comisiones aplicadas, de la normativa de transparencia de las operaciones vigente en cada momento. En el expediente R-201606306, se consideró que la entidad contra la que se reclamaba, por el cobro de comisiones por compras realizadas por Internet, se había ajustado a las buenas prácticas y usos financieros, puesto que pudo acreditar que dichas comisiones habían sido recogidas en la correspondiente documentación contractual y el cliente reconocía haber solicitado el servicio.

b. Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

La LSP impone al proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago la obligación de «abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago» [artículo 28.b)].

Envío por medios que no aseguran su recepción

Igualmente, el DCMR considera constitutivo de una mala práctica bancaria la remisión por correo ordinario de documentos de trascendencia económica, como lo son las tarjetas y su número secreto, ya que este sistema no garantiza ni permite acreditar la recepción del documento por parte del destinatario, ni que la propia entrega se ha efectuado. Sobre el particular, la LSP ha dispuesto [artículo 28.a)] que la entidad emisora de la tarjeta ha de cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario facultado para utilizar dicho instrumento, al tiempo que señala que será la entidad la que soporte los riesgos que puedan derivarse del envío del instrumento de pago y de sus elementos de seguridad personalizados.

El momento de la recepción de la tarjeta es básico para conocer desde cuándo el titular tiene a su cargo el deber de su custodia, así como el de denuncia en caso de verse desposeído de esta o de tener conocimiento de que un tercero ha tenido acceso a cualquiera de sus elementos de seguridad. De esta manera, el DCMR considera que las entidades no podrían hacer recaer responsabilidad alguna sobre sus clientes por operaciones que afirman no haber autorizado, si no pueden acreditar el momento en que el titular ha recibido el instrumento de pago, y este afirma no haberlo recibido.

Las entidades, cuando deciden emitir una tarjeta —de acuerdo con la confianza depositada en su cliente—, suelen dar a esta relación un plazo de duración indefinido o temporal con renovaciones tácitas automáticas, lo que implícitamente supone que ambas partes tienen la posibilidad de rescindirla unilateralmente (artículo 85.3 de la LGDCU, Real Decreto Legislativo 1/2007 y otras leyes complementarias).

Comisión por cancelación anticipada

La propia LSP reconoce en su artículo 21, al regular la resolución del contrato marco, la posibilidad tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago de resolver el contrato marco en cualquier momento, salvo que las partes hayan convenido un preaviso, que será, como máximo, de un mes en caso de que la resolución fuera instada por el titular de la tarjeta y de dos meses en caso de que lo fuera por la entidad. Véase a este respecto el epígrafe sobre «Resolución del contrato marco».

Partiendo de la distinción ya expuesta de la doble naturaleza de la tarjeta en cuanto instrumento de pago e instrumento de crédito, ocurrida la resolución del contrato marco de servicios de pago, estaría pendiente la liquidación del crédito dispuesto de la tarjeta.

En este sentido, en los artículos 27.1 y 30 de la LCCC se reconoce el derecho a liquidar, en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas de un contrato de crédito. Véase con respecto a esto también lo expuesto sobre el derecho a reembolso anticipado en el epígrafe 3.1.2.f. de esta Memoria, dedicado a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. El reembolso anticipado puede generar (de haberse pactado así) una comisión a favor del prestamista que no podrá ser superior al 1 % o al 0,5 % del crédito, dependiendo del tiempo que reste hasta la terminación acordada en el contrato desde la fecha del reembolso anticipado. Esta previsión solo podrá aplicarse en el caso de contratos de crédito de duración concreta, porque, en caso de tratarse de contratos de duración indefinida, podría resultar de aplicación la previsión del artículo 27, que prevé la gratuidad de la liquidación del contrato por iniciativa del consumidor con el plazo de preaviso que se hubiese pactado, que no podrá exceder de un mes.

Bloqueo unilateral de tarjeta

En relación con el bloqueo del instrumento de pago (en este caso, la tarjeta), la LSP señala (artículo 26) que la entidad podrá reservarse el derecho a bloquear su utilización, siempre que así se hubiera acordado en el contrato marco, por razones objetivamente justifi-

cadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta de aquel o, en caso de que estuviera asociada a una línea de crédito, si su uso pudiera suponer un aumento significativo del riesgo de que el ordenante pueda ser incapaz de cumplir con su obligación de pago. Asimismo, la ley establece que en estos supuestos, y de ser posible, la entidad deberá comunicar con carácter previo a su cliente el bloqueo; y, si no resultara posible, inmediatamente después[46].

Por otra parte, este DCMR considera una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias que las entidades, al tiempo que bloquean una tarjeta por motivos de seguridad, alerten simultáneamente a sus titulares de las transacciones sospechosas que hubieran identificado y les informen sobre la forma de proceder para poner de manifiesto el fraude y, a partir de ahí, poder iniciar el procedimiento de reclamación de las cantidades dispuestas y la realización de las gestiones pertinentes para obtener los justificantes de las operaciones expedidas por los establecimientos, con el fin de comprobar que dichas disposiciones reúnen los requisitos imprescindibles para ser aceptados, poniéndolos, una vez obtenidos, a disposición de su cliente.

El desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución por uno nuevo procederá en caso de que hayan dejado de existir los motivos que llevaron a su bloqueo. Se llevará a cabo por el propio proveedor de servicios de pago, sin perjuicio del derecho del usuario a solicitarlo. En todo caso, se realizará sin coste para el usuario de servicios de pago.

c. Tarjetas de pago aplazado

Las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan. Los contratos de tarjeta deberán especificar, junto con el resto de condiciones contractuales, la forma de pago contratada —así como el resto de modalidades previstas y, en su caso, forma de modificación—, además del tipo de interés que esta lleve aparejada.

En las tarjetas, existen distintas posibilidades de pago:

- En las tarjetas de débito, el pago se verifica deduciendo el importe mediante cargo en la cuenta vinculada en el momento de la utilización de aquella.

- En las tarjetas de crédito, es frecuente hablar de dos modalidades:

  - las tarjetas de pago o de débito diferido, en las que el saldo derivado de la utilización de la tarjeta se carga —normalmente, a fin de mes— en la cuenta vinculada, sin que se perciban, habitualmente, intereses del titular de la tarjeta por este aplazamiento de pago, y

  - las de crédito con pago aplazado, que suelen devengar intereses día a día, liquidables mensualmente, a favor del banco, al tipo nominal mensual que figure en las condiciones particulares del contrato.

46 Véase la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, artículo 27, número 3, relativo a la resolución del derecho del consumidor a disponer de cantidades de un contrato de crédito de duración indefinida.

En todo caso, es necesario que el cliente sea perfectamente advertido de las condiciones económicas de la utilización de la tarjeta, en especial en las de pago aplazado, para evitar situaciones de consumo irresponsable y sobreendeudamiento.

Tarjetas *revolving.* Lenta amortización de la deuda

Las tarjetas *revolving* son una modalidad de tarjeta de crédito, cuya principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos y otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.).

Las principales diferencias de este tipo de tarjeta con la tarjeta de crédito son:

– el modo de pago: este tipo de tarjetas permite el cobro aplazado mediante cuotas que pueden variar en función del uso que se haga del instrumento de pago y de los abonos que se realicen en la cuenta de crédito asociada, mientras que en las estrictamente de crédito se abonan de una vez las cantidades adeudadas, o bien se establecen cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y amortización de la financiación solicitada, como si de un préstamo se tratara;

– la reconstitución del capital que se debe devolver: las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente (de ahí su nombre *revolving),* por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente. Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses, hecho que se ve agravado por el posible cargo de comisiones por reclamación de cuota impagada o de posiciones deudoras.

El funcionamiento *revolving* consiste en la disposición de un crédito, con un límite determinado (que suele oscilar entre 600 y 6.000 euros, aunque algunas entidades lleguen a permitir u ofrecer hasta 30.000 euros —estos importes se han tomado de la observación de la práctica bancaria general, pero nada impide que las entidades financieras puedan establecer límites inferiores o superiores a los indicados—), cuya amortización se efectúa con las cuotas mensuales abonadas al banco, contando con un tipo de interés generalmente más elevado que el utilizado en otro tipo de préstamos, que se corresponde con el habitualmente más elevado riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

En esta modalidad de tarjeta, su titular puede disponer hasta el límite de crédito concedido a cambio del pago aplazado de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden ser un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija —cuotas periódicas— que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad.

El hecho de que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones (pagos en comercios o Internet, reintegros de cajero) implica que, ante tipos elevados de interés de la cuota de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al im-

porte total de la deuda, la amortización del principal se tenga que realizar en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y largo plazo, y que se calculan sobre el total de la deuda pendiente.

Por ello, en tarjetas de esta tipología, este DCMR considera que una buena práctica financiera consistiría en que, para los casos en los que la amortización del principal se vaya a realizar en un plazo muy largo (y en todo caso cuando la forma de pago elegida por el acreditado fuera el «mínimo»), la entidad financiera facilitara de manera periódica (por ej., mensual o trimestralmente) información a su cliente sobre los siguientes extremos:

i) el plazo de amortización previsto, teniendo en cuenta la deuda generada y pendiente por el uso de la tarjeta y la cuota elegida por el cliente (cuándo terminaría el cliente de pagar la deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota);

ii) escenarios ejemplificativos sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido, y

iii) el importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

La elevación de la cuota mensual, por tanto, haría que se acortara el período de amortización de la deuda, con la consecuente reducción del importe absoluto de intereses que se han de pagar durante la vida de la operación.

Efecto de toda la operativa descrita es que no sea posible emitir un cuadro de amortización previo (como sí ocurre cuando se contrata un préstamo, en el que el importe de las cuotas está previamente determinado), dada la variabilidad de las cuotas mes a mes, según el capital pendiente y las disposiciones efectuadas con la tarjeta.

Por ello, la normativa de transparencia no exige que esta información figure entre la que periódicamente se debe facilitar al titular de la tarjeta, y sí un detalle de las transacciones realizadas —con datos de referencia, fechas de cargo y valoración, tipos aplicados, comisiones y gastos repercutidos...— y el reflejo de la deuda pendiente. No obstante, los extractos que se envían por este motivo, bien por cómo figuran estos datos, bien por la propia complejidad de la forma de liquidación, no suelen resultar sencillos y comprensibles para comprobar la relación existente entre las cantidades dispuestas con la tarjeta, los reintegros a los que ya se ha hecho frente y el importe de la deuda pendiente en cada momento.

En consecuencia, y de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, este DCMR estima que las entidades, cuando el titular de la tarjeta:

– solicite aclaración sobre las cantidades abonadas y el saldo deudor pendiente con este instrumento de pago: deben extremar la diligencia para tratar de facilitar un detalle lo más completo posible de la deuda exigible, donde se puedan verificar la bondad del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos;

– pida conocer cuándo terminará de pagar su deuda: deben facilitar algún medio —y, en todo caso, a través de la atención telefónica personalizada— por el que cada cliente, en un momento determinado, pueda conocer el tiempo estimado que le queda para amortizar una operación, si bien con la clara advertencia de que la estimación que se realizara en ese momento sería para el saldo concreto a una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha. Así, este DCMR considera que es posible, y exigible conforme a las buenas prácticas bancarias, la confección de un cuadro de amortización —en el que se debería advertir al interesado de que sería válido solo si se mantiene el pago mensual por la cuantía pactada y no se llevan a cabo nuevas disposiciones del crédito— que permita al interesado conocer el número de pagos necesarios para cancelar el crédito;

– solicite saber el importe de la deuda pendiente, con la pretensión de cancelarla: deben informarle teniendo en cuenta los posibles recibos o cuotas devengadas pendientes de liquidación, para que pueda conocer su cuantía con total precisión.

Un problema adicional a este tipo de tarjetas surge cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o incluso ni siquiera para mantener el crédito dispuesto dentro del límite inicialmente autorizado. Esto último suele dar lugar a ampliaciones automáticas del límite por disposiciones previstas en el propio contrato. En esos casos, el DCMR considera que las entidades, ante las dudas que este tipo de operaciones pueden generar entre su clientela, deben informar específicamente de dicha ampliación, de la nueva cuota que se debe pagar y de la deuda acumulada hasta el momento, desde el mismo momento en que se produce la modificación de dicho límite, a fin de que el cliente pueda realizar una correcta valoración de su grado de endeudamiento, no considerándose suficiente una mera mención al respecto en el extracto mensual de la tarjeta (adicionalmente, véase «Comisión por exceso de límite»).

Con el fin de facilitar información a los usuarios sobre cómo se amortizará la deuda pendiente de una tarjeta *revolving,* en una determinada fecha y para una cuota mensual, el Banco de España ha puesto a disposición del público un simulador a través de su Portal del Cliente Bancario, al que se puede acceder en internet en la siguiente dirección:

http://app.bde.es/gnt/clientebanca/simulador_vencimiento.jsp#/inicio.

En el expediente 201601019, el reclamante manifestó su disconformidad con el hecho de que la entidad no le hubiera informado de las condiciones contractuales de la tarjeta antes de su suscripción. Este DCMR estimó que la entidad podía haber quebrantado la normativa de transparencia y, en todo caso, las buenas prácticas bancarias al no acreditar haber facilitado información previa a la celebración del contrato de tarjeta de conformidad con la OSP. Asimismo, en tanto el contrato de tarjeta *revolving* instrumenta un crédito al consumo, la entidad debió haber hecho entrega de la INE en los términos expuestos en el artículo 10 de la LCCC. Por otro lado, se precisó que la mera firma del contrato en el que consta la cláusula de que el cliente puede encontrar en la página web de la entidad la información previa, no acredita en ningún caso su entrega conforme a la normativa.

Traspasos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito

Se trata de un servicio adicional previsto en el contrato, por el que se concede a los titulares de tarjeta, usualmente vía telefónica, una facilidad crediticia, retribuida en las mis-

mas condiciones pactadas de tipo de interés que para las disposiciones con cargo a la tarjeta.

Los criterios de buenas prácticas bancarias aplicables a este tipo de operaciones exigen que las entidades puedan acreditar el pleno conocimiento por parte de su cliente de las condiciones de contratación, bien en la solicitud, o bien en la autorización para la utilización de este servicio.

Por ello, este DCMR considera una mala práctica bancaria que, cuando se informe de las condiciones aplicables, se haga tal énfasis en el coste de la propia transferencia —normalmente, gratuita— que los titulares de las tarjetas puedan confundir este coste con el del propio crédito.

Lo exigible a las entidades en estos casos es que, de una forma clara y precisa, indiquen que la gratuidad afecta exclusivamente a la transferencia, pero no al importe transferido, que habría de ser retribuido con arreglo a las condiciones estipuladas para la línea de crédito concedida a su tarjeta y a cuyo cargo se efectuaría el traspaso de fondos; de forma tal, que no se planteen dudas de que los titulares conozcan y comprendan los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, puedan prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

Incremento unilateral de tipos de interés

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge la LSP (artículo 22), nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado 3.3.2.c, «Modificación de las condiciones del contrato marco».

Cuando la modificación del contrato marco se refiera al tipo de interés, una vez dicha modificación entra en vigor, el nuevo tipo de interés se aplicará a las liquidaciones que se practiquen a partir de entonces y que serán comprensivas de las disposiciones realizadas a partir tanto de la modificación como de la deuda viva vigente a ese momento.

Ahora bien, si conforme al artículo 22 de la LSP el usuario de servicios de pago hubiera optado por la resolución del contrato al no aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés —tanto a la deuda viva como a las nuevas disposiciones—, la deuda viva se amortizaría conforme las condiciones vigentes hasta ese momento (incluido el tipo de interés), lo cual no ha de confundirse con el vencimiento anticipado de la deuda vigente o con que el usuario del servicio de pago hubiera optado por su reembolso anticipado.

Por lo que se refiere al tipo de interés aplicado a la deuda derivada del uso de este tipo de tarjetas, procede hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo n.º 628/2015, de fecha 25.11.2015, en la que se establece, en relación con el tipo de interés remuneratorio de una tarjeta de crédito *revolving* fijado en el 24,6 % TAE, que la operación de crédito litigiosa debe considerarse usuraria, pues concurren los dos requisitos legales a que hace referencia el primer inciso del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, es decir, estipula un tipo de interés:

- notablemente superior al normal del dinero, y

- manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

Se advierte, sin embargo, de que el DCMR carece de competencia para entrar a valorar si el tipo de interés fijado en los contratos de tarjeta *revolving* a la luz de la sentencia es

usurario, pues tal competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Administración de Justicia.

d. Terminales de punto de venta

En los contratos de afiliación a los sistemas de tarjeta, suscritos entre un comercio y una entidad gestora de un terminal de punto de venta (TPV), suele recogerse no solo que las entidades únicamente vendrán obligadas a liquidar el importe de las facturas de venta y notas de abono, si los comercios afiliados cumplen fielmente lo acordado, comprobando básicamente que figura la firma del titular de la tarjeta en la factura de venta y que esta firma es la misma que la estampada en la tarjeta, si es el caso (tratándose de una tarjeta con chip EMV, dicho requerimiento no resulta necesario, ya que la mayoría de implementaciones de tarjetas y terminales de EMV confirman la identidad del propietario de la tarjeta solicitando el tecleo de un NIP o número de identificación personal, también conocido por las siglas en inglés PIN, *personal identification number),* sino también cuál es la responsabilidad o el riesgo que asumen los comercios por admitir tarjetas como medio de pago (lo que suele concretarse en un deber de reponer el importe de la venta si la entidad emisora de la tarjeta con la que se produjo el pago devuelve la transacción inicial por cualquier causa), de donde se deduce que:

- La entidad emisora de la tarjeta actúa como mera intermediaria entre el titular del plástico y la entidad del comercio, debiendo limitarse a cumplir diligentemente las instrucciones de su cliente y a obtener la documentación necesaria para cerciorarse de que el adeudo discutido estaba originado en una relación que vinculaba a la propia entidad, en lo que concierne a la aceptación del cargo discutido.

- La entidad del comercio (que actúa como gestora del cobro de las operaciones registradas a través de un TPV) adeudará en la cuenta de aquel el importe de las que resultaron rechazadas por el titular o por el propio sistema, ya que se limita a seguir las instrucciones de la sociedad gestora de este.

- Cualquier discrepancia en relación con la calidad de los productos adquiridos con la tarjeta deberá resolverse entre el comprador y el establecimiento comercial.

Así, la aceptación de tarjetas y su consiguiente liquidación se regulan en las condiciones generales del contrato suscrito por las partes, que constituye ley *inter partes* de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil; en este caso, el contrato de afiliación del establecimiento a los sistemas de tarjetas. Por tanto, este DCMR entiende que, una vez que las entidades han cumplido las obligaciones que como intermediarias en la operación tienen, el que estas lleven a cabo la retrocesión de las operaciones que se cuestionen por los titulares de las tarjetas no puede estimarse contrario a las buenas prácticas y usos financieros, siempre que dicha retrocesión venga justificada por las órdenes de devolución de las compras iniciadas por los legítimos titulares de las tarjetas que no reconocen la autoría de las transacciones, y siempre que no sea aportada documentación que permita suponer que las operaciones fueron autorizadas por los titulares de dichas tarjetas.

En el expediente R-201613443, si bien se recordó que no puede estimarse contraria a las buenas prácticas la retrocesión de las operaciones que se cuestionen por los titulares de las tarjetas, se apreció una mala práctica en la actuación de la entidad, al no haber acreditado que el titular de la tarjeta hubiese solicitado la retrocesión, no haber

explicado la causa de dicha solicitud, en su caso, y no haber manifestado la existencia de gestión alguna ante el sistema de tarjetas en defensa de los intereses de su propio cliente.

«Contactless»

Cada vez con mayor habitualidad, los establecimientos comerciales disponen de TPV con lectores «contactless», de forma que se pueden autorizar los pagos sin necesidad de introducir la tarjeta en el datáfono, sino simplemente acercando la tarjeta al aparato y, en caso de que se trate de operaciones por importe superior a 20 euros, introduciendo el NIP. Estas nuevas tecnologías introducidas por las entidades en sus instrumentos de pago y que están destinadas a agilizar y facilitar los procesos de autorización de los pagos han despertado en ocasiones recelos en los titulares de la tarjetas, que han solicitado a sus entidades continuar utilizando los instrumentos de pago sin la incorporación de esas nuevas utilidades.

Con respecto a esto, el DCMR debe indicar que no existe imperativo legal alguno que establezca una obligación por parte de las entidades financieras de ofrecer los productos bancarios con las condiciones que los clientes requieran, pues se trata de una cuestión que recae sobre aspectos incluidos por su naturaleza en la política comercial y de funcionamiento operativo de la entidad en la que el DCMR no debe inmiscuirse.

En el expediente R-201607341, se consideró que la actuación de la entidad no se había ajustado a la normativa de transparencia, puesto que, de la redacción del documento contractual que recogía las condiciones de uso de la tarjeta, se podía estimar que la introducción de la nueva funcionalidad podía suponer una modificación de dichas condiciones y la entidad emisora del instrumento de pago no había acreditado haber comunicado dicha modificación con la antelación y en la forma previstas en la normativa de transparencia. Este DCMR considera que, en aquellos casos en los que se introduzcan nuevas funcionalidades en un instrumento de pago que no supongan claramente un beneficio para los usuarios, y supongan una modificación de las condiciones pactadas en el contrato marco, la entidad debe ajustar su actuación, en cuanto a la forma de notificar dicha modificación, a lo previsto en la normativa vigente.

e. Uso fraudulento

La LSP regula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago y delimita, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de las operaciones de pago no autorizadas, fijando las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones

Entre las peculiaridades de la ley, cabe destacar:

- Es aplicable a «cualquier mecanismo personalizado [...] utilizado (por el usuario del servicio de pago) para iniciar una orden de pago». Es decir, resulta igualmente aplicable a las libretas de ahorro y a otros instrumentos de pago, además de a las tarjetas de pago.

- La fijación de un plazo máximo general para comunicar a la entidad que se ha producido una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, estableciéndose este en 13 meses desde la fecha de adeudo o abono.

- El límite de responsabilidad se aplicará, ente otros supuestos, cuando el instrumento de pago hubiera sido sustraído, no necesariamente robado, por lo que no se requiere que en la pérdida de la posesión haya intervenido violencia o intimidación.

– No se aplicará el régimen de responsabilidad previsto al dinero electrónico si la entidad emisora no tuviera capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago.

– Cuando el usuario no sea un consumidor, las partes pueden convenir que no resulten de aplicación determinados preceptos.

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

Cuando un usuario de servicios de pago —por ejemplo, el titular de una tarjeta— tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarlo a la entidad, sin tardanza injustificada.

Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono, si bien, en caso de que el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior (artículo 29 de la LSP).

Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

Corresponde a la entidad demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o por cualquier otra anomalía (artículo 30 de la LSP). No obstante, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante —titular de la tarjeta— ni que este actuó de manera fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben como usuario del servicio de pago, a saber: i) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización; ii) tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto, y iii) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas a la entidad, en cuanto tenga conocimiento de ello, debiendo la entidad adoptar las medidas necesarias para evitar, desde que se produce dicha comunicación, la utilización ilegítima del instrumento de pago por terceros no autorizados, debiendo contar esta con medios adecuados y gratuitos a fin de posibilitar, en todo momento, que el titular efectúe la comunicación de la operación de pago cuya autoría no reconoce.

La acreditación de las operaciones variará dependiendo del uso dado a la tarjeta, siendo los más habituales los de reintegros en efectivo y los de pago en comercios. En el primero de los casos, la entidad deberá acreditar mediante sus propios registros internos y/o los del cajero en los que se llevó a cabo la operación que esta fue correctamente registrada y que no se vio afectada por ninguna deficiencia. En el segundo de los casos, esto es, cuando la tarjeta se usa como medio de pago en un comercio, cabe exigir a la entidad emisora de la tarjeta que actúa como intermediaria en el pago lo siguiente:

– Que presente la documentación justificativa de cada operación (la boleta de la operación debidamente firmada, o bien autenticada mediante el tecleo del NIP), ya que, de otro modo, se invertiría la carga de la prueba, de tal forma que el cliente, que no ha creado el sistema, estaría obligado a demostrar que no ha realizado las compras cuestionadas, lo que, obviamente, es inadmisible.

– Que realice una gestión diligente y puntual de la reclamación efectuada por su cliente ante la sociedad propietaria del sistema, para conseguir, en su caso, la devolución de los importes adeudados en cuenta si estos no hubieran sido procedentes de acuerdo con las condiciones en que se realizara la contratación.

En cuanto a la valoración de la autenticidad de las firmas contenidas en los resguardos de compras, si bien la firma contenida en las boletas constituye, en su caso, un límite a la responsabilidad del titular de la tarjeta, no corresponde al DCMR efectuar dicha valoración, pues únicamente los tribunales de justicia, a través de la práctica de los medios de prueba que estimen necesarios, pueden determinar la falsedad de la firma contenida en los resguardos, así como pronunciarse acerca de la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en el cumplimiento de sus obligaciones; entre ellos, los establecimientos comerciales. Para demostrar que las operaciones de pago fueron autenticadas, registradas con exactitud y contabilizadas, las entidades financieras aportan con frecuencia copia de sus registros internos en las que se reflejan diferentes datos sobre la ejecución de las distintas operaciones de pago. El DCMR ha venido considerando que, además de la aportación de dichos registros, en caso necesario, deben aportar una explicación de su contenido. Así, en el expediente R-201608322 se consideró que la entidad había quebrantado las buenas prácticas bancarias por cuanto no facilitó explicaciones suficientes relativas a un mensaje que aparecía en las tiras de fondo del cajero en el que se produjo la operación controvertida.

En el expediente R-201609665 también se estimó que la entidad propietaria del cajero se había apartado de las buenas prácticas bancarias al faltar a la colaboración con el DCMR por no aportar explicación de las claves utilizadas en la tira del cajero, lo que impide comprobar que la disposición controvertida hubiese sido autenticada conforme al artículo 30 de la LSP y que no fuera afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

Fraude con datos de tarjetas

Por lo que respecta a la presentación de la documentación justificativa de las operaciones controvertidas, una dificultad añadida aparece cuando la utilización de la tarjeta se produce a distancia, por Internet, utilizando únicamente los datos de aquella en conjunción, en su caso, con otros dispositivos o códigos de seguridad.

Las entidades emisoras de las tarjetas suelen aportar para acreditar la autenticación del titular (no olvidemos que en operaciones a distancia no se puede realizar una identificación presencial del portador de la tarjeta) y la autorización de la operación copia de los registros internos que, a su vez, les facilitan las redes o las entidades globales. Sin embargo, el DCMR considera que las entidades emisoras de las tarjetas deben estar en condiciones de acreditar extremos tales como la forma de autenticación del instrumento y la autorización de la operación, el exacto registro y contabilización de esta o la forma de prestación del consentimiento a las operaciones de pago. En cualquier caso, desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa sobre servicios de pago y de las buenas prácticas con las que se debe proceder con la clientela, resulta imprescindible que la forma de prestar el consentimiento para la realización de las operaciones de pago esté acordada con el cliente y se encuentre debidamente recogida en el contrato, en los términos que señala el artículo 25 de la LSP.

Además, con respecto a esta cuestión resulta oportuno señalar que la Autoridad Bancaria Europea (ABE) publicó el 19.12.2014 unas directrices definitivas sobre la seguridad de los pagos por Internet, que la Comisión Ejecutiva del Banco de España adoptó como propias

en su sesión de 24.3.2015[47]. Estas directrices establecen un conjunto de requisitos mínimos de seguridad en la lucha contra el fraude y su finalidad es aumentar la confianza del consumidor en los servicios de pago por Internet y, así, recomiendan con carácter general —salvo en ciertas excepciones[48]— que los proveedores de servicios de pago, para autorizar las operaciones de pago por Internet o para modificar datos sensibles, usen procedimientos de autenticación fuerte del cliente, que se definen como aquellos basados en el uso de dos o más de los siguientes elementos, clasificados como conocimiento, posesión e inherencia:

i) algo que solo conoce el usuario: por ejemplo, una contraseña, código o número de identificación personal fijos;

ii) algo que solo posee el usuario: por ejemplo, *token,* tarjeta inteligente, teléfono móvil;

iii) algo que caracteriza al propio usuario: por ejemplo, una característica biométrica, como su huella dactilar.

Tales elementos, según la EBA, deben ser independientes entre sí (es decir, la violación de uno no debe comprometer la seguridad de los otros) y al menos uno de ellos no debe ser reutilizable ni reproducible ni debe resultar posible su sustracción, de manera subrepticia, a través de Internet.

Del contenido de dichas directrices, también interesa destacar su punto 5, que establece que los proveedores de servicios de pago deben contar con procesos que garanticen que todas las operaciones, así como el flujo del proceso del mandato electrónico, quedan adecuadamente registrados.

Por lo tanto, resulta esencial que las operaciones de pago autorizadas por Internet queden adecuadamente explicadas, con especial referencia a la forma en que se autenticó el titular y el modo en que se prestó el consentimiento a la operación realizada, también para poder comprobar si la operativa se ajusta a lo establecido en las directrices. Si la entidad emisora de la tarjeta no dispusiera de documentación suficiente, deberá recabarse de los sistemas de tarjetas, redes o plataformas y/o de los establecimientos comerciales intervinientes.

Comercio electrónico seguro

Con frecuencia, las entidades emisoras de tarjetas, ante una reclamación de un titular de tarjeta por la que manifiesta no haber autorizado un pago con los datos de aquella por Internet, se limitan a indicar que se ha realizado mediante «Comercio Electrónico Seguro». Con este sistema se trata de garantizar la seguridad de las transacciones de compras con tarjeta a través de Internet, de forma que, al efectuar la compra, la plataforma redirige al cliente a un sitio seguro, en el que, además de los datos de la tarjeta —número, caducidad, los tres dígitos del reverso—, se debe introducir un código de identificación personal

47 Puede consultarse en: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/934179/EBA-GL-2014-12+ %28Guidelines+on+the+security+of+internet+payments %29.pdf/f27bf266-580a-4ad0-aaec-59ce52286af0 y la versión traducida en http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2014-12.pdf.

48 Pagos de escasa cuantía o a beneficiarios de confianza que el cliente previamente seleccione, pagos a favor de beneficiarios de confianza que estén incluidos en listas blancas que ese cliente haya establecido, operaciones entre dos cuentas del propio cliente dentro de la misma entidad o transferencias dentro de la misma entidad de pago cuando esté justificado por un análisis del riesgo de las operaciones.

(CIP) que solo el titular de la tarjeta debe conocer. Los datos de la tarjeta irán encriptados, de forma que el establecimiento comercial no llega a conocer esos datos.

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas

En estos supuestos, y con independencia de la obligación de la entidad de demostrar que la operación de pago controvertida fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico, corresponde a esta, en tanto proveedor de servicios de pago del ordenante, devolver a este de inmediato el importe de la operación de pago no autorizada, restableciendo la cuenta de pago al estado que habría tenido de no haberse producido la operación de pago no autorizada, en su caso (artículo 31 de la LSP); ello, claro está, con independencia del derecho que asiste a la entidad a efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

Dentro del apartado de uso fraudulento de tarjetas que ahora analizamos, y más concretamente de la responsabilidad del proveedor del servicio de pago por operaciones de pago no autorizadas, que se regula en el artículo 31 de la LSP, cabe incluir, a juicio del DCMR, y con independencia de la mejor opinión de los tribunales de justicia, las operaciones de pago no autorizadas que se hubieran efectuado con tarjeta en las que su titular no ha perdido la posesión de aquella, esto es, los casos en los que se ha llevado a cabo una copia de la tarjeta, o bien la realización de operaciones de pago no autorizadas realizadas a través de Internet, tales como compras, transferencias, etc.

Efectivamente, el DCMR viene entendiendo que, en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta derivada de una copia del instrumento de pago, sería de aplicación el artículo 31 de la LSP, en tanto que se trata de una operación de pago no autorizada, debiendo en estos casos la entidad, a juicio del DCMR, llevar a cabo la devolución del importe íntegro de la operación de pago no autorizada, siempre y cuando el titular de la tarjeta no hubiera incumplido deliberadamente o por negligencia grave las obligaciones que incumben a este y a las que hemos hecho referencia con anterioridad, y la entidad así pueda acreditarlo, valorando el DCMR de manera individualizada las circunstancias que concurren en cada caso.

En el expediente R-201609130 se excepcionó la aplicación de lo previsto en el artículo 31 de la LSP, puesto que, aunque la entidad no tramitó el retroceso del importe reclamado se entendió que ello se hallaba justificado por la rápida verificación del buen fin de la operación.

Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído

Cuando la entidad tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada derivada de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, deberá demostrar que la operación de pago controvertida fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico. En estos casos, se establece que el ordenante tan solo soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de la utilización del instrumento de pago extraviado o sustraído (artículo 32 de la LSP), salvo que la operación de pago no autorizada fuera fruto de una actuación fraudulenta del ordenante o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de sus obligaciones, en cuyo caso el ordenante soportará el total de las pérdidas derivadas de las operaciones de pago no autorizadas.

Por otra parte, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna derivada del uso fraudulento de la tarjeta extraviada o sustraída con posterioridad a la notificación a la entidad del extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago.

En cuanto a la enervación por parte de las entidades del límite de responsabilidad descrito, es criterio reiterado de este DCMR considerar que en última instancia habrán de ser los tribunales de justicia, y no las entidades de crédito como parte interesada, los que deberán valorar y determinar, en su caso, la existencia de una conducta fraudulenta o el incumplimiento, deliberado o con negligencia grave, de las obligaciones que corresponden al titular en relación con el instrumento de pago. No obstante, cuando la entidad acredite la existencia de hechos que, *a priori* y en nuestra opinión, podrían considerarse suficientes para enervar el límite de responsabilidad, este DCMR, analizando las circunstancias que concurren en cada supuesto, no considera el proceder de la entidad apartado de las buenas prácticas bancarias, indicando, al mismo tiempo, que, dadas las circunstancias, los interesados podrán someter la controversia, si así lo estiman oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

En el expediente R-201601023 se consideró que la actuación de la entidad fue contraria a los buenos usos y prácticas financieras en tanto la redacción del contrato de tarjeta relativa a los límites de responsabilidad en caso de uso fraudulento de esta no se ajustaba a la LSP, debido a que se daba igual tratamiento a los casos en que el instrumento de pago había sido extraviado o sustraído y a aquellos en los que no, y el cliente debía asumir, en todo caso, una pérdida de 150 euros. Ahora bien, de conformidad con el artículo 32 de la LSP, es únicamente en caso de instrumento de pago extraviado o sustraído cuando el ordenante ha de soportar la pérdida máxima de 150 euros. Por otro lado, la actuación de la entidad fue considerada contraria a las buenas prácticas bancarias al no retroceder, al menos de forma interina o provisional, las operaciones denunciadas y no procurar los justificantes de las operaciones controvertidas de la entidad propietaria del cajero.

Programas de fidelización en tarjetas

Al DCMR llegan reclamaciones que se refieren a campañas de fidelización asociadas a algunos tipos de tarjetas. En muchas ocasiones, estos programas de fidelización están gestionados por entidades sobre las que el DCMR no tiene competencias. Así ocurrió en el expediente R-201607046, en el que no se pudo estimar que la entidad contra la que se reclamaba se hubiese apartado de las buenas prácticas bancarias en su actuación en relación con la ejecución de un programa de fidelización asociada a una tarjeta de pago, al estar dicho programa gestionado por una sociedad no sometida a la supervisión del Banco de España.

f. Dinero electrónico

La regulación de esta materia está contenida en la LDE, que transpone la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio. Por su parte, el desarrollo de la ley se produjo mediante el RDDE.

Dicho esto, y utilizando una clasificación que a nuestra exposición interesa, en función del soporte utilizado hemos de distinguir entre el dinero unido a tarjeta y el dinero *software.* El primero se corresponde con el modelo de *card-based products,* que, con carácter general, y salvo las especialidades que cada sistema está desarrollando, adopta la forma de tarjeta de prepago recargable. El dinero almacenado en aquella se utiliza para compras al contado tradicionales de pequeño valor, así como para compras en la Red, aprovechando el mayor grado de seguridad que proporciona el chip integrado en la tarjeta. Por su parte, el dinero electrónico almacenado bajo un formato de *software* permite realizar transacciones sin que se requiera *software* ni *hardware* adicional.

Por lo que respecta al régimen de emisión de dinero electrónico, una vez recibidos los fondos, el emisor de este lo emitirá por su valor nominal.

Por otro lado, cuando el titular del dinero electrónico solicite su reembolso, sus emisores procederán en tal sentido, en todo momento y por el valor monetario del que se disponga. Igualmente se exige que el contrato entre emisor y titular de dinero electrónico estipule clara y explícitamente las condiciones de reembolso, incluidos los gastos conexos, y se informe de esas condiciones al titular del dinero electrónico antes de que este quede sujeto a un contrato u oferta.

El reembolso podrá estar sujeto a gastos únicamente si así se estipula en el contrato y solo en alguno de los siguientes casos: cuando el reembolso se solicite antes de la finalización del contrato, cuando el contrato determine una fecha de finalización y el titular del dinero electrónico haya resuelto el contrato con anterioridad a dicha fecha o cuando el reembolso se solicite una vez transcurrido un año desde la fecha de finalización del contrato.

Dicho esto, cuando el reembolso se solicite antes de la finalización del contrato, el titular del dinero electrónico podrá solicitar el reembolso total o parcial. Por el contrario, si se solicita en la fecha de finalización del contrato o hasta un año después de dicha fecha, se reembolsará el valor monetario total del dinero electrónico que se posea.

Resta indicar que se prohíbe la concesión de intereses o cualquier otro beneficio relacionado con el tiempo durante el cual un titular de dinero electrónico está en posesión de este.

3.3.4 TRANSFERENCIAS Y ADEUDOS DOMICILIADOS: ASPECTOS COMUNES

El día 1 de febrero de 2014 era la fecha límite señalada por el Reglamento (UE) n.º 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, para la migración de las transferencias y los adeudos domiciliados en euros a los instrumentos SEPA.

En dicho reglamento se establecen estándares técnicos y formatos comunes para transferencias y adeudos domiciliados que se inicien o se reciban dentro del ámbito de los 34 países del aérea SEPA, solo en euros.

Dos principios son perseguidos por la implementación de dichos estándares técnicos comunes, como vía hacia una mayor integración económica dentro de la UE: el de libre accesibilidad —todas las cuentas de pago de un usuario deben ser accesibles para la realización de transferencias y para la realización de adeudos domiciliados, dentro del ámbito de la Unión, con la misma facilidad que para los pagos nacionales— y el de igualdad de gastos. Para la consecución de estas finalidades, se prevé como obligatoria y como presupuesto indispensable la interoperabilidad de todos los sistemas de pagos minoristas de la Unión, a través de unos requisitos técnicos comunes. Entre otras cuestiones, en el reglamento se prevé que transferencias y adeudos domiciliados deberán adecuarse a los estándares SEPA, y realizarse obligatoriamente a través del IBAN.

La fecha límite de migración señalada en el Reglamento 260/2012, como hemos señalado, era originariamente el día 1 de febrero de 2014. No obstante, con posterioridad, el Reglamento (UE) n.º 248/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, otorgó una prórroga que permitió que los proveedores de servicios de pago siguieran procesando también las operaciones de pago a través de sus sistemas nacionales tradicionales con nueva fecha límite hasta el 1 de agosto de 2014.

En España, hasta el 1 de febrero de 2016, los proveedores de servicios de pago podían ofrecer a sus clientes, cuando fueran consumidores y exclusivamente para operaciones

nacionales, servicios de conversión gratuitos del CCC en IBAN, debiéndose facilitar al consumidor el IBAN antes de que se inicie la operación, así como las características del nuevo servicio y las consecuencias que con dicha conversión se producen. Asimismo, hasta dicha fecha, se establecía una exención temporal de los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del reglamento para los denominados «productos nicho», esto es, los anticipos de crédito (cuaderno 58: Créditos comunicados mediante fichero informático para su anticipo y gestión de cobro) y los recibos (cuaderno 32: Remesas de efectos en fichero informático de clientes a entidades financieras).

3.3.5 TRANSFERENCIAS

Las transferencias son operaciones de pago nacionales o transfronterizas, iniciadas por el ordenante, que instruye a su proveedor de servicios de pago a fin de que, de conformidad con dichas instrucciones, acredite determinados fondos en la cuenta por él designada (o los entregue a un determinado beneficiario).

Una vez completada la migración a SEPA, las transferencias se tramitan, como ya hemos señalado, o bien por compensación interna —si beneficiario y ordenante tienen cuenta de pago en el mismo proveedor de servicios de pago—, o bien por compensación interbancaria, de forma residual, a través de Target2-Banco de España, y con carácter más general, a través de los dos subsistemas de transferencias del SNCE, el Subsistema General de Transferencias SEPA SNCE 013, regulado por el *SEPA credit transfer scheme rulebook,* y el Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones[49], cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001, de 30 de septiembre de 2014.

El *Rulebook* refleja el esquema diseñado por el Reglamento 260/2012, al que se han adherido los diversos sistemas interbancarios nacionales en el seno de la Unión y deviene obligatorio para las entidades en virtud de su adhesión.

Las instrucciones operativas del SNCE, por su parte, constituyen un conjunto de normas y procedimientos que regulan la operativa de los sistemas y servicios del SNCE establecida de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica[50], señalando dicho precepto que el reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE, teniendo también la consideración de normas del SNCE las instrucciones operativas. Además, señala que las normas contenidas en el reglamento y en las instrucciones operativas del SNCE serán de obligado cumplimiento para todas las entidades miembros, en función de su tipo de participación.

Finalmente, cabe indicar que, en caso de conflicto, lo dispuesto por la LSP y por el Reglamento 260/2012 prevalecerá sobre las reglas interbancarias, que, como se ha señalado anteriormente, solo resultan obligatorias para las entidades participantes en el SNCE.

Por ello, en el expediente R-201603073, el DCMR estimó que la entidad reclamada se había apartado de las buenas prácticas bancarias al bloquear los importes de los adeudos SEPA durante 60 días.

---

49 A través de dicho subsistema se intercambian las siguientes operaciones denominadas en euros: transferencias de la clase «2», esto es, transferencias procedentes del extranjero fuera del Espacio Económico Europeo; órdenes de traspaso de planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión (EPSV), y órdenes de traspaso de fondos de inversión.

50 Publicado en el *BOE* de 11 de enero de 2013.

Asimismo, en el expediente R-201613059, el DCMR, volviendo a indicar que, en caso de conflicto, la LSP prevalece sobre las normas interbancarias y los contratos, no pudiendo aplicarse a la fecha de disponibilidad de un abono en cuenta realizado a través de un adeudo domiciliado los plazos de devolución establecidos por la normativa interbancaria, determinó que la entidad contra la que se reclamaba se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al establecer la indisponibilidad de los fondos a los que se refería la reclamación por un período de 58 días.

En todas las transferencias que se ejecuten contra una cuenta, las entidades de depósito deben asegurarse de que las órdenes que reciben se ajustan a lo previsto en los correspondientes contratos. En el expediente R-201608859 se estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al permitir la realización de una transferencia desde una cuenta de ahorro por una autorizada en ella sin exhibir la libreta, a pesar de estar así expresamente previsto en el documento que recogía las condiciones contractuales de dicha cuenta.

Además, las entidades financieras deben extremar las precauciones para asegurarse de que toda la información facilitada a sus clientes se ajusta a la exigencias de transparencia establecidas por la normativa aplicable y las buenas prácticas bancarias que deben ser observadas en toda la operativa bancaria. En el expediente R-201613564 se pudo comprobar que la entidad contra la que se reclamaba no solo se había apartado de las buenas prácticas bancarias, sino que podría haber incurrido en quebrantamiento de la normativa de transparencia de las operaciones, puesto que el documento emitido para recoger las condiciones de una transferencia internacional recibida en la cuenta del reclamante no permitían comprender los cálculos efectuados para alcanzar la cantidad en euros finalmente abonada en cuenta ni recogía alguna de las comisiones que habían sido cargadas contra la cantidad transferida, incumpliendo así lo previsto en el artículo 10 de la OTP.

a. Identificador único

Cuando una orden de pago se ejecute conforme al identificador único, dicha orden se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario indicado en dicho identificador, no siendo responsable el proveedor de servicios de pago de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación cuando el identificador único que le hubiera facilitado el usuario fuera incorrecto. No obstante, se exige que la entidad realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo recibir esta, por dichas gestiones, los gastos de recuperación que, en su caso, hubieran pactado las partes en el contrato marco (artículos 44 y 45 de la LSP).

En el expediente R-201603555 no se apreció mala práctica bancaria por el abono de una transferencia ordenada por la Agencia Tributaria que se abonó en la cuenta correspondiente al identificador único que el ordenante había indicado, aunque el beneficiario de aquella no se correspondía con la titular de la cuenta.

b. Gastos de la operación

Con carácter general, en toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago.

Este criterio se aplicará, igualmente, cuando la operación suponga un cambio de divisas, salvo pacto en contrario de las partes. El artículo 24.2 de la LSP establece que, en toda operación de pago en la que ambos prestadores de servicios de pago estén en España e

incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante los percibidos por su proveedor de servicios de pago; los gastos de conversión, salvo indicación en contrario de las partes, serán satisfechos por quien la solicite.

Por otra parte, el artículo 38 de la LSP, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», establece que, con carácter general, el proveedor de servicios de pago del ordenante, el proveedor de servicios de pago del beneficiario y todos los posibles intermediarlos que intervengan en la operación de pago deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago, absteniéndose de reducir gasto alguno de la cantidad transferida.

No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que este deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario.

En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario por su proveedor de servicios de pago.

Salvo en lo señalado en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario de la cantidad total de las operaciones de pago iniciadas por el ordenante. En el caso de operaciones de pago iniciadas por el beneficiario o realizadas a través de él, su proveedor de servicios de pago le garantizará la recepción del importe total de la operación de pago.

Con carácter excepcional, en las operaciones que no se tramitan por SEPA —bien por no estar alguno de los proveedores en la Unión Europea, bien por no estar nominadas en euros, o en moneda de algún otro Estado miembro—, el principio de gastos *sha* o gastos compartidos decae, de igual manera que decae el principio de igualdad de importes transferidos e importes recibidos reflejado en el artículo 38 de la LSP indicado.

Según esto, y en aras de la transparencia, es criterio reiterado de este DCMR considerar que, si por razones operativas fuera necesaria la intervención de un corresponsal para la ejecución de la operación, el prestador de servicios de pago del ordenante deberá informar a este acerca de la posibilidad de que dicha intervención conlleve unos gastos adicionales para aquel —o, en su caso, para el beneficiario de la transferencia—, aun a pesar de que la entidad ordenante no pueda precisar o especificar con exactitud a cuánto ascenderán tales gastos.

c. Comisiones

En este epígrafe, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 3.3.2.e, «Comisiones y gastos».

d. Fecha de abono

De acuerdo con lo dispuesto por la LSP, el proveedor de servicios de pago del ordenante se asegurará de que el importe de la operación es abonado en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, como máximo, al final del día hábil siguiente, plazo que se podrá ampliar en un día si la operación se inicia en papel. Sin embargo, existe la posibilidad de que el abono se produzca dentro del mismo día, usando el procedimiento de transferencia urgente. Estas se pueden tramitar a través de Target2-Banco de España y, a partir de este año, también a través de SEPA.

En el expediente de reclamación R-201501191, el DCMR estimó que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas financieras al imponer a su cliente, que había emitido adeudo domiciliado puntual contra su cuenta en otra entidad, una cláusula de indisponibilidad temporal de los fondos de 60 días, en previsión de que pudiera recibir una orden de devolución de los fondos, durante el plazo de ocho semanas establecido en los artículos 33 y 34.1 de la LSP, lo cual en definitiva incumplía con lo establecido en el artículo 43.1 de la misma LSP.

e. Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento», sobre la notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente.

Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

En este epígrafe nos remitimos, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular, en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento», sobre la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago.

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas

En este epígrafe nos remitimos, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular, en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento», sobre la responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas.

Fraude por Internet

En aquellos supuestos en los que se denuncia ante el DCMR la realización de transferencias, a través de los servicios de banca *on-line,* sin la autorización ni el consentimiento de los titulares de la cuenta —pues, según estos, dichas transferencias habrían sido ordenadas por terceros no autorizados—, estaríamos ante operaciones de pago no autorizadas, reguladas por la LSP, principalmente —y por lo que ahora interesa— en sus artículos 29, 30 y 31, que delimitan, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, fijando las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones. Por tanto, nos remitimos en este punto, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular en relación con las tarjetas en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento».

Así pues, cuando las personas legitimadas para operar con cargo a la cuenta no reconozcan su autoría en la operación de pago, ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia —tarjeta de coordenadas, etc.—, su entidad deberá reembolsarle de inmediato los fondos detraídos, salvo que esta pueda acreditar que se actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que les incumben; y ello con independencia de que la entidad pueda llevar a cabo, una vez efectuado el reembolso, las investigaciones que estime oportunas en defensa de sus legítimos intereses.

Procedimiento interbancario en caso de fraude

Por el contrario, cuando, de una u otra manera, la parte reclamante reconoce que permitió a un tercero acceder a sus claves, aunque inicialmente lo hiciera en la creencia de que dicho tercero representaba de alguna manera a la entidad, el DCMR debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno, señalando que, de estimarlo oportuno los interesados, deberán someter la controversia a los tribunales de justicia, únicos órganos facultados para ordenar la práctica y apreciación de los medios de prueba

necesarios para fijar con carácter previo el modo en que acontecieron los hechos y evaluar, en su justa medida, el grado de diligencia empleado por todas las partes en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, estableciendo las consecuencias que deban derivarse para los interesados.

Con independencia de lo expuesto, debemos señalar que, en estos casos, le es exigible a la entidad que lleve a cabo con diligencia las actuaciones necesarias en orden a la recuperación de los fondos, de conformidad con los protocolos establecidos al efecto por la Asociación Española de Banca, que a continuación se indican:

«1 Entre la entidad ordenante y su cliente

- Si la incidencia la detecta la entidad, debe confirmar con su cliente la existencia de fraude. En cualquier caso, indicará al cliente la necesidad de que presente denuncia por estos hechos y aporte copia de la misma.

2 Entre las entidades implicadas (ordenante y beneficiaria)

- La entidad ordenante se pondrá en contacto telefónicamente con la entidad beneficiaria (aun sin haber recibido todavía la copia de la denuncia) y solicitará por fax o correo electrónico la retención del importe transferido. La entidad beneficiaria, si no hubiera abonado todavía la transferencia, la dejará en situación de «pendiente». Si la transferencia se hubiese abonado, la entidad beneficiaria deberá proceder a retener los importes reclamados, o el saldo que presente la cuenta, si fuera menor a los importes reclamados. Al tiempo, tratará de localizar a su cliente beneficiario y advertirle de la situación.

- La entidad ordenante deberá ratificar su petición, durante los dos días hábiles siguientes, por fax o por correo electrónico, adjuntando copia de la denuncia. Si no lo hiciera, la entidad beneficiaria podría levantar la retención.

- La entidad beneficiaria tendrá un plazo de tres días desde esta ratificación para devolver la transferencia, por su importe total o por la parte no dispuesta (si no hubiera fondos suficientes). Si hubiera varias denuncias, la entidad deberá devolver el máximo posible de los importes, atendiendo al orden de recepción de las reclamaciones.

3 Entre la entidad beneficiaria y su cliente, cuando este reclame la reposición de los fondos devueltos

- La entidad beneficiaria reclamará a la entidad ordenante ese importe y, una vez devuelto, lo consignará en el juzgado, donde se tendrán que personar la entidad ordenante o su cliente como perjudicados.»

Régimen de responsabilidad en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente

Por lo que respecta a los errores cometidos en la ejecución de órdenes de pago iniciadas por el ordenante, la LSP establece, en su artículo 45.1, el régimen de responsabilidad aplicable: cuando una orden de pago se efectúe de acuerdo con el identificador único (IBAN) consignado por el ordenante, se considerará correctamente ejecutada. Hasta el 1 de febrero de 2016, adicionalmente, podía ser requerido el BIC, código que identifica a la entidad

del beneficiario de la transferencia. Es importante recordar en este punto que la transferencia se dirige a un número de IBAN de forma automática, sin ulterior comprobación por los proveedores de servicios de pago, ni del ordenante, ni del beneficiario. Igualmente, conviene recordar que los demás datos consignados en la orden de transferencia (entre ellos, el concepto consignado en esta) son mensajes destinados al beneficiario de los fondos, y no a la entidad. Por lo tanto, si el ordenante pretende hacer imputación de pago o cursar alguna instrucción para la entidad beneficiaria sobre los fondos transferidos, deberá remitir a dicha entidad comunicación ajena a la misma orden de transferencia y fuera del canal automático de compensación interbancario, por correo físico, electrónico o presencialmente, no sirviendo como instrucción el dato consignado en el campo «concepto» de la transferencia a estos efectos.

En el caso de errores por abonos indebidos de transferencias, imputables al cliente ordenante, el criterio de este DCMR es que, una vez asentada la transferencia en la cuenta destinataria, incluso aunque quede demostrado que el abono es erróneo, se considera que la entidad receptora no está facultada para su retrocesión en virtud de simples instrucciones del ordenante de la transferencia, ya que las cantidades abonadas en cuenta no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento del beneficiario o la preceptiva orden o mandato legal.

El criterio general de irrevocabilidad de las transferencias ordenadas adquirió rango legal con la entrada en vigor de la LSP, que establece que el usuario de servicios de pago no podrá revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante. En aras de la seguridad del tráfico mercantil, esta irrevocabilidad no admite excepción alguna, con independencia del momento en que se haya ejecutado realmente la operación, lo que no obsta para que se puedan producir bloqueos en los casos en que se ponga en marcha el procedimiento interbancario por existencia de denuncia por fraude.

Sin embargo, en el caso de transferencias que se abonan en la cuenta de un determinado beneficiario —y, en correspondencia, se cargan en la de un usuario de servicios de pago—, por duplicidades (ya sean de la entidad o del cliente ordenante), o por un error atribuible a la propia entidad ordenante, el tratamiento que debe darse al error es diferente, toda vez que, al no mediar un consentimiento válidamente prestado por un ordenante, no existiría en puridad operación de pago, ni podríamos hablar de irrevocabilidad de aquella. Por ello, en estos casos no se considera preciso recabar el consentimiento previo del beneficiario para la retrocesión, aunque sí que sea preceptiva la comunicación a aquel de la incidencia sufrida, previa, simultáneamente o, si no fuera posible, inmediatamente después de la anulación del abono.

El motivo de esta excepción es que la comisión de un error no puede dar lugar a la obtención de un lucro injustificado.

Ahora bien, cuando el error es atribuible a la entidad emisora de la operación, y el beneficiario de esta, tras la oportuna comunicación y retrocesión de la transferencia, muestra a su entidad su disconformidad (alegando, por ejemplo, que los fondos le pertenecían por una relación subyacente que mantenía con el ordenante), el DCMR exige de la entidad proveedora de servicios de pago del beneficiario que sufrió la retrocesión que procure obtener del proveedor de servicios de pago del ordenante una acreditación cualificada de la existencia de dicho error, con la finalidad de poder dar las explicaciones adecuadas al beneficiario desposeído de los fondos.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Instrucción SNCE/CE/13/002, que regula el procedimiento de solicitudes de retrocesión de transferencias SEPA, diferenciando si la solicitud de retrocesión se origina por demanda del cliente emisor o de la propia entidad ordenante, bien sea por duplicidad, error o por fraude. Una vez establecidas por la instrucción anteriormente citada las claves que permiten diferenciar si los errores fueron provocados por el cliente emisor (CUST) o por la entidad ordenante (BIC), la Instrucción SNCE/CE/13/003 contempla las responsabilidades en cuanto al procedimiento de retrocesión de transferencias emitidas por error o duplicidad.

Por otra parte, las transferencias procedentes del extranjero fuera del Espacio Económico Europeo, denominadas en euros, que se intercambian a través del Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones (Instrucción SNCE/CE/03/001), contemplan el procedimiento de devolución de esta clase de transferencias —capítulo III, apartado 3—, recogiéndose igualmente el procedimiento de solicitud de retrocesión de transferencias emitidas por error (transferencias duplicadas, transferencias emitidas por errores atribuibles a la entidad ordenante o a la entidad presentadora y transferencias emitidas por errores atribuibles al cliente de la entidad ordenante) —capítulo III, apartado 5—.

También en relación con esta cuestión, en el expediente R-201612999 este Departamento señaló que, en el marco de las reorganizaciones internas de las entidades en procesos de fusión y aunque se modifiquen números de cuenta (o, en este caso, códigos operativos), ello no puede implicar una modificación unilateral de lo acordado ni puede afectar el buen funcionamiento del servicio prestado, exigiéndose que, en aras de la transparencia, dichos cambios sean debidamente informados a los clientes.

3.3.6 ADEUDOS DOMICILIADOS

El adeudo domiciliado es un servicio de pago nacional o transfronterizo destinado a efectuar un cargo en la cuenta de un ordenante o deudor, que se diferencia de la transferencia porque en el adeudo domiciliado la operación de pago es iniciada por el beneficiario o acreedor.

a. Consideraciones generales

La LSP estableció un marco de actuación más transparente para emisor y pagador, de forma que cualquier operación que se envíe para su adeudo al pagador tenga un soporte más claro y sólido, adquiriendo especial importancia las siguientes cuestiones:

- la orden de domiciliación debe conservarse correctamente firmada por el emisor;
- la información al pagador en tiempo y forma del importe y del concepto del cargo, y
- que el importe que se ha de pagar por el deudor ha de ser coincidente con lo esperado por este.

b. Tipología de adeudos domiciliados

Una vez migrado el sistema de adeudos domiciliados nacionales al sistema SEPA, en la actualidad el sistema interbancario se organiza en torno a dos esquemas diferentes: el sistema B2B (por el inglés *Business to Business)* y el sistema de adeudos domiciliados básico. Adicionalmente, hasta el 1 de febrero de 2016 han seguido operando, como «productos nicho», los anticipos de crédito del cuaderno 58, que han migrado hacia el esquema básico de adeudos directos, y los recibos del cuaderno 32, que han desaparecido.

Todas las entidades financieras que ofrecen servicios de pago de adeudos nacionales deben procesar adeudos directos por el esquema básico SEPA.

En lo que respecta a los adeudos directos B2B, que es el esquema exclusivo para empresas, autónomos o profesionales, y en la medida en que es un instrumento opcional, no todos los proveedores del servicio de pago de adeudos domiciliados lo prestan. Por tanto, el usuario potencial del esquema debe comprobar si los proveedores de servicios de pago, tanto del beneficiario como del ordenante, participan en el esquema.

Por su secuencia, podemos decir que hay adeudos domiciliados puntuales y recurrentes.

c. La orden de domiciliación o mandato

Para que se pueda emitir un adeudo domiciliado, es presupuesto necesario la existencia de una orden de domiciliación o mandato. El mandato es una autorización concedida por el ordenante o deudor, para que a partir de una fecha se pueda iniciar el cargo en cuenta de los cobros y se autoriza a la entidad del deudor a atender los adeudos presentados al cobro por la entidad del acreedor. El mandato u orden de domiciliación lo custodia el acreedor. La entidad del acreedor u ordenante incorpora los datos del mandato firmado en papel a un formato electrónico. Es importante que se conserve la orden de domiciliación debidamente firmada, porque, en caso de no existir ese mandato, se considera que la operación no está autorizada. El mandato debe estar firmado por firma autógrafa o por firma electrónica avanzada, y es válido hasta que se produce una retirada del consentimiento, o su caducidad.

A partir de la entrada en vigor de la LSP, es imprescindible que exista autorización previa de carácter genérico por parte del titular de la cuenta para que todas las órdenes de adeudo de iguales características puedan ser imputadas en su cuenta sin preaviso.

El recibo indomiciliado no tiene cabida en SEPA.

La única excepción contemplada por la LSP a la existencia de una orden de domiciliación tal y como la acabamos de definir, escrita y con firma autógrafa o digital avanzada, es la existencia de una orden tácita anterior a la entrada en vigor de la propia LSP, el día 4 de diciembre de 2009.

El Reglamento (UE) n.º 260/2012 asegura la continuidad de las órdenes de domiciliación emitidas con anterioridad al 1 de febrero de 2014, de forma tal que en el proceso de migración se dota de validez y continuidad a las domiciliaciones que existían antes del 1 de febrero de 2014 en el ámbito de los adeudos directos SEPA básicos. Sin embargo, los adeudos directos SEPA entre no consumidores (B2B) requieren un mandato o autorización expresa del deudor a la entidad financiera para que se proceda al cargo en cuenta.

Los adeudos domiciliados corresponderán, bien a cobros puntuales —cada cobro puntual o único debe tener un mandato y código de mandato diferente—, o bien a cobros recurrentes.

En el expediente 201602736, a raíz del cambio de la cuenta domiciliataria, varios recibos resultaron devueltos, indicándose como motivo «incorriente», lo cual no era cierto. Este DCMR expuso que el cambio de la cuenta domiciliataria supone una modificación del mandato que debe ser conocida por la entidad del acreedor, debiendo comunicarse dentro del mensaje de adeudo, así como el motivo de la modificación. Los cambios deben estar anexados al mandato original y ser conservados por el acreedor. Las entidades implicadas incurrieron en mala práctica bancaria en la medida en que no actuaron con la diligencia que les era exigible, revisando cada una de ellas los procedimientos técnicos y

operativos realizados, de forma tal que pudieran llevarse a cabo, sin incidencias, las operaciones de pago ordenadas por el reclamante.

d. El adeudo domiciliado B2B

En el adeudo directo B2B, ordenante y beneficiario deben ser empresas o autónomos. La orden de domiciliación debe especificar que se acepta operar expresamente en el esquema B2B. Una vez conferida dicha autorización, y de forma previa a la emisión del adeudo, el acreedor o beneficiario notifica al deudor que se va a emitir aquel, y, antes de asentar el cargo en la cuenta, las entidades recabarán la específica autorización del deudor al cargo del adeudo en cuenta, una autorización por cada adeudo. Estas formalidades tienen su explicación en que, en este esquema, el deudor renuncia al derecho a ser reembolsado por su entidad financiera una vez asentado en cuenta el cargo del recibo, es decir, renuncia a devolver el recibo. No debemos olvidar que el artículo 23 de la LSP permite, en caso de que el usuario de servicios de pago sea un no consumidor, pactar sobre este derecho, contemplado en los artículos 33 y 34 de la ley. En esta modalidad, el plazo de devolución por impagado se reduce a dos días.

En el expediente R-201608316 se estimó que la entidad reclamada se había apartado de las buenas prácticas bancarias, puesto que los recibos fueron girados por el esquema B2B a pesar de que no existía contrato de adhesión a dicho sistema.

e. El adeudo domiciliado básico SEPA

El adeudo directo SEPA-esquema básico es un instrumento para presentar al cobro de forma electrónica y automatizada operaciones de pago en euros, entre cuentas de clientes, particulares o empresas, abiertas en entidades adheridas al SEPA *Core Direct Debit Scheme.*

Son adeudos directos entre cuentas de pago, en euros, y se emitirán con destino a países de la zona SEPA. Se requiere la existencia previa de consentimiento por parte del titular de la cuenta de cargo para que todos los adeudos directos de similares características puedan ser imputados en cuenta. Este consentimiento se reflejará en una orden de domiciliación o mandato. Los adeudos directos básicos SEPA deberán acompañarse de ciertos datos del mandato. En caso de que se modifiquen los datos de la orden de domiciliación original (por cambios en el acreedor —por ejemplo, por una fusión o un cambio societario— o por cambios en el deudor —por ejemplo, el cambio de la cuenta de domiciliación del recibo de que se trate—), deberá también indicarse a través de los procedimientos interbancarios que se ha producido una modificación y consignar el dato que se ha modificado, a fin de que no se produzcan errores en la domiciliación.

Los adeudos directos deberán presentarse con antelación a su fecha de cobro, que será aquella en la que el deudor debe cumplir con su obligación de pago, dentro de un plazo que variará según se trate de una operación única o la primera operación de una serie de adeudos recurrentes (siete días hábiles) o de un adeudo de una serie de adeudos recurrentes (cuatro días hábiles).

f. Procesos excepcionales

Cuando por algún motivo no se puede gestionar el cobro del adeudo domiciliado por el procedimiento normal, nos encontramos ante lo que en el *Rule Book* se califica como «Transacciones-R», que están constituidas por:

- Solicitudes de cancelación. Tienen su origen en el beneficiario del recibo, generalmente porque este advierte que no debió generar la operación de pago. Es una operativa opcional que debe ser pactada expresamente entre

el beneficiario y su entidad. Tienen su base legal en los artículos 44 y 45 de la LSP.

– Los rechazos de un adeudo domiciliado. Son cobros que se desvían de la ejecución antes del abono en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. Su base legal está en el artículo 36 de la LSP.

– Devoluciones. Son cobros que se desvían de la ejecución normal, tras el abono en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, a petición de la entidad del ordenante o del ordenante mismo. Su base legal está en los artículos 29, 33 y 34 de la LSP.

Rechazo de una orden de pago

El rechazo de un adeudo domiciliado puede ser instado por la entidad del ordenante o por el propio ordenante, antes de que se haya producido el abono en la cuenta del beneficiario o acreedor.

Alguna de las causas por las que se puede producir el rechazo de la orden de pago son: IBAN de la cuenta incorrecto, cuenta cancelada o cuenta bloqueada, la cuenta no admite adeudos directos por razones normativas, formato de fichero incorrecto, saldo insuficiente, operación duplicada, mandato no válido o inexistente (este es el motivo usado para el caso del mandato cancelado, o de la inexistencia de mandato, o en el esquema B2B para el mandato no confirmado por el deudor). También son causa de rechazo el fallecimiento del deudor o el simple rechazo del deudor (la orden de este de no pagar el recibo).

En caso de rechazo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la LSP, el proveedor de servicios de pago deberá notificar las circunstancias del rechazo al usuario de servicios de pago, a fin de que se puedan rectificar, en su caso, los errores de hecho que lo hayan motivado.

Con motivo de la desaparición de las aportaciones de fondos, los usuarios de servicios de pago, para encauzar la operativa que antes mantenían con estas aportaciones de fondos, han comenzado a usar el adeudo domiciliado SEPA puntual. Hemos de precisar que no existe impedimento alguno para que el beneficiario y el ordenante puedan ser la misma persona ni límites a la cantidad que puede soportar el adeudo domiciliado.

En los casos planteados, el usuario dispone de dos cuentas en dos entidades distintas. Pretende dotar de fondos la cuenta que mantiene en la entidad A, que en este caso adopta el papel de entidad del beneficiario de la orden. Cursa instrucciones de emitir adeudo domiciliado contra su cuenta en la entidad B, entidad que se comporta, por lo tanto, como la entidad del ordenante o deudor del recibo. Evita de esta forma el cursar a la entidad B orden de transferencia, en orden a evitar los mayores costes que la transferencia le ocasiona.

Esta operativa ha generado confusión en algunas entidades en los primeros momentos de la migración.

En el expediente R-201605339 el reclamante mostró su disconformidad con la devolución de un recibo correspondiente al seguro de su vivienda y que tuvo como resultado la anulación de este, lo cual le resultó muy gravoso cuando sufrió un incendio. Este DCMR concluyó que resultaba reprochable el proceder de las entidades implicadas, las cuales habían estado inmersas en un proceso de integración, al no haber justifica-

do debidamente los sistemas implementados a fin de efectuar un correcto traspaso de las cuentas corrientes, así como las medidas adoptadas a la hora de resolver eventuales incidencias en el proceso de migración operativa, habida cuenta de que la transferencia de negocio acordada entre los bancos no debería perjudicar la situación de sus clientes, en particular, afectar a las operaciones de pago domiciliadas en sus cuentas corrientes.

Devolución de recibos

La LSP regula expresamente el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados, distinguiendo la norma dos plazos para dar la orden de devolución, que se aplican en función de si el cargo en cuenta estaba o no previamente autorizado.

– Si no estaba autorizado, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarla sin tardanza injustificada a la entidad, a fin de poder obtener rectificación de esta, y, salvo en los casos en los que la entidad no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del apunte (se puede pactar un plazo inferior si el usuario no fuera consumidor, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado). Como hemos visto, en la práctica, en el caso de adeudos domiciliados B2B, el plazo máximo acordado entre no consumidores en el esquema para la devolución por incorriente son dos días).

  En el sistema de adeudos domiciliados básico, el acreedor podrá negarse a la devolución, aportando copia del mandato vigente, a la fecha de cargo del recibo.

– Si el adeudo estaba previamente autorizado, la ley indica que el cliente tendrá derecho a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas, siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:

  • cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y

  • dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición de la entidad, el ordenante deberá aportar datos de hechos referentes a dichas condiciones. El plazo máximo para dar esta orden de devolución es de ocho semanas, contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en la cuenta del cliente.

En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, la entidad deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

No obstante lo anterior, en la práctica, al parecer, la conducta adoptada por los proveedores de servicios de pago en el caso de los adeudos directos básicos pasa por aceptar con carácter general la devolución del adeudo directo, a instancia del deudor, durante esas ocho primeras semanas.

Argumentan como justificación para ello que dicho derecho está pactado, como una mejora para el consumidor, en el contrato marco, de acuerdo con el contenido del último inciso del número 1.º del artículo 33 de la LSP: «A efectos de adeudos domiciliados, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de su proveedor de servicios de pago, aun cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente», en relación con el último inciso del n.º 2 del artículo 34: «En el caso de adeudos domiciliados, dicha denegación no podrá producirse cuando el ordenante y su proveedor de servicios de pago hubieran convenido en el contrato marco el derecho de aquel a obtener la devolución, aun en el supuesto de que no se satisfagan las condiciones establecidas para ello en el artículo 33.1». En tanto en cuanto el contrato marco refleje dicho pacto, la conducta de la entidad con su cliente, con el ordenante del recibo que pretende la devolución, no puede ser tachada de incorrecta.

Sin embargo, y contrastando con esta argumentación, este DCMR ha constatado que en otras muchas ocasiones las entidades, cuando se trata de devoluciones de recibos emitidos por compañías de su mismo grupo o afines, alegan que no se atendió la orden de devolución cursada por el cliente por no cumplirse las condiciones de devolución de los artículos 33 y 34 de la LSP.

Por otro lado, se hace necesario recordar a las entidades que deben consignar como motivo de devolución el que más se ajuste a la realidad que *de facto* la provoca, pues en ocasiones el consignar un motivo inexacto tiene transcendencia. A modo de ejemplo, la devolución por motivo error o baja en la domiciliación puede dar lugar a que el acreedor entienda que el deudor ha revocado el mandato y que ya no aceptará más recibos de la misma clase, lo que ocasiona que por parte de este ya no se giren más recibos. En alguno de los casos planteados ante el Departamento, de recibos emitidos por la Seguridad Social o por la Agencia Tributaria, la devolución ha generado recargos y pérdidas de subvenciones o bonificaciones, no solo del recibo devuelto, sino incluso de los siguientes que fueron dejados de emitir. Esto no debió ocurrir, si lo que se pretendía por el cliente era la devolución porque el recibo se había duplicado: dicha circunstancia tiene su propia clave específica de devolución. En estos casos no puede apreciarse que la actuación de la entidad se ajustara a las buenas prácticas bancarias ni a la profesionalidad que se presupone a una entidad de pago.

g. Revocación de la orden de adeudo domiciliado

Es criterio general de este DCMR que, cuando un cliente imparte unas determinadas instrucciones a la entidad, rechazando adeudos en su cuenta de recibos u otras órdenes de pago, la entidad debe poner todos los medios necesarios para su correcto cumplimiento, pues, de conformidad con las buenas prácticas bancarias, es deber de las entidades tanto atender las órdenes que reciban como velar por los intereses de sus clientes. En relación con esta cuestión, la LSP establece en el punto 3 de su artículo 25 que el ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el artículo 37 de dicha norma. Su retirada implicará que toda futura operación de pago que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada. El punto 3 del artículo 37 citado prevé que «en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución fijados en esta Ley, el usuario podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido para el adeudo de los fondos en la cuenta del ordenante».

La cancelación del mandato concierne al acreedor y al deudor, sin que requiera comunicación por parte de estos a las entidades. Si el deudor pide la devolución de un recibo

cargado en cuenta, invocando la revocación anterior de la orden de domiciliación, y solicita a su entidad la devolución del recibo dentro de los 13 meses posteriores al cargo, justificando la cancelación de la domiciliación, la entidad deberá proceder a la devolución, por la falta de mandato vigente.

Caso diferente es el de la cancelación del mandato por falta de uso. A este respecto, en SEPA, cuando hayan transcurrido 36 meses sin que un acreedor presente adeudos asociados a un mandato, este quedará automáticamente cancelado, es decir, el acreedor no podrá realizar nuevos adeudos relacionados con aquel, sin recabar una nueva orden de domiciliación.

3.3.7 INGRESOS, RETIRADAS DE EFECTIVO Y OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SERVICIO DE CAJA

a. Consideraciones generales

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas bancarias o en otras modalidades de depósito a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares cuando solicitan su disposición. En estos casos, el DCMR entiende que el principal interés tutelable es el del titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición, lo que se traduce en que la entidad debe cerciorarse con todo rigor acerca de la identidad de quien la efectúa, bien de un modo personal y directo (por conocer al titular), bien exigiendo la exhibición del título pactado como necesario para la disposición (dejando al arbitrio de la entidad y bajo su responsabilidad que, en caso de que no presentara este título, se pudiera acreditar suficientemente la personalidad del peticionario por otros medios), verificando además, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta, asegurándose, por otra parte, de que se cumple el régimen de disposición pactado para la cuenta.

b. Efectivo ingresado en una cuenta de pago

La LSP establece en su artículo 42 que, cuando un consumidor ingrese efectivo en una cuenta de pago en la moneda de esa cuenta, podrá disponer del importe ingresado desde el mismo momento en que tenga lugar el ingreso. Cuando el titular de la cuenta no sea un consumidor, las partes podrán pactar que se disponga del importe ingresado, como máximo, el día hábil siguiente al de la recepción de los fondos. Igual fecha de valor habrá de darse a los fondos ingresados. Es esta, por tanto, una posibilidad (se infiere que este plazo de disponibilidad de los fondos regirá, en su caso, como plazo máximo) cuya efectiva concurrencia en el caso particular habrá de acreditarse, debiendo constar que aquella se ha comunicado al titular no consumidor. Respecto de dicho extremo, este DCMR considera que, si con anterioridad a la entrada en vigor de la ley los ingresos se valoraban el mismo día del ingreso, el cambio de la puesta a disposición del importe ingresado y de la fecha de valoración al día siguiente —en el caso de no consumidores— ha de comunicarse con carácter previo al cliente, si es que es esta la intención de la entidad, porque, aunque se trate de un cambio de condiciones aplicables a su contrato de cuenta corriente, posibilitado tras la aprobación de un nuevo marco legal —facultativo, no imperativo—, dicha modificación no puede llevarse a cabo sin que medie una comunicación formal al cliente (véase apartado de «Modificaciones contractuales», incluido en relación con las cuentas a la vista dentro del apartado 3.2.3.c de esta Memoria y, en general, en relación con los servicios de pago en el precedente 3.3.2.c).

En los casos en los que se ha planteado ante este DCMR que, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, los ingresos realizados a partir de las 11 horas ya se valoraban al día siguiente de realizar aquellos, partiendo del carácter de no consumidor del reclamante, se concluyó que la actuación de la entidad tras la entrada en vigor de la ley no

había supuesto ningún cambio respecto a la operativa anterior, por lo que no cabía considerar que la entidad se hubiera apartado de las buenas prácticas bancarias y usos financieros.

Sin embargo, se ha de tener presente que, en cualquier caso (tanto si se trata de consumidores como de no consumidores), la entidad debe estar en condiciones de acreditar haber comunicado a su cliente las adaptaciones del contrato a la ley dentro del plazo establecido en su disposición transitoria tercera, apartado 2, debiendo constar de forma específica si se hace uso o no de la posibilidad establecida en el segundo párrafo del artículo 42, en el caso de los no consumidores.

c. Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina

Cuando existen versiones contradictorias sobre el importe exacto del efectivo entregado por un cliente a la entidad, este DCMR debe basarse únicamente en la documentación aportada al expediente para poder emitir su opinión, sin que a estos efectos pueda tomar en cuenta aquellos hechos que, fundados en meras manifestaciones verbales, carecen del correspondiente soporte documental y no pueden ser debidamente contrastados.

La acreditación documental de sus actuaciones, que la entidad puede y debe aportar, es el listado de operaciones del diario electrónico y el arqueo de caja de fin del día. En cualquier caso, cabe señalar que el cuadre del efectivo de la caja solo sería determinante si, al hacer el arqueo, hubiera sobrado exactamente el importe cuestionado (pues ello corroboraría la tesis del reclamante); pero cualquier otro resultado del arqueo no supondría ninguna prueba concluyente respecto de la cantidad que efectivamente se había ingresado. Sin perjuicio de lo anterior, habiendo aportado el cliente un resguardo de ingreso validado por la entidad sobre cuya autenticidad no se planteen dudas, no se podrá considerar que los registros internos antes mencionados, aportados posteriormente por la propia entidad, puedan ser suficientes, en principio, para invalidar lo que en dicho resguardo aparezca recogido.

En suma, es obligación de la entidad acreditar que la operación de ingreso se llevó a cabo correctamente, y se contabilizó por la cuantía exacta, sin incidencias de ningún tipo, como se infiere de lo establecido en el artículo 30 de la LSP.

Comprobar en última instancia la realidad de los hechos correspondería a los tribunales de justicia, únicos con potestad suficiente para ordenar las actuaciones probatorias que considerasen precisas, para determinar así el modo en que se desarrollaron los acontecimientos y poder dirimir la discrepancia existente entre las partes.

d. Billetes y monedas

Billetes falsos

Se plantean en ocasiones discrepancias de los clientes y usuarios de las entidades con motivo de la realización de ingresos en cuenta (propia o de un tercero), por el hecho de que la entidad retenga billetes por su apariencia de falsedad, para su remisión al Banco de España.

Efectivamente, la obligación de retirar de la circulación los billetes con apariencia de falsificados existe para las entidades de crédito. Pero también la de recoger y reflejar los datos identificativos de quien porta el billete.

En virtud de lo dispuesto en el artículo sexto del Reglamento (CE) 1338/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, las entidades se encuentran obligadas a garantizar la autenticidad de los billetes y monedas en euros que han recibido y que tienen previsto volver a poner en circulación, así como a velar por la detección de las falsificaciones, retirando de la circu-

lación los billetes y monedas falsos que detecten. Sin embargo, el procedimiento establecido al efecto exige que estos sean entregados al Banco de España, el cual emitirá un recibo de la recepción de los billetes, que servirá como justificante del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades de crédito[51]. Si de la peritación efectuada en el Centro Nacional de Análisis resultara que el billete o billetes remitidos fueran legítimos, su importe será abonado a la mayor brevedad en la cuenta corriente de la entidad de crédito o en la cuenta corriente de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete. El resultado de la peritación, sea cual sea este, será comunicado mediante correo a la entidad de crédito presentadora de los billetes o al domicilio de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete, si esta hubiese comunicado sus datos.

Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda)

La única normativa existente sobre la limitación en el número de piezas de euro que pueden ser utilizadas en el pago de un servicio viene establecida en el artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo. En este sentido, el artículo citado *in fine* expresamente establece que «excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de cincuenta monedas en cada pago».

Suele suceder que, tras los formalismos correspondientes, las entidades abren cuentas corrientes a sus clientes, mediante la firma de un contrato de adhesión genérico en el que se ofrecen como incluidos en él los servicios de caja de la entidad, sin distinguir entre los clientes profesionales dedicados a actividades que exijan un servicio de caja diario, intensivo en consumo de recursos humanos y medios técnicos, y los clientes que no requieren dicha atención especial.

Cabe que, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, se ponga de manifiesto con el tiempo que requiere una atención especial en relación con los servicios de caja.

Normalmente, estos servicios especiales se concretan en atender, aceptar, recontar, empaquetar o transformar la entrega periódica de moneda fraccionaria para su ingreso en cuenta del titular o la remisión o entrega de reintegros en efectivo en moneda fraccionaria, según solicitud del cliente.

Esta atención especial requerida puede producir importantes distorsiones en las oficinas en horario de atención al público, además de romper el equilibrio inicial entre prestaciones y contraprestaciones consideradas en el contrato genérico de adhesión de apertura de cuenta corriente. Es preciso indicar que, haciendo una aplicación analógica del citado artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo, y entendiendo que existe una misma ratio entre la necesidad de limitar el número máximo de monedas que se pueden entregar en el tráfico para efectuar un pago y la necesidad de que las entidades puedan conocer el límite máximo de monedas que puede entregarles un cliente para hacer un ingreso en cuenta de carácter inmediato, se podría llegar a entender que la entidad estuviera legitimada para denegar el recuento instantáneo de la moneda fraccionaria entregada para su ingreso si excediese de cincuenta monedas. Por ello, si se aceptase esta interpretación analógica de la norma citada, no teniendo obligación de admitir más de una determinada cantidad de monedas[52], las entidades las admitirían en condiciones distintas de

51 En virtud de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, y en el artículo sexto del reglamento citado.

52 No obstante, si la entidad de crédito estuviera ejerciendo actividades delegadas de caja pública —por ejemplo, mediante la admisión de cobros de impuestos, tasas municipales, etc.—, no sería de aplicación tal limitación, debiendo aceptar todas las monedas que se presenten en los pagos efectuados con tal finalidad.

las de un ingreso ordinario, esto es, para abonar en cuenta con posterior recuento, debiendo estar en cada caso a lo que se acredite.

Entre los pactos que se suelen alcanzar entre los clientes profesionales que precisan estos servicios extraordinarios de caja y las entidades se encuentran los siguientes:

- La admisión de ingresos de efectivo de más de cincuenta monedas en los que su importe se abona en cuenta «salvo posterior recuento» por parte de la entidad de crédito, con el objeto de no demorar más allá de lo razonable la atención al resto de la clientela. El cliente que entrega el efectivo es consciente de que queda en manos de la entidad —de acuerdo con la mutua confianza existente— el recuento de la cantidad ingresada, de modo que, en caso de que existan diferencias entre el importe declarado y el resultante del recuento, prevalece este último, salvo que las partes hayan acordado otra cosa.

- La entrega de cartuchos (blísteres) a los clientes para que introduzcan las monedas, de manera que se facilite su recuento.

- La oferta de servicios especiales de gestión integral de efectivo para este tipo de profesionales, que incluyen la recogida y/o entrega de efectivo a domicilio mediante transporte blindado, recuento, empaquetado y transformación de efectivo. Las entidades suelen tener estos servicios subcontratados con empresas ajenas que actúan como sus proveedores.

El DCMR considera que dichos comportamientos no son contrarios a la ortodoxia bancaria. Ahora bien, conviene subrayar la que ha venido siendo reiterada opinión del DCMR sobre el servicio exprés para empresarios o profesionales, cuya actividad conlleva el ingreso diario o la solicitud de moneda. Así, si bien estos servicios pueden estar prestados por la entidad o un tercero, en este último caso no podrán traer a la relación contractual entidad-cliente las relaciones que la entidad haya establecido con el proveedor del servicio con el que haya subcontratado su prestación más que cuando las asuma como propias frente a su cliente en el contrato que suscriba con este último.

Así las cosas, de producirse una retrocesión posterior del abono registrado en aplicación del criterio anterior y mantener las partes opiniones contrarias al respecto, este DCMR carecería de competencias para resolver esta cuestión, que exigiría fijar indubitadamente el pacto que subyace y las responsabilidades que debieran imputarse a las partes intervinientes, para lo que los interesados tendrían que dirigirse a los tribunales de justicia.

Al margen de lo anterior, el DCMR sí valora, cuando así se plantea, determinados aspectos de transparencia, tales como las indicaciones que se contienen en la nota de entrega para ingreso en cuenta, en la que suele recogerse una cantidad, y el que en los resguardos entregados por los ingresos se establezca que estos se hacían condicionados a un recuento posterior, así como la información referida a la actuación que debe seguir la entidad ante la posible discrepancia en el recuento, y al plazo para el contraasiento de devolución.

En consecuencia, aun entendiendo que la actuación de las entidades al abonar en cuenta el importe procedente del recuento según justificación que aporten no podría considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios, se recomienda a las entidades, en aras de

la transparencia, que se informe al cliente previamente del tiempo aproximado que se va a emplear para el recuento y, por tanto, del que se requiere para que el abono adquiera firmeza.

Dentro de la libertad de establecimiento de comisiones que la normativa otorga a las entidades de crédito, se puede admitir que pacten el cobro de una comisión por la admisión y recuento de un número elevado de monedas con cierta frecuencia, esto es, lo que se suele denominar «comisión de recuento». El DCMR considera que el cobro de dicha comisión no se aleja de las buenas prácticas bancarias siempre y cuando los clientes hayan sido adecuadamente informados de su existencia y de la forma de calcular su importe. Así, en el expediente R-201611548 se estimó que la entidad contra la que se reclamaba se había apartado de las buenas prácticas bancarias, puesto que no acreditó haber incluido información sobre dicha comisión y sobre la forma de calcularla en el contrato marco o haberla facilitado a su cliente con anterioridad a la ejecución de cada uno de los ingresos por los que se cobró.

e. Comisión por ingresos en efectivo

Por definición, la aceptación de ingresos en efectivo para abono en una cuenta de la propia entidad receptora constituye una prestación del servicio de caja, inherente al contrato de cuenta, y, por tanto, no puede ser remunerada de forma independiente. Es decir, dado que el servicio de caja en estos supuestos se retribuye a través de la comisión de mantenimiento, el adeudo de cualquier otra comisión se considera improcedente.

En consecuencia, siempre que el ordenante del ingreso no pretenda un servicio adicional al del simple ingreso de efectivo en la cuenta de un tercero, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por prestar este servicio. Por otra parte, no parece que se pueda considerar la prestación de un servicio adicional que habilite al cobro de la comisión la simple indicación de la persona que realiza el ingreso.

En algunas ocasiones, determinadas entidades han aplicado las comisiones contempladas bajo el concepto «transferencias, giros y otras órdenes de pago» a un ingreso de efectivo realizado en una sucursal distinta a aquella donde estaba abierta la cuenta, al entender que esta operación debía ser considerada como de esa naturaleza.

Contrariamente a lo sustentado por esas entidades, el DCMR entiende que el supuesto de hecho no puede ser conceptuado como una transferencia, al faltar una orden contra una cuenta abierta en la entidad que lleve aparejada la movilización de fondos con destino a otra cuenta determinada. Por el contrario, se considera que se trata propiamente de ingresos de efectivo a favor de una cuenta, inherentes al contrato de esta, siendo irrelevante que tengan lugar desde la propia sucursal en que se encuentra abierta la cuenta o desde cualquier otra de la entidad, pues, en ambos casos, no existe propiamente un movimiento efectivo de fondos y las operaciones informáticas que ha de efectuar la entidad son básicamente las mismas.

En el expediente R-201609628, el reclamante y titular de la cuenta, una comunidad de propietarios, reclamaba porque la entidad bancaria cobraba a los propietarios una comisión por cada ingreso que realizaban en la cuenta de la comunidad, dado que consideraba que ese servicio ya estaba incluido en el de caja que se retribuye con la comisión de mantenimiento de cuenta. El DCMR estimó que la actuación de la entidad resultó conforme a las buenas prácticas bancarias, ya que acreditó haber comunicado a su cliente la existencia e importe de dicha comisión y que los usuarios que realizaban los ingresos que generaron las comisiones controvertidas solicitaban un servicio adicional, como la identificación de la finca respecto de la cual realizaban el pago.

f. Limitaciones de canales, horarios y medios de pago para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados

Se ha de diferenciar, en primer lugar, la prestación del servicio de caja, inherente al contrato bancario de cuenta corriente, del servicio de pago de recibos no domiciliados.

Así, mientras que el primero lleva aparejada, por lo general, la posibilidad de realizar ingresos y reintegros en efectivo en la cuenta de la que se es titular, el pago de recibos no domiciliados en cuenta, en el que quien efectúa el ingreso es persona distinta del titular, puede tratarse de un servicio que presta la entidad (si presta servicios adicionales al mero ingreso, como es la indicación de cualquier concepto dirigido al titular de dicha cuenta), por lo que es a esta a quien corresponde informar de las condiciones del servicio que este lleva aparejado, en lo relativo a comisiones, horarios u otros.

Dicho esto, conviene precisar que el servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro, en el que suele considerarse que están incluidos los reintegros e ingresos en efectivo, es un pacto accesorio de instrumentación del contrato subyacente que tiene tanta importancia como el contrato principal, pues, en virtud de este, la entidad administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor del cliente; y es indudable que el particular no dejaría su dinero en la entidad de crédito si no fuera por las ventajas y comodidades que para él representa el servicio de caja y de tesorería realizado por dicha entidad.

El servicio de caja es la causa del contrato de cuenta corriente bancaria, además de ser privativo y exclusivo de ella. Así, en el contrato de cuenta corriente bancaria, el contenido que lo define está relacionado con el servicio de caja, correspondiendo a los usos bancarios fijar en cada momento en qué se concreta. Dicho contenido ha ido variando según las entidades han ido aumentando sus servicios al cliente, ya que desde el inicial servicio de ventanilla, en el que el cliente dispone por sí o por un tercero de su cuenta, mediante la negociación de cheques, se ha pasado a una etapa intermedia en la que se utiliza como medio de domiciliación de títulos-valores o de simples recibos, siendo que posteriormente las tarjetas han sustituido en gran medida el servicio de ventanilla.

Sin embargo, la forma en que este se presta se ubica en el ámbito de la normativa interna de la entidad, de tal forma que, con las precisiones que luego se establecerán, entra dentro de la esfera discrecional y de política comercial de la entidad establecer los servicios que presta, sin que este DCMR pueda ni deba inmiscuirse en aquella. Corresponde a los usuarios de las entidades de crédito evaluar estas cuestiones de cara a mantener o establecer relaciones con estas.

Por otro lado, ninguna disposición legal establece un determinado horario como obligatorio para que las entidades de crédito admitan pago de recibos no domiciliados, por lo que adoptar un horario más o menos amplio, o restringirlo, para su admisión en ventanilla tiene su origen, también, en una decisión libremente adoptada por la entidad en su funcionamiento operativo y de organización interna.

Establecimiento de limitaciones

En la cuestión relativa al establecimiento de determinadas limitaciones horarias, o incluso de días concretos de la semana o del mes para la prestación de ciertos servicios bancarios relacionados con las cuentas corrientes, es fundamental determinar la naturaleza de la operación de que se trate:

- A diferencia de lo que sucede con el pago de recibos, los ingresos en cuenta corriente (también los pagos) forman parte, como se ha dicho, del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro.

De esta manera, en estos casos, y siempre con carácter general (dado que habrá que estar a las diversas circunstancias concurrentes en cada caso), no se considera admisible la introducción de una restricción horaria o de fechas para la realización de esos ingresos o reintegros en una cuenta corriente de un cliente de una entidad, que consideramos incluidos dentro del servicio de caja básico. En cualquier caso, si se acreditara pacto al respecto en el correspondiente contrato de cuenta, habría que estar a lo específicamente pactado —en tal supuesto, entendemos que corresponde al titular de la cuenta informar de las limitaciones establecidas contractualmente a quienes hayan de realizar ingresos en ella por cualquier motivo—.

No vemos que el razonamiento deba ser distinto por el hecho de que, en el caso de los ingresos, los realice un tercero en la cuenta de un particular, pues, como ya se ha dicho, la entidad se convierte, en virtud del servicio de caja, en mandatario singular del cliente, por cuenta y en interés de quien realiza esos pagos y cobros a terceros, y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de aquel. El banquero se convierte en agente de pagos y de cobros de su cliente y en administrador de su dinero, realizando por su cuenta todas las operaciones inherentes al servicio de caja en el sentido más amplio de esta expresión o según lo convenido.

– En el caso de las restricciones horarias para la prestación del servicio de atención del pago de recibos no domiciliados, la práctica más habitual y similar en estas situaciones es que las oficinas bancarias señalen un horario restringido para atender su pago por ventanilla, incentivando la posibilidad de realizar estas operaciones a través de Internet, banca telefónica u otros canales. La intención expresada por las entidades para implantar dicha medida es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

  En estos supuestos, nada puede objetar este DCMR a dicha forma de proceder, dado que estamos ante una decisión adoptada por cada entidad al diseñar su política operativa y comercial, en la que este DCMR no puede inmiscuirse.

– Cuando las entidades actúan como entidades colaboradoras de determinados organismos públicos (ayuntamientos, universidades, Seguridad Social, etc.) para el cobro de tasas, impuestos, multas, pagos de pensiones, etc., habrá que estar a lo establecido en el correspondiente convenio de colaboración, de tal forma que no sería admisible aquí remitirse al horario de pago de recibos en caso de que la entidad dispusiera de carteles en las oficinas informando de dicha limitación para ese tipo de servicio específico. En este tipo de ingresos o pagos, la entidad estaría actuando como una caja pública sometida a la normativa administrativa correspondiente, de tal forma que habría que estar a lo recogido en el correspondiente convenio de colaboración, así como en la normativa sectorial aplicable[53], por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la normativa bancaria de transparencia.

  No obstante, este DCMR considera que los clientes y usuarios de las entidades deben estar, en todo caso, en condiciones de conocer dichas limitaciones o

53 A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las Administraciones Tributarias.

sugerencias para reintegros superiores o inferiores a determinada cantidad, para lo que habrán de colocarse carteles en las diferentes oficinas.

Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático

No se podrá exigir a la entidad que preste este servicio de un modo determinado, pues la casuística, según el tipo de entidad de que se trate, es variada. Así, hay entidades que no tienen una red de oficinas operativas al uso, en tanto que otras ofrecen como uno de sus atractivos comerciales la existencia de una amplia red para facilitar la operativa de sus clientes, e incluso con horarios a veces más dilatados de lo habitual en la práctica bancaria, prestando servicio algunas tardes o los sábados. Lo que resultará siempre exigible es que, en el momento de decidir dónde quiere tener su cuenta, el cliente conozca con todo detalle los canales que la entidad pone a su disposición para la prestación de los diversos servicios —entre ellos, el de caja— y aquellos de los que no dispone o se restringen. Esto solo se puede conseguir si la entidad ofrece las explicaciones adecuadas al respecto y, además, lo incluye en el correspondiente contrato. Si la circunstancia fuera sobrevenida, una vez que la relación contractual ya se encuentra establecida, deberá comunicarlo de forma previa y con carácter individual a los clientes afectados.

No obstante, si el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos se pretendiera que fuera con carácter excluyente, sin poder hacerlo en ningún caso por ventanilla, la entidad debería, bien acreditar la inclusión de tal limitación en el contrato de cuenta, o bien, cuando se trate de una limitación sobrevenida, comunicar con carácter individual y previo a sus clientes la entrada en vigor de tales restricciones con la antelación exigible (dos meses, desde la entrada en vigor de la LSP), al objeto de que aquellos puedan decidir si continuar como clientes de la entidad o dejar de serlo.

Además de ello, y para el caso específico de los ingresos, habrá que tener en cuenta que con la entrada en vigor de la ley, y según se refleja en su artículo 42, se podrá disponer del efectivo ingresado en una cuenta de pago, en la moneda en que aquella esté nominada, desde el mismo momento del ingreso, cuya fecha de valor será la de ese día. Es exigible a la entidad que admite este tipo de ingresos por cajero automático que recoja las limitaciones que afectan a estos en el respectivo contrato de cuenta, además de advertirlo de forma específica tanto al realizar el ingreso como al consultar el disponible en cuenta por los medios habilitados al efecto, sin que consideremos que ello sea incompatible con el cumplimiento por la entidad de lo preceptuado en el artículo 42 citado, pues en realidad en estos casos no siempre se puede comprobar realmente si se ha dado un ingreso en cuenta (a no ser que el cajero automático disponga de contador de monedas y/o billetes) ni cuál es ese importe hasta que la verificación se lleva a cabo, lo cual es una limitación intrínseca a esa modalidad de ingreso, que expresamente se establece en el contrato.

En el expediente R-201610716 se estimó que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias, puesto que el DCMR considera que, cuando una entidad bancaria establece de forma sobrevenida una limitación a la forma de disposición de los saldos depositados en sus cuentas, debe comunicarlo a sus clientes con la antelación exigible (dos meses, desde la entrada en vigor de la LSP), al objeto de que aquellos puedan decidir si continúan siendo clientes de la entidad.

Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero

El día 3 de octubre de 2015 se publicó en el *BOE* el Real Decreto-ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones para la retirada de efectivo en los cajeros automáticos, que entró en vigor ese mismo día. Esta norma modifica la LSP, añadiendo una disposición adicional segunda sobre la retirada de efectivo en cajeros automáticos que deter-

mina unos límites a las comisiones que pueden establecer los titulares de los cajeros y los emisores de tarjetas, así como la información que se debe proporcionar a los titulares de las tarjetas en esos casos.

La introducción de comisiones por retirada de efectivo en los cajeros automáticos con tarjetas emitidas por entidades distintas de las propietarias de dichos cajeros también ha dado lugar a incidencias durante el año 2016. Algunas entidades propietarias de cajeros introdujeron mensajes en la operativa de sus cajeros que resultaban confusos. En el expediente R-201606761 se estimó que la entidad propietaria del cajero se había apartado de las buenas prácticas bancarias, puesto que no advertía con un mensaje claro de que, dado que no iba a ser repercutida al titular de la tarjeta la comisión por retirada de efectivo por la emisora de su tarjeta, no se podía cancelar la operación y el dinero solicitado iba a ser dispensado aunque se presionase la tecla de cancelar.

3.4 Deudores hipotecarios sin recursos

3.4.1 INTRODUCCIÓN

La profunda crisis económica sufrida por la economía mundial desde la mitad de la década pasada mostró en España sus propias particularidades, debido a la coincidencia, entre otras circunstancias, de una crisis inmobiliaria y de una arraigada tradición, consistente en que las familias españolas prefieren vivir en casas en propiedad, y no en alquiler.

En nuestro país, conviene recordar, la contratación está regida por el principio de libertad, consagrado en nuestro Código Civil. La concesión de un préstamo por la entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan en su política de riesgos. Conviene traer a colación en este punto lo dispuesto en dicho cuerpo legal, en los siguientes artículos:

- Artículo 1091 del Código Civil: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley y deben cumplirse a tenor de los mismos».

- Artículo 1166 del Código Civil: «El deudor de una cosa no puede obligar al acreedor a que reciba una cosa diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida».

- Artículo 1911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

En esta situación, económica y legal, cuando el deudor hipotecario con dificultades en el pago se dirigía a su entidad, en busca de una solución, se encontraba en una situación de desamparo: no existía obligación alguna para la entidad de reestructurar la deuda, ni tampoco, como en otras legislaciones extranjeras, de aceptar el bien hipotecado —la vivienda— como pago extintivo de ella. Debemos aclarar que en nuestro sistema hipotecario la responsabilidad por el impago del préstamo hipotecario no se limita a la responsabilidad real, al valor del bien, sino que, si el valor de este es insuficiente para el pago total de lo debido, se extiende a la responsabilidad personal del deudor, afectando a todos sus bienes presentes y futuros. El legislador ha sido sensible a esta realidad y, en estos últimos años, ha promulgado diversas normas: unas, preventivas, orientadas a la protección al consumidor solicitante de financiación hipotecaria, con carácter previo a la formalización de la operación; y otras, paliativas, para intentar poner remedio a la situación ya creada, para préstamos vigentes en el momento del estallido de la crisis.

Del primer grupo de ellas —las preventivas—, ya se ha dado cuenta en otros epígrafes de esta Memoria. La normativa de transparencia recientemente aprobada se ha dirigido a la

consagración de una serie de medidas que se han dado en llamar «de préstamo responsable»[54]. Dicha normativa impone a las entidades obligaciones no solo de valoración prudente del bien hipotecado, sino también de una correcta evaluación de la solvencia del prestatario; además, les conciernen obligaciones muy exhaustivas de carácter informativo en la fase precontractual, y el deber de ofrecer al consumidor bancario las explicaciones adecuadas sobre los productos contratados.

En esta parte, y bajo el título de «Deudores hipotecarios sin recursos», nos vamos a centrar en el segundo bloque de medidas, las aprobadas por el legislador para paliar la situación financiera de los deudores hipotecarios que, por mor de la crisis, no pueden hacer frente a los compromisos de pago que adquirieron en su día.

No debemos acabar esta breve introducción sin poner de manifiesto que la crisis económica no solo ha afectado a España, sino, en medida variable, a toda la comunidad internacional. Existe una preocupación general por estos temas. Debemos destacar aquí los trabajos llevados a cabo por parte de la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) —institución dedicada, entre otras cuestiones, a la innovación financiera y a la protección de los consumidores a través de uno de sus subcomités, en el que este DCMR participa—, que, finalmente, se han traducido en la publicación, el pasado 1 de junio de 2015, de una directriz y de una opinión sobre esta cuestión[55].

Así, la directriz publicada[56] prevé, entre otras cuestiones, que las entidades deben proporcionar una ayuda eficaz a los consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos derivados de sus créditos hipotecarios, a través de las siguientes vías:

- el establecimiento por parte de la entidad de políticas y procedimientos para detectar, tan pronto como sea posible, aquellos consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos;

---

54 La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios *(BOE* de 29 de octubre de 2011), por lo que ahora interesa, señala en su artículo 18, «Evaluación de solvencia», incluido en el capítulo I, «Préstamo responsable», lo siguiente:
«1. La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. [...]
3. En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía. [...]
6. La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes, y en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»
Por su parte, 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, desarrolla estas medidas en su norma duodécima, «Políticas y procedimientos de préstamo responsable»; en su norma quinta, «Explicaciones adecuadas y deber de diligencia», y en su capítulo III, «Información precontractual».

55 Ambos textos normativos pueden consultarse en el siguiente enlace: http://www.eba.europa.eu/-/eba-issues-final-guidelines-and-its-opinion-on-mortgage-creditworthiness-assessments-and-arrears-and-foreclosure.

56 Estas directrices surgen, por iniciativa de la EBA, en el contexto de la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la finalidad de detallar la forma en que las entidades financieras podrían dar efectividad a lo previsto en el artículo 28 («Demoras y ejecución hipotecaria») de la citada directiva.

– la colaboración activa con el consumidor de cara a establecer las causas de la aparición de dichas dificultades y, de esta manera, facilitar el proceso de identificación de las soluciones oportunas;

– el suministro de información relevante y de asistencia apropiada, y

– la adopción, en su caso, de medidas que contribuyan a aliviar la situación del consumidor, de forma previa al proceso de ejecución hipotecaria.

Por otra parte, la opinión publicada[57] recoge, en lo que concierne a esta materia, buenas prácticas sectoriales, que tienen que ver, por un lado, con la identificación, en una fase temprana, de las circunstancias por las que puede atravesar el deudor hipotecario en dificultades y, por otro, con la mejora de la información que se ha de suministrar al deudor a este respecto.

Finalmente, cabe indicar que, en general, la normativa española es más exigente que la incluida en los textos normativos a los que se ha hecho referencia. Como venimos diciendo, la situación de crisis económica que ha atravesado nuestro país, cuyas consecuencias se extienden en algunos casos hasta nuestros días, ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo la adopción de una serie de medidas de protección de aquellos deudores hipotecarios que, como consecuencia de especiales circunstancias en las que están inmersos, tienen serias dificultades para hacer frente a los compromisos de pago que adquirieron en su día. Estas medidas de protección deben conjugar el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, tal como consagra la Constitución española en su artículo 47, con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los acreedores hipotecarios.

3.4.2 NORMATIVA PROTECTORA DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN RIESGO DE EXCLUSIÓN

En esta tesitura, la reciente normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos se ha configurado como una normativa tuitiva, como un código de voluntaria adscripción por las entidades acreedoras, que renuncian, para los deudores y préstamos contemplados en la normativa, y no para otros, a ciertos derechos que frente al deudor en general les confiere el ordenamiento. A partir del momento en que la entidad muestra su adscripción al Código de Buenas Prácticas para los deudores hipotecarios sin recursos, y no antes, todas las medidas en él contempladas son de obligado cumplimiento[58].

---

57 La opinión publicada es fruto de la revisión del contenido de una opinión emitida previamente por parte de la EBA en junio de 2013. Dicha revisión buscaba actualizar el contenido de dicha opinión de cara a evitar contradicciones y/o redundancias con el nuevo marco normativo, constituido por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, así como por las directrices relativas a esta materia a las que se ha aludido anteriormente.

58 RDL 6/2012, artículo 5, «Sujeción al Código de Buenas Prácticas»:
«1 El Código de Buenas Prácticas incluido en el anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. [...]
3 Las entidades comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera.
4 Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. [...]
6 La adhesión de la entidad se entenderá producida por un plazo de dos años, prorrogable automáticamente por períodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera con una antelación mínima de tres meses.
7 El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este real decreto-ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito.
8 Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendi-

a. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo *(BOE* del 10)

Las situaciones y necesidades expuestas se canalizaron y materializaron con la promulgación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos *(BOE* del 10), que contiene el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, al que enseguida haremos referencia[59]. Dicho RDL sigue vigente y, con las modificaciones que han obrado en él las normas siguientes, contiene la regulación que constituye el núcleo de la normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos.

En no pocas ocasiones, se ha sometido al DCMR la disconformidad con la actuación de entidades que, a pesar de la reiterada solicitud por parte de los prestatarios de la aceptación de su vivienda en pago como medio liberatorio de la deuda, o de la reestructuración de su deuda, siguieron adelante con el procedimiento ejecutivo entablado, produciéndose incluso la subasta. Se trata de casos en que toda la actuación habría tenido lugar con anterioridad al 11 de marzo de 2012, fecha en la que el RDL 6/2012 entró en vigor. Lo cierto es que, en aquel momento, la aplicación de las medidas solicitadas requería, por lo general, el acuerdo de ambas partes, y la aceptación por la entidad era facultativa; por lo tanto, no podemos apreciar que esta se apartara de la normativa de transparencia ni de las buenas prácticas bancarias, pues su actuación se enmarcaba también en su política de asunción de riesgos, en la que este DCMR no puede inmiscuirse.

Como ejemplo de ello, cabe citar el expediente R-201610091, en el que la reclamante solicitó a la entidad la dación en pago de su vivienda, al amparo de lo establecido en el RDL 6/2012. Sin embargo, se acreditó documentalmente en el expediente que la finca había sido subastada en 2011 y, por tanto, la cliente en aquella fecha no podía acogerse al RDL 6/2012, toda vez que aún no se había promulgado ni publicado, y tampoco estaba en vigor. Además, el citado RDL excluye expresamente la aplicabilidad de las medidas en el supuesto de procedimiento ejecutivo en el cual se haya celebrado la subasta, circunstancia que efectivamente concurría en este caso.

Sin embargo, tras la promulgación de la normativa de protección al deudor hipotecario sin recursos, la situación es diferente. La aplicación de las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas para los deudores hipotecarios sin recursos es de obligado cumplimiento, para la entidad adherida, para los deudores y para las viviendas que se encuentran en su ámbito de protección, siempre que el préstamo estuviera vigente a la fecha de su entrada en vigor; es decir, la normativa es aplicable a préstamos vivos a fecha de 11 de marzo de 2012.

En el expediente R-201612249 la parte reclamante solicitaba, entre otras cuestiones, la reestructuración de la deuda derivada de su préstamo hipotecario, el cual fue formalizado en fecha 17 de octubre de 2013, esto es, con posterioridad a la publicación del RDL 6/2012. En virtud de ello, el DCMR opinó que la reestructuración hipotecaria pretendida por la prestataria se incardinaría dentro de lo que se denomina «política comercial y de asunción de riesgos de la entidad». No obstante, el DCMR valoró positivamente el hecho de que la entidad hubiera solicitado a la parte reclamante la documentación exigida por el RDL, a los efectos de estudiar la posibilidad de aplicar una reestructuración de la deuda conforme al Código de Buenas Prácticas, de forma graciable, en aplicación del artículo 5.8 del RDL, que prevé lo siguiente: «[…] las entidades adheridas

---

dos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.»

59 En adelante, aludiremos indistintamente a él como «Código de Buenas Prácticas», «Código» o «CBP».

podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo». En el expediente R-201517143 la entidad primeramente excusó la inaplicabilidad del CBP, por considerar que el préstamo se había constituido en octubre de 2012, es decir, con posterioridad al mes de marzo de 2012 en que entró en vigor el RDL 6/2012; sin embargo, posteriormente la entidad reconsideró su actuación, toda vez que el préstamo se había suscrito en agosto de 2006, siendo así que lo que se firmó en octubre de 2012 fue una subrogación con novación modificativa.

b. Ley 1/2013, de 14 de mayo, *(BOE* del 15)

El 15 de mayo de 2013 se publicó en el *BOE* la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Mediante esta norma, como indica su título, se vieron reforzadas las medidas adoptadas. Por un lado, se mejoró el contenido del Código y, por otro, se extendió tanto su ámbito subjetivo de aplicación —las personas que pueden beneficiarse de él y las circunstancias requeridas para considerar que el deudor está dentro del denominado «umbral de exclusión»— como el objetivo —el límite del precio de compraventa de la vivienda habitual, por encima del cual no es aplicable el Código—.

La Ley 1/2013 establece en su disposición transitoria octava:

«Las entidades que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y no se adhieran a las modificaciones introducidas en el mismo por esta Ley seguirán obligadas en los términos de dicho Real Decreto Ley, en su versión originaria.»

c. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y Ley 25/2015, de 28 de julio

En el año 2015 se aprobó el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social *(BOE* del 28), que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, dio lugar a la promulgación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social *(BOE* del 29).

El Real Decreto-ley 1/2015, en su disposición adicional quinta, establecía:

1 Todas las entidades que a la entrada en vigor de este real decreto-ley se encontrasen adheridas al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», regulado en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, de conformidad con las redacciones vigentes en el momento de su adhesión, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en este Real Decreto-ley, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

2 En los diez días siguientes al transcurso del plazo de un mes establecido en el apartado anterior, el secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Finan-

ciera y en el *Boletín Oficial del Estado.* Las posteriores comunicaciones se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *Boletín Oficial del Estado,* salvo que no hubiera modificación alguna.

d. Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el RDL 6/2012 y la Ley 1/2013

Por último, el día 18 de marzo de 2017 se ha publicado en el *BOE* el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el RDL 6/2012 y la Ley 1/2013, de modo que se mejora de nuevo el contenido y el ámbito subjetivo de aplicación del CBP. En concordancia con lo ocurrido en el RDL 1/2015, en esta última modificación se establece que todas las entidades adheridas al CBP en la fecha de la entrada en vigor del nuevo RDL 5/2017 se considerarán adheridas a la redacción del RDL 6/2012 dada en esta última norma, salvo que manifestaran a la Secretaría General Técnica del Tesoro y Política Financiera, en el plazo de un mes, su oposición, manteniéndose en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

Además, una vez transcurrido dicho mes, se ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *Boletín Oficial del Estado.*

El día 15 de mayo de 2017, se ha publicado en el *BOE* la Resolución de 27 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual. En ella se registran 89 entidades, que se consideran adheridas al Código en la redacción dada por el RDL 5/2017, y 3, que han solicitado permanecer en el ámbito de aplicación de las versiones anteriores que correspondan.

e. Convivencia de diferentes versiones, adhesión de la entidad a unas u otras, y escenarios posibles

A día de hoy, la práctica totalidad de las entidades de crédito que operan en nuestro país se encuentran adheridas a alguna de las sucesivas versiones del Código. Y varias versiones del Código conviven en el tiempo (la originaria del RDL 6/2012, la modificada por la Ley 1/2013, la modificada por el RDL 1/2015, y la última, modificada por el RDL 5/2017).

Así las cosas, el primer factor que cabe considerar a la hora de evaluar la actuación de una entidad desde el punto de vista del respeto a la indicada normativa será la determinación de si se encontraba adherida al mencionado Código y la fecha de su adhesión, en su caso, para después determinar cuál de las versiones de aquel le resultaba aplicable al tiempo de la solicitud de su cliente de beneficiarse de las medidas contempladas en él.

Las entidades han de comunicar su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera; a su vez, el secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa ordena, mediante resolución, la publicación del listado actualizado de entidades adheridas en el *Boletín Oficial del Estado*[60] y en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera:

60 Véanse las resoluciones de 8 de enero de 2013 *(BOE* de 10 de enero), 8 de abril de 2013 *(BOE* de 10 de abril), 5 de julio de 2013 *(BOE* de 12 de julio), 3 de octubre de 2013 *(BOE* de 10 de octubre), 10 de enero de 2014 *(BOE* de 23 de enero), 10 de abril de 2014 *(BOE* de 16 de abril), 10 de julio de 2014 *(BOE* de 25 de julio), 8 de octubre de 2014 *(BOE* de 21 de octubre), 8 de enero de 2015 *(BOE* de 22 de enero), 7 de abril de 2015 *(BOE* de 28 de abril), 20 de julio de 2015 *(BOE* de 28 de julio), 23 de octubre de 2015 *(BOE* de 29 de octubre), 22 de abril de 2016 *(BOE* de 29 de abril), de 27 de octubre de 2016 *(BOE* de 7 de noviembre de 2016), de 3 de febrero de 2017 *(BOE* de 28 de febrero de 2017) y de 27 de abril de 2017 *(BOE* de 15 de mayo).

http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnextoid=d43ad0d172ff7310VgnVCM1000001d04140aRCRD

Cuando se somete a este Departamento una reclamación, para su resolución, se debe tener en cuenta la fecha en que el deudor ha solicitado a la entidad la aplicación de las medidas del Código. Las situaciones posibles a las que nos hemos enfrentado durante el período a que se refiere esta Memoria, tomando en consideración la fecha en la que la solicitud fue presentada por el deudor, son las siguientes:

i) Del 10 de marzo de 2012 al 14 de mayo de 2013. En este período, un doble escenario:

   a) La entidad no estaba adherida.

   b) En caso de estarlo, se encontraba vinculada por la primera y entonces única versión del Código de Buenas Prácticas.

ii) Del 15 de mayo de 2013 al 28 de febrero de 2015. En este lapso temporal, los escenarios han sido tres:

   a) El de ausencia de vinculación a lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas en ninguna de sus versiones, por no haberse adherido la entidad reclamada en ningún momento a aquel, siendo como es la adhesión voluntaria. Según se ha advertido ya, en tales supuestos, una solicitud de reestructuración de la deuda, dación en pago, etc., que pudiera efectuar un deudor hipotecario, aun cuando reuniera los requisitos contemplados en esta normativa, habría de ser resuelta por la entidad dentro del ámbito de discrecionalidad propio de su política comercial y de riesgos.

   b) El de aplicación en su versión originaria, la aprobada por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, situación en la que se han encontrado las entidades que se hubieran adherido a aquel y no a las modificaciones introducidas en él por la Ley 1/2013.

   c) El de aplicación de dicho Código en la versión prevista por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que tendría lugar única y exclusivamente en caso de que la entidad de que se trate hubiera comunicado su adhesión a dichas modificaciones, como se establece en la disposición transitoria octava de la mencionada ley.

iii) Desde la fecha de entrada en vigor del RDL 1/2015, solo tres entidades comunicaron su voluntad de permanecer en la versión de la Ley 1/2013 (únicamente dos, según la Resolución de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas actualizada al cuarto trimestre de 2016) y ninguna en la versión originaria, siendo así que la mayoría está adherida a esta última y tercera versión del Código (90 entidades en marzo de 2017). Por último, según la última resolución de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, publicada el día 15

de mayo de 2017, hay 89 entidades adheridas a la versión del Código del RDL 5/2017, y 3 a dos de las versiones anteriores, la del RDL 1/ 2015 y la de la Ley 1/2013.

En consecuencia, los escenarios posibles durante el período que analizamos en esta Memoria han sido tres: no adhesión al Código, adhesión a la versión de la Ley 1/2013 y adhesión a la versión del RDL 1/2015. Sin embargo, para el futuro próximo estos se han visto ampliados a cuatro, por cuanto, a pesar de que la mayoría de las entidades han mostrado su adhesión a la versión del Código del RDL 5/2017, tres entidades han mostrado su voluntad de permanecer en las versiones de 2015 y de 2013.

3.4.3 EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS. SU CONTENIDO

Como venimos diciendo, la mayoría de las entidades se ha acogido, en una u otra versión, al Código, y de esta forma se autoimponen la obligación de asumir las medidas en él reflejadas y su *modus operandi* ante la situación de un cliente que incumple el pago de alguna cuota o manifiesta dificultades para afrontarlo, y que se encuentra dentro del umbral de exclusión. Una vez que la entidad ha mostrado su adhesión al Código, no puede reconducir la solicitud del cliente, como se ha indicado con reiteración, a una cuestión de política comercial, ni puede no aplicar todas, o alguna, de las medidas de aquel (con la salvedad de la quita, que sigue siendo discrecional, como ahora veremos, lo que probablemente sea el origen de su nula aplicación).

En resumen, el Código incluye, según indica la exposición de motivos de la norma, tres fases de actuación (las cuales —es importante advertir— son necesariamente consecutivas):

- La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, medida no aplicable cuando el deudor se encuentre demandado en un procedimiento de ejecución una vez que se haya producido el anuncio de la subasta.

- La segunda, y de no resultar factible lo anterior, mediante el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de la deuda.

- La tercera, prevista para el supuesto de que ninguna de las dos medidas anteriores resultaran suficientes para reducir el esfuerzo del deudor hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda, la cual deberá ser aceptada por la entidad, tras la solicitud del deudor. La familia podrá permanecer en la vivienda durante un plazo de dos años, satisfaciendo una renta asumible, medida que tampoco es aplicable a los préstamos en los que se esté tramitando un procedimiento de ejecución en el que ya se haya publicado el anuncio de subasta, ni puede imponerse a la entidad cuando el inmueble esté gravado con cargas posteriores.

a. Versión del RDL 6/2012. Redacción original

Por lo demás, tanto el Código, contenido en el anexo del RDL 6/2012, como su ámbito subjetivo (personas a las que es aplicable y deudores dentro del ámbito de exclusión) y objetivo de aplicación (viviendas habituales hipotecadas a las que es aplicable, en función de su precio de compraventa) han sufrido grandes cambios con las sucesivas normas a las que hacemos referencia. Además, también ha variado el régimen sancionador previsto, para el caso de incumplimiento por las entidades de las obligaciones que sobre ellas penden.

Conviene transcribir de forma completa el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, contenido en el anexo del RDL 6/2012, en su versión originaria.

«1 Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.

a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del citado real decreto-ley.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

   i) Carencia en la amortización de capital de cuatro años.

   ii) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

   iii) Reducción del tipo de interés aplicable a euríbor + 0,25 % durante el plazo de carencia.

   Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

   No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración.

c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado.

2 Medidas complementarias.

a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico-financiera podrán solictar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

   A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 % de los in-

gresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:

   ii) Reducción en un 25 %.

   iii) Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

   iv) Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido.

c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo, podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

3 Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.

a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 %.

d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.

Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

4 Publicidad del Código de Buenas Prácticas.

Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes.»

b. Versión de la Ley 1/2013

Sobre el Código en la versión transcrita, la Ley 1/2013 introdujo las siguientes novedades:

– No solo es la entidad la que puede proponer un plan de reestructuración. El deudor puede presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, la cual, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en los que se fundamenta.

– El plazo de carencia en la amortización de capital y, consecuentemente, de reducción del tipo de interés, al que hace referencia el plan de reestructuración de deuda, pasa de cuatro años a cinco.

– El plan de reestructuración se entiende inviable cuanto establezca una cuota superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, en lugar del 60 % que establecía la versión anterior del Código.

– El deudor que, tras la dación en pago, permanezca en la vivienda habitual como arrendatario deberá pagar un interés de demora, en caso de impago de la renta, del 10 %, en lugar del 20 % establecido primitivamente.

c. Versión del RDL 1/2015

El RDL 1/2015 introdujo otra modificación en el Código de Buenas Prácticas, de forma que el plan de reestructuración que debe formular la entidad contemplará, además del plazo de carencia, la reducción del tipo de interés y la ampliación del plazo de amortización, una cuarta medida, según la siguiente redacción:

«En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.»

Por último, a efectos informativos, transcribimos las últimas modificaciones del CBP introducidas por el RDL 5/2017, a pesar de que aún no se ha aplicado durante el ejercicio a que hace referencia esta Memoria, como consecuencia de su reciente publicación:

d. Versión del RDL 5/2017

«Dos. Se modifican los apartados 4 y 5 del anexo del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que quedan redactados en los siguientes términos:

"4 Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual. El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad.

Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.

5 Publicidad del Código de Buenas Prácticas. Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes."»

3.4.4 INCIDENCIAS DETECTADAS EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Una vez que hemos tomado contacto con el contenido del Código de Buenas Prácticas, debemos llevar a cabo varias puntualizaciones, desde la experiencia de las reclamaciones que ha resuelto este DRCM.

a. Publicidad

En primer lugar, es de suma importancia el cumplimiento por las entidades del punto número 4 del Código, que refleja su obligación de hacer publicidad de este. A ellas les incumbe el deber de realizar entre su clientela la debida publicidad de su existencia y contenido, pues son cruciales —«urgentes», señala la norma— la detección y la solución tempranas de la situación de dificultad sobrevenida para el pago. Solo mediante la detección temprana y la política activa de las entidades frente al deudor en situación de crisis, se puede minorar el riesgo de incumplimiento, evitando que se genere una deuda hipotecaria —capital impagado, intereses de demora, costas y gastos— que dificulte la reestructuración de la deuda, que es la medida fundamental perseguida por la norma.

Por ello, recibida del cliente la petición de que se flexibilice la deuda —no tiene por qué ser invocado por el deudor explícitamente el Código, pues muchos clientes desconocen su existencia—, o detectada por la entidad su dificultad para el pago, lo cual se debe producir a más tardar con el incumplimiento del pago de la primera cuota, le incumbe a la acreedora informar sobre el contenido del Código y orientar al prestatario en este sentido.

En el expediente R-201608577, la parte reclamante había impagado varios recibos de su préstamo hipotecario, desde mayo de 2016. Y se había dirigido a su oficina solicitando la aplicación de la medida de reestructuración de deuda. La entidad explicaba en sus alega-

ciones su protocolo de actuación, señalando que los deudores que manifiestan dificultades en el pago tienen información en el tablón de anuncios de cada oficina. Adicionalmente, la entidad explica que en los avisos de recibos vencidos se indica que está adherida al CBP, y que el deudor dispone en su oficina o en su sitio WEB de información concreta sobre su contenido. En cuanto al fondo del asunto, el banco reconoció que por error se comunicó al reclamante que su vivienda estaba fuera del ámbito objetivo de aplicación, pues se indicó que su precio de adquisición superaba el máximo establecido en el artículo 5.2 del RDL 6/2012, cuando no era así. El DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia, por varios motivos. En primer lugar, por no haber informado correctamente al reclamante, pues el aviso incluido en los recibos vencidos no era mínimamente explicativo sobre el contenido del Código, incumpliendo la previsión del artículo 5.9 del RDL 6/2012. Además, la entidad denegó la aplicación del Código en primera instancia, por causa que este DCMR comprobó, y la entidad reconoció que no concurría, siendo que el artículo 5.4 del RDL 6/2012, considerado normativa de disciplina desde la versión de la Ley 1/2013, señala que desde la adhesión de la entidad, y una vez que se acredita que el deudor está dentro del umbral de exclusión, son de obligada aplicación las previsiones del CBP.

Este DCMR no considera tampoco una actuación correcta por parte de la entidad adherida al Código que, sin informar a su cliente de la existencia de este, de sus medidas y de las ventajas de orden fiscal, notarial, etc., que comporta, suscriba con el prestatario una novación menos ventajosa que la establecida en el Código, o una dación en pago —o la entrega del bien a un tercero, aun extinguiendo la deuda— ajena a la contemplada en la normativa, y más onerosa para este. En diversas ocasiones se ha sometido por los reclamantes ante este DCMR la actuación de una determinada entidad que, al recibir la solicitud de sus clientes de aplicación de la dación en pago de sus viviendas, reconduce la operación a través de una sociedad que formaliza una compraventa con subrogación de hipoteca con el cliente. La entidad no informa al reclamante de la normativa de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y en particular de las ventajas fiscales, notariales, registrales y de alquiler social que establece el Real Decreto-ley 6/2012, sino que propicia la compraventa, condonando parte de las cantidades debidas. De resultas de ello, al cliente le es requerido el pago de determinados impuestos y gastos, que en caso de dación en pago al amparo del Código correrían a cargo de la entidad. En estos casos, se emite pronunciamiento contrario por posible quebrantamiento de la normativa de transparencia (al estar la entidad adherida a la versión del CBP modificada por la Ley 1/2013).

En el expediente R-201611671, la prestataria venía presentando impagos de su préstamo desde el año 2012. Desde esa fecha, y de forma continuada, la entidad conocía la situación de dificultad de su cliente, que además había pedido insistentemente a la entidad la flexibilización de su préstamo, sin invocar el CBP, pues desconocía su existencia. En el mes de julio de 2013, y sin informar del contenido y funcionamiento del CBP, la entidad suscribió con la reclamante una novación modificativa del préstamo, ajena a esta normativa y menos beneficiosa para su cliente, y otro préstamo hipotecario, destinado a regularizar las demoras y gastos generados. Se apreció posible quebrantamiento normativo, por incumplimiento de la obligación de informar de la existencia y contenido del código. Con la presentación de la reclamación, la entidad reconoció que su cliente se encontraba en el umbral de exclusión, razón por la cual se apreció además la posible existencia de un quebrantamiento normativo, por incumplimiento del artículo 5.4 del RDL 6/2012, en la redacción dada por la Ley 1/2013, que indica que una vez que la entidad se adhiere al CBP, y el cliente acredita estar en el umbral, son de obligada aplicación las medidas contenidas en dicho CBP.

b. Otras ventajas aplicables a los deudores sin recursos

La limitación de los intereses moratorios

En este punto, y a fin de aclarar por qué una reestructuración de deuda o una dación en pago resultan menos gravosas para el cliente si se realizan al amparo del RDL 6/2012 que si lo hacen fuera de este, conviene recordar, en primer lugar, que el RDL introduce una *limitación de los intereses moratorios* que puede cobrar la entidad al deudor hipotecario sin recursos, desde que se acredite que está en el umbral de exclusión. Más tarde volveremos sobre este asunto[61].

El alquiler social

Además, hay que tener en cuenta que, al solicitar la dación al amparo del Código, el prestatario puede obtener el uso de la vivienda en alquiler, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Ventajas fiscales y notariales

Y, por último, es oportuno recordar las ventajas fiscales y notariales que introdujo el RDL 6/2012 —que en algún caso comportan para la entidad la asunción de gastos que, de no aplicarse el Código, serían a cargo del cliente—. En particular, dicha norma modificó:

- El texto refundido de la *Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados,* de forma tal que las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se realicen al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, quedan exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados.

- El texto refundido de la *Ley Reguladora de las Haciendas Locales,* disponiéndose que en las transmisiones realizadas por los deudores situados en el «umbral de exclusión» con ocasión de la dación en pago de su vivienda, efectuada al amparo del Código de Buenas Prácticas, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.

- La *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio,* que incorpora una «Disposición adicional trigésima sexta. Dación en pago de la vivienda», en la que se señala que estará exenta de este impuesto la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores situados en el «umbral de exclusión» con ocasión de la dación en pago de su vivienda, efectuada al amparo del Código de Buenas Prácticas.

Además, la norma estableció una bonificación del 50 % en los derechos arancelarios notariales y registrales que se deriven de la cancelación del derecho real de hipoteca en los casos de dación en pago de deudor hipotecario situado en el «umbral de exclusión» que establece el Real Decreto-ley 6/2012, al tiempo que se indica que el deudor no soportará ningún coste adicional de la entidad financiera que adquiere, libre de carga hipotecaria, la titularidad del bien antes hipotecado.

En el expediente R-201612513, el reclamante —que había solicitado a la entidad la dación en pago extintiva de la deuda, respecto a su vivienda habitual—, y una sociedad gestora,

61 Quedan limitados al interés remuneratorio pactado con un diferencial del 2,5 % o del 2 %, según la versión del Código, frente al tipo de interés de tres veces el tipo de interés legal del dinero, establecido para deuda hipotecaria sobre vivienda habitual.

tercero designado por la entidad reclamada, habían formalizado escritura de compraventa del inmueble, y, además, la entidad había formalizado escritura de cancelación del préstamo hipotecario, todo ello en una operación propiciada por la entidad. La parte reclamante había solicitado al Ayuntamiento la aplicación de los beneficios fiscales previstos en el RDL, pues en el apartado a) *in fine* del punto 3 del Código de Buenas Prácticas se prevé la posibilidad de que la transmisión de la vivienda para la cancelación de la deuda se efectúe a favor de un tercero que la entidad acreedora designe. Sin embargo, el Ayuntamiento denegó la exención, alegando que la escritura describía una compraventa, y que no era su competencia la calificación de si el verdadero negocio jurídico subyacente era o no una dación en pago. La citada exención ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Dirección General de Tributos en la consulta vinculante V0261-16. Lo cierto es que la escritura de compraventa que se formalizó no hacía constar que la operación se llevase a cabo al amparo del Código de Buenas Prácticas ni que los reclamantes cumpliesen los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley 6/2012 para situarse dentro del umbral de exclusión. Las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en los contratos sea clara y transparente, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse. Por tanto, si la entidad consideraba que los reclamantes se encontraban dentro del umbral de exclusión, debió velar por el buen fin de la operación, asegurándose de que la escritura reflejase de forma clara que la operación se formalizaba conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012 y que la parte reclamante cumplía con todos los requisitos para la dación en pago; por no hacerlo, se apreció la existencia de una práctica bancaria incorrecta.

c. Respuesta esperada de la entidad

Del mismo modo, el DCMR ha venido indicando que una actuación acorde con las buenas prácticas y usos financieros, o con la normativa de disciplina, requiere que, cuando un cliente comunique a su entidad la dificultad o imposibilidad de cumplir con sus compromisos de pago en los términos que fueron pactados en su día, esta informe al cliente de su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, así como de los requisitos y circunstancias que han de concurrir para, en su caso, considerarlo situado dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 —«umbral de exclusión»—, facilitando a este que pueda solicitar y acogerse a las medidas que el Código contempla.

En algún caso, el reclamante expuso su disconformidad porque la entidad no le aplicara las medidas contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Ante esta afirmación, la entidad alegó que la fecha de presentación de la solicitud de dación en pago era posterior a la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria. El DCMR consideró la actuación de la entidad contraria a las exigencias del Código, pues ni se informó de su existencia ni se aclaró que la mera interposición de la demanda de ejecución hipotecaria por parte de la entidad no impediría al deudor hipotecario solicitar y obtener la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Así, tan solo quedaría excluida la posibilidad de solicitar la medida de reestructuración de la deuda hipotecaria y la de dación en pago en aquellos supuestos en los que el deudor hipotecario se encuentre en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de subasta, pero no antes.

Igualmente, debemos aclarar que, a pesar de que el artículo 10.1.a) de la Orden ECC/2502/2012 de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de reclamación, contempla como supuesto de inadmisión el sometimiento al Departamento de casos que se encuentren pendientes de litigio ante los tribunales de justicia, lo cierto es que la

existencia de un procedimiento judicial contra la reclamante en estos casos no puede ser un impedimento para que entremos a conocerla. Así, la mera lectura de la regulación que el Código realiza de las tres medidas en él contempladas pone de relieve que el legislador tuvo en mente la posibilidad de que quien pretendiera su aplicación fuera un deudor hipotecario contra el que se hubiera iniciado un procedimiento ejecutivo. En consecuencia, este Departamento considera que no concurre causa de inadmisibilidad.

Por supuesto que, recibida petición expresa de aplicación del Código, una actuación de la entidad acorde con la diligencia debida pasaría por:

A) Denegar su aplicación, de forma inmediata y motivada, cuando conozca de alguna circunstancia que, a simple vista, impida dicha aplicación

En el supuesto de que existiera alguna circunstancia conocida por las entidades que, sin necesidad de efectuar mayores análisis y acreditaciones, determinara, desde un primer momento, la no aplicación al supuesto de lo establecido en el Código, cabe exigir a aquellas que respondan a las solicitudes que les hubieran sido formuladas, informando a sus clientes de que no les resultan de aplicación las medidas contempladas en el Código, detallando la/s causa/s invocada/s, con objeto de que estos puedan llevar a cabo cuantas actuaciones estimen convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

En ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el DCMR que, a pesar de que las entidades estaban adheridas al Código de Buenas Prácticas, estas no habían aplicado las medidas solicitadas y/o contempladas en él. Sin embargo, las entidades reclamadas alegaron ante el DCMR, y así quedó acreditado, mereciendo nuestro pronunciamiento favorable, que los reclamantes no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del real decreto-ley, bien por no reunir las circunstancias necesarias para considerarlos situados en el «umbral de exclusión», bien por no aportar la documentación requerida (estando acreditado que la entidad se la había solicitado), o bien porque, aportada esta, tras ser analizada se había puesto de manifiesto que no concurrían las circunstancias necesarias para que dichos supuestos estuvieran sujetos al Código de Buenas Prácticas o para poder solicitar la aplicación de algunas de las medidas en él contempladas, de lo que se informó correctamente a sus clientes. Es un ejemplo en este sentido la denegación por la entidad, de forma correcta y diligente, de la aplicación de las medidas por quedar acreditado que la vivienda no es el domicilio habitual de la unidad familiar del reclamante, por no estar empadronado en la vivienda.

En el expediente de reclamación R-201612825, la entidad informó correcta y diligentemente de la existencia y contenido del CBP, y de la documentación a aportar. Entregada esta parcialmente por la reclamante, el banco requirió a su cliente, mediante burofax, y en el plazo de escasos días, la entrega de la documentación faltante. Una vez que la deudora entregó esta, y antes del transcurso del plazo de un mes, la entidad denegó la aplicación del CBP, por entender que la reclamante, a pesar de las difíciles circunstancias en las que se encontraba, no podía considerarse situada en el umbral de exclusión, pues no había sufrido una alteración significativa de sus circunstancias, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, resultando además la contestación suficientemente motivada, pues había informado con detalle de los cálculos efectuados, poniendo en relación los ingresos de la unidad familiar con la carga hipotecaria soportada.

En contraste con lo anterior, no consideramos diligente que los representantes de la entidad, en lugar de esto, requieran del cliente diferente documentación, a lo largo del tiempo,

generando en él falsas expectativas, en ocasiones por el propio desconocimiento que los representantes de la entidad tienen de la normativa.

En ocasiones, los expedientes han puesto en evidencia la existencia de situaciones jurídicamente complejas, al existir dudas de hecho y de derecho sobre la procedencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, no pudiendo emitir este DCMR su opinión al respecto, pues comportaría el pronunciamiento sobre materia ajena a su competencia. Así, no correspondería a este Departamento pronunciarse sobre si un apartamento turístico puede o no constituir domicilio habitual del deudor, pues, a pesar de que se haya presentado volante de empadronamiento, la normativa vigente al respecto —Ley 1/1999, de 12 marzo, de ordenación del turismo de la Comunidad de Madrid, y Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid— establece que la vivienda que tiene condición de apartamento turístico no puede, a su vez, servir de residencia permanente —por lo que no podía ser destinada a vivienda habitual—.

En el expediente R-201611535 la reclamante solicitaba su liberación como deudora de un préstamo hipotecario. En su día, la deudora adquirió una vivienda en compañía de su pareja de hecho, financiada por préstamo hipotecario suscrito con dicha finalidad. Mediante acuerdo privado homologado judicialmente, con ocasión de la separación de la pareja, el otro codeudor asumió el 100 % de la titularidad de la vivienda, comprometiéndose a asumir la totalidad del préstamo. Sin embargo, no se tramitó dicha situación ante la entidad, de forma que la reclamante seguía respondiendo personalmente del préstamo. Posteriormente, el codeudor falleció, repudiando sus herederos la herencia. La reclamante ahora debe responder solidariamente del préstamo, pues, como decimos, la entidad no aceptó su liberación como deudora; en cambio, la reclamante no puede beneficiarse de la propiedad de la vivienda. La entidad inició en su momento un procedimiento ejecutivo, pero solicitó su archivo, al acaecer el fallecimiento del codeudor. La reclamante solicita la dación en pago de la vivienda —o que continúe la entidad con la ejecución para cobrarse con el producto de la realización del inmueble—, pero la entidad ha denegado dicha posibilidad, pues la reclamante no es titular del inmueble ni este constituye su vivienda habitual. Este DCMR concluyó que no podía emitir su pronunciamiento en cuanto a las cuestiones sometidas, por cuanto atañen a la política de riesgos de la entidad, en la que no podemos inmiscuirnos. Además, y en cuanto a la aplicación del RDL 6/2012, no cabría, pues, como señalaba la entidad, la finca controvertida no constituía la vivienda habitual de la deudora.

En el expediente de reclamación R-201515894, la reclamante manifestó que había recibido resolución favorable a su solicitud de reestructuración de deuda al amparo del CBP, en que se formulaba un plan de reestructuración viable. Sin embargo, la entidad se negaba a formalizar el plan y a suscribir la escritura de novación modificativa sin la intervención de la heredera del fiador fallecido, la cual no había aceptado la herencia. Alternativamente, la entidad ha ofrecido acceder a la reestructuración si la hija del fiador desaparecido prestaba fianza por una determinada cantidad. La eventualidad sufrida no está prevista expresamente en el CBP, ni en el RDL, y subyace en el expediente una cuestión de derecho privado, pues lo cierto es que lo exigido por la entidad podría ser preciso para la conservación de las garantías personales que sirvieron de base para la concesión del préstamo. Por dicho motivo, este DCMR no emitió pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad, y valoró positivamente su actuación, pues ante la situación había ofrecido diversas alternativas a su cliente.

En cambio, en el expediente R-201613542 se alcanzó un pronunciamiento contrario a la entidad, en un caso similar. La deudora relataba que, tras el fallecimiento de su esposo y codeudor, sus circunstancias económicas le hacían imposible cumplir con sus obligaciones de pago, por lo que solicitaba a la entidad la aplicación de la medida de reestructuración de deuda y, en concreto, que le presentara el plan de reestructuración, pues los herederos del codeudor necesitaban dicha información para valorar si aceptaban o no la herencia. Por su parte, la entidad exigía la documentación que pudiera justificar que los herederos legales del copropietario fallecido reunían los requisitos para beneficiarse de la normativa. Los herederos del codeudor no formaban parte de la unidad familiar de la reclamante, y su situación económica no era relevante para la medida de reestructuración de deuda solicitada —solo lo sería si la reclamante solicitara una quita o la dación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3, 2, d) del RDL 6/2012, tras la redacción de la Ley 1/2013—. Por lo tanto, la entidad debió valorar la situación de la reclamante y formular en su caso el plan de reestructuración, sin exigir la entrega de la documentación relativa a los herederos. Y esto es así con independencia de que posteriormente fuera necesaria la oportuna resolución de la testamentaría y la concurrencia de los herederos copropietarios no convivientes a la suscripción de la escritura de novación, si la entidad solicitaba la elevación a pública de la novación, la cual puede ser solicitada por esta, asumiendo los gastos que comporta.

La misma conclusión se alcanzó en el expediente R-201517288, en el que la deudora se hallaba separada legalmente del copropietario y codeudor. La entidad no informó del contenido y del funcionamiento del CBP cuando la reclamante desatendió el pago, y cuando solicitó la aplicación de la medida de reestructuración, la solicitud no fue atendida, por entender la entidad que la unidad familiar de la deudora no cumplía con el requisito del artículo 3, 2, d) al que se ha aludido (en el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a, b y c anteriores). La entidad debió requerir a la parte reclamante la documentación para constatar si la unidad familiar estaba dentro del umbral y, en caso de que así fuera, formular un plan de reestructuración, de forma previa a contemplar la posibilidad de elevar a pública la novación resultante. Reiteramos aquí que, tras la modificación operada en el RDL 6/2012 por la Ley 1/2013, las circunstancias del codeudor no conviviente solo son relevantes para la quita y la dación, y no para la reestructuración.

Por otro lado, consideramos apartada de la correcta práctica bancaria la denegación no motivada de la aplicación, pues genera indefensión al prestatario. En algunos casos planteados al DCMR, la entidad, ante la petición de su cliente, ha denegado la aplicación del Código, excusando que este no es de aplicación por una determinada razón, de forma que, ante la argumentación motivada de su cliente en contra de dicha razón, ha alegado en sucesivas ocasiones otras diferentes, que no fueron puestas de manifiesto en un primer momento, dilatando con ello la resolución final, fuera cual fuera esta, lo cual, obviamente, no es correcto.

En el expediente R-201612175, la entidad resolvió negativamente la solicitud de reestructuración solicitada, señalando que el reclamante no se encontraba en el umbral de exclusión y, además, que el plan de reestructuración no era viable. La motivación dada por la entidad, en una mera comunicación no personalizada y sin realizar cálculo alguno, le pareció a este Departamento incorrecta y contradictoria. Si el banco consideraba que el reclamante se encontraba fuera del umbral de exclusión, debió indicar el motivo exacto, a fin de no generar indefensión. Y, en el caso de que se situara dentro del citado umbral, debió formular el plan de reestructuración conforme al CBP, y advertirle, en su caso, del

carácter inviable de este, realizando los cálculos pertinentes. Esta misma práctica de la entidad se advirtió en otras reclamaciones, en las que igualmente se alcanzó pronunciamiento contrario a dicho proceder.

B) Analizar la solicitud y la documentación aportada, y contestar inmediatamente, requiriendo la que falte, y concretándola

No es diligente que, tras recibir del cliente la documentación que este ha considerado suficiente, se le dé contestación solicitando de nuevo toda la documentación mediante un formulario estandarizado, como tampoco lo es que el requerimiento se formule después de varios meses desde la primera presentación y, en ocasiones, al recibir desde el DCMR la solicitud de alegaciones tras la presentación de una reclamación.

En el expediente R-201612291, los reclamantes manifestaron que habían solicitado a la entidad la reestructuración de su deuda hipotecaria, aportando toda la documentación acreditativa de estar en el umbral, en mayo de 2015. La entidad les solicitó en reiteradas ocasiones la entrega de documentación adicional —que ya había sido aportada inicialmente, pero que por la falta de diligencia de la entidad había quedado obsoleta—, señalando repetidamente, ante las sucesivas solicitudes del cliente, que procedía a realizar los trámites oportunos, sin que quedara acreditado en el expediente que el banco desarrollara actividad alguna. El DCMR consideró que la entidad reclamada podría haber quebrantado las normas de disciplina, por no haber informado a su cliente adecuadamente, ni haber gestionado diligentemente su solicitud, a efectos de tramitarla con urgencia, como señala el RDL 6/2012.

También los reclamantes manifestaron ante el DCMR que, solicitada a la entidad la reestructuración de su deuda hipotecaria y habiendo adjuntado a la solicitud los documentos para la comprobación de las condiciones de vulnerabilidad señaladas en la norma, la entidad no había procedido a aplicar las medidas solicitadas ni les había facilitado contestación escrita alguna. En alegaciones, las entidades excusaron que se había requerido la documentación adicional verbalmente, o que por este mismo conducto se había denegado la petición, sin acreditarlo. En alguno de dichos casos, la contestación ante este Departamento fue tan escasamente motivada y tan deficientemente documentada que se apreció que podría considerarse falta de colaboración no solo con su cliente, sino también con el DCMR.

C) Reconducir la solicitud del prestatario, informándole de que las medidas dispuestas por el Código no son simultáneas, ni alternativas, respecto de la libre elección del cliente o de la entidad, sino que son sucesivas

Por tanto, recibida solicitud de dación en pago, y en cumplimiento del deber de publicidad que incumbe a la entidad, no consideramos suficiente que deniegue esta medida sin orientar al cliente a la solicitud de una reestructuración que podría ser viable.

Y tampoco consideramos adecuado que se deniegue sin más la reestructuración, por considerarla inviable, sin justificar su resolución.

d. Dentro del plazo de un mes desde la solicitud con la documentación completa, se debe formular el plan de reestructuración

En este punto recordamos a las entidades que, una vez que el cliente acredita su situación de exclusión, y que la vivienda se encuentra dentro del ámbito objetivo de aplicación del Código, la entidad tiene la obligación de formular el plan de reestructuración en los términos y plazo establecidos en el Código.

Y en el plan debe advertir su viabilidad o no viabilidad, justificando cuáles son los ingresos de la unidad familiar tenidos en cuenta, el importe de la cuota resultante de la aplicación conjunta de las medidas y el porcentaje que se alcanza entre las dos magnitudes, que es el que debe tenerse en cuenta para valorar dicha viabilidad. Es decir, la viabilidad o no de la operación no la determina subjetivamente la entidad, a tanto alzado y sin justificación alguna, como en algunos casos se deduce que esta entiende de la lectura de sus alegaciones, ni tampoco el cliente, que manifiesta que con el 40 %, el 50 % o el 60 % de sus ingresos no puede hacer frente a sus gastos en condiciones dignas. La viabilidad del plan es objetiva y la determina la norma (la cuota no debe suponer más del 60 % de los ingresos familiares en la primera versión del Código, y más del 50 % de ellos en la segunda versión, que puede llegar a ser del 40 % en supuestos de especial vulnerabilidad). En caso de ser inviable el plan, la entidad debe informar al cliente de las sucesivas medidas que prevé el Código.

En el expediente R-201604978, el reclamante manifestaba que se encontraba en el umbral de exclusión, y que por dicha razón solicitó a la entidad la reestructuración de su deuda hipotecaria. No obstante, la entidad denegó su solicitud al entender que la reestructuración de su deuda resultaría inviable de conformidad con el apartado 2 a) párrafo 2.º del CBP, por cuanto la cuota resultante en el período de amortización del préstamo resultaría superior al 50 % de los ingresos actuales de la unidad familiar.

La viabilidad del plan de reestructuración se mide poniendo en relación la cuota del período de carencia con los ingresos actuales de la familia

Frente a esto, la parte reclamante entendía que la viabilidad del plan de reestructuración debía medirse poniendo en relación los ingresos de la unidad familiar con la cuota resultante durante el período de carencia (cuota en la que se pagan solo intereses, al tipo del euríbor +0,25, y que lógicamente resulta más baja), de tal forma que quedaría muy por debajo del 50 % de los ingresos conjuntos de la unidad familiar, por lo que el plan sería viable. La entidad reconoció que el reclamante estaba en el umbral de exclusión, y, sin embargo, no formuló el plan de reestructuración, como exige la normativa, detallando en él si era viable o no, poniendo en relación los ingresos con la cuota resultante, e indicando la existencia del resto de las medidas. Por eso se apreció que la actuación de la entidad podría ser contraria a la normativa de transparencia y protección de la clientela.

En cuanto al asunto de fondo que se suscitaba en el expediente, sobre qué cuota debía ser tenida en cuenta para valorar la viabilidad del plan, el Departamento había venido observando una interpretación discrepante entre las entidades adheridas al Código al elaborar los planes de reestructuración, siendo que algunas entidades ponían en relación con los ingresos actuales del deudor la cuota del préstamo que resultaría aplicable tras el período de carencia —lógicamente más elevada—, mientras que otras tenían en cuenta la de menor importe del período de carencia inmediatamente posterior a la reestructuración.

Con motivo del análisis de los primeros expedientes de reclamación referidos a la aplicación del CBP, en su primera versión, se consideró que la entidad no actuó debidamente en un caso en el que no había advertido sobre la inviabilidad del Código transcurridos los cuatro años del período de carencia de amortización del capital pendiente de pago del préstamo. Ello significaba que una conducta de la entidad ajustada al CBP hubiera consistido en elaborar los planes de reestructuración de deuda al amparo del Código, considerando su viabilidad a largo plazo [criterio recogido en la *Memoria de Reclamaciones* del año 2013 (p. 360)].

Sin embargo, las sucesivas medidas legislativas por las cuales se ha ido modificando la normativa aplicable a los deudores hipotecarios sin recursos han puesto en evidencia que

la voluntad del legislador es ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del Código, al menos en lo referido a la medida de reestructuración. Así, en la primera versión del RDL 6/2012, el ámbito de exclusión era coincidente para la medida de reestructuración, y para las sucesivas medidas de quita y de dación, de forma que, de resultar inviable el plan, todos los deudores que estaban dentro del ámbito de exclusión —que era muy restringido— podían acceder a la dación en pago, sin que la entidad adherida pudiera negarse. En tal sentido, el prestatario que solicitaba la dación, se veía beneficiado si se relacionaban sus ingresos actuales con una eventual cuota futura. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, la norma estableció la existencia de un doble umbral de exclusión, de una parte más amplio para la reestructuración y, de otra, más restrictivo —como ya lo era antes— para la dación. Por ejemplo, desde ese momento ya es posible que el deudor hipotecario sin recursos pueda acceder al plan de reestructuración, a pesar de tener ingresos procedentes del trabajo, cuyos límites, además, se han ampliado en la reforma del Código operada en 2015. Igualmente, se han ampliado los valores del precio de la compraventa de la vivienda de dichos prestatarios. En definitiva, es clara la voluntad legislativa de ampliar el colectivo de prestatarios que pueden acogerse al plan de reestructuración del Código.

Por otro lado, la Comisión de Control del Código de Buenas Prácticas tiene publicado en el sitio web de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, del Ministerio de Economía, desde octubre de 2015, un compendio de consultas sobre la aplicación del Código, interpretativas de la norma. En dicho compendio se puede leer, en el apartado 8, «Sobre la reestructuración de deudas hipotecarias (medidas previas a la ejecución hipotecaria)», entre otros aspectos, que «[l]os ingresos de la unidad familiar computables a efectos de calificar el plan de reestructuración como viable o inviable deben ser los actuales».

En este escenario, tras las reformas normativas, y caminando en el mismo sentido de la interpretación dada por la Comisión, este DCMR entiende que tanto los ingresos como la cuota que debe tenerse en cuenta para la valoración de la viabilidad de la operación deben hacer referencia al momento «actual» en el que la entidad aborda el estudio de la operación. Así las cosas, siendo los ingresos que se deben valorar los «actuales», no parece razonable poner en relación dichos ingresos —que al cabo de cinco años pueden haber sufrido una alteración tanto a la baja como al alza— con una cuota futura, la que aplica la entidad teniendo en cuenta el período de amortización, una vez transcurridos esos cinco años, calculada teniendo en cuenta, además, el tipo de interés actual. Finalmente, dicha interpretación —poner en relación los ingresos actuales con la futura cuota del período de amortización para calcular la viabilidad— restringiría, en contra de la voluntad patente en la norma, el colectivo de prestatarios susceptible de beneficiarse del Código, siendo así que muchos de estos —la mayoría— tampoco podrían optar a la dación en pago contemplada en la norma.

e. Dentro del plazo de doce meses, si el plan deviene inviable por circunstancias sobrevenidas, se puede solicitar la dación

El momento exacto en que el deudor presenta su solicitud y toda la documentación requerida, de forma completa, es de crucial importancia, por varias cuestiones.

En primer lugar, porque a partir de él comienzan a computar tanto el plazo de un mes de que dispone la entidad para formular el plan de reestructuración como el de doce meses de que dispone el deudor para, en su caso, pedir la dación en pago extintiva. Debemos aclarar, puesto que de las alegaciones formuladas por alguna entidad parece que se deduce la existencia de duda al respecto, que el plazo de doce meses para pedir la dación es un plazo concedido al deudor para optar a la siguiente medida, a la dación, y no se concibe como un plazo a favor de la entidad, durante el cual esta puede aplicar la dación

solicitada. La entidad debe tramitar cualquiera de las medidas instadas por el deudor con la máxima diligencia y urgencia.

Efectivamente, en el expediente R-201604373, la reclamante y la entidad habían suscrito una reestructuración de deuda de conformidad con las previsiones del Código de Buenas Prácticas anexo al Real Decreto-ley 6/2012; a pesar de ello, no podía hacer frente a la cuota hipotecaria, por cuanto en el momento de presentación de su solicitud de dación en pago no percibía ingreso alguno, cumpliendo con los requisitos exigidos por la normativa para encontrarse situada en el umbral de exclusión estricto exigido para dicha medida. A este respecto, la propia norma determina qué es lo que se entiende por «reestructuración inviable», remitiéndose al párrafo segundo del apartado 2 a) del citado Código, que indica que «[a] estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar». En el caso que nos ocupa, la reclamante, dentro del plazo de los doce meses desde la presentación de la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas que dio lugar a la reestructuración suscrita, solicitó que la entidad aceptara su vivienda para la dación en pago solutoria de la deuda en sucesivas fechas; en ese momento, la entidad habría actuado con la prontitud exigible, denegando las peticiones de su cliente en el momento en que pudo conocer una causa que determinaba la inaplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, como es el hecho de que la cuota hipotecaria no superaba el 50 % de los ingresos netos de la unidad familiar. Sin embargo, se apreció que la entidad había actuado contrariamente a las buenas prácticas bancarias, dado que no motivó con suficiente concreción la causa del rechazo de las solicitudes planteadas por el cliente. Y esto es así con independencia de que, a la vista del expediente, la reestructuración era viable, en los términos indicados por el Código. En cuanto a las solicitudes formuladas por la reclamante tras el transcurso de los doce meses, procede indicar que, una vez transcurrido dicho plazo, no cabe la dación en pago al amparo del CBP. Sin embargo, entendió el DCMR que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, pues, en lugar de denegar diligentemente, explicando adecuadamente esta circunstancia, denegó sucesivamente la solicitud, requiriendo erráticamente documentación adicional.

Retomando el hilo argumental, el momento de la presentación de la solicitud con la documentación completa también es fundamental, porque justo a partir de ese momento le son de aplicación al deudor la moderación de los intereses moratorios dispuesta en el artículo 4 del RDL 6/2012, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, y las previsiones del CBP, en particular las condiciones de la reestructuración, de resultar viable.

La Ley 1/2013 introdujo una modificación en la Ley Hipotecaria (texto refundido según el Decreto de 8 de febrero de 1946), aplicable no solo a los deudores dentro del umbral de exclusión, sino también a todos los titulares de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, en virtud de la cual los intereses de demora de dichos préstamos no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, sin que puedan ser capitalizados.

Además, el RDL 6/2012 contempla una ventaja adicional para los deudores y contratos que son objeto de protección, consistente en que, desde el momento en el que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra situado en el «umbral de exclusión», el interés moratorio será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pac-

tados en el préstamo un 2,5 % sobre el capital pendiente del préstamo. Dicho porcentaje quedó reducido al 2 % con la Ley 1/2013.

Por tanto, acreditada dicha situación, la entidad debe ajustarse en el cálculo de la demora, con carácter inmediato, al tipo de interés que resulte de la aplicación de la norma y, por supuesto, a la fórmula de cálculo señalada. En la práctica, es evidente que la entidad no lo puede hacer de forma inmediata: debe valorar las circunstancias y la formulación del plan supone un decalaje temporal natural, aun en el caso de la mayor diligencia. Por lo tanto, para ajustarse a lo dispuesto por la normativa, a la entidad no le cabe más opción que, llegado el momento, recalcular el préstamo.

Por otro lado, conviene a la entidad —y, por supuesto, al cliente— que el plan de reestructuración se efectúe tan pronto como sea posible, y siempre dentro del mes establecido en el Código.

Si la detección temprana por la entidad de la situación de dificultad sobrevenida funciona, antes o simultáneamente respecto del primer incumplimiento del prestatario, y se formula por este la solicitud de forma pronta y completa —lo cual compete al cliente, pero siempre con la orientación de la entidad, como profesional financiero—, se evita la existencia y acumulación de cuotas vencidas e impagadas, de demoras, de comisiones y de gastos, que luego en definitiva dificultan la reestructuración, o incluso la impiden, en el caso de procedimiento ejecutivo con señalamiento de subasta.

En multitud de expedientes, el DCMR pudo comprobar, a raíz de la documentación aportada por las partes, que había sido excesivo el período trascurrido entre la puesta en conocimiento de la situación de dificultad económica por el reclamante y la formulación de la respuesta por parte de la entidad, fuese esta para informarle sobre la documentación que había de aportar o fuese para emitir una resolución sobre la aplicabilidad de las medidas. Lo dilatado del mencionado plazo —superior al mes— determinó también la emisión de nuestro pronunciamiento desfavorable.

f. Reestructuración, refinanciación y reunificación

En este punto, debemos recordar a los clientes que, por su propio interés, deben ser diligentes en la solicitud de las medidas y en la aportación de la documentación que les es requerida.

Y a las entidades, que no pueden demorar la tramitación de la solicitud, incluso durante el plazo de un año después de tener la documentación, o incluso más, para luego exigir del cliente la puesta al día del préstamo —o la formalización de un préstamo personal— como condición para poder acceder a la reestructuración, lo cual, en la situación de debilidad económica en la que se encuentra el deudor, es imposible.

Igualmente debemos recordar aquí a los acreedores que la opción que confiere el Código de reunificar las deudas —tarjeta, descubierto, préstamos o créditos personales— es adicional a la reestructuración, pero no puede resultar una condición *sine qua non;* es decir, la entidad debe formular un plan de reestructuración de la completa deuda hipotecaria que tiene el cliente con ella en las condiciones reflejadas en el Código —incluso si el cliente tiene con la entidad deuda hipotecaria generada por dos préstamos o créditos hipotecarios, o si la deuda hipotecaria incluye capital vencido, intereses de demora o gastos o costas: todo ello constituye la deuda hipotecaria, derivada del condicionado de la escritura—. Y, adicionalmente, y solo si conviene a ambos, reunificar el resto de las posiciones, en las condiciones que consideren oportunas.

En ocasiones, manifestaba el reclamante que, habiendo referido la situación de dificultad económica por la que atravesaba, lo cual le dificultaba afrontar el pago de la cuota hipotecaria, y habiendo formulado su solicitud de aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas, la entidad había exigido la regularización de las cuotas hipotecarias pendientes o había condicionado la aplicación del Código a la mencionada regularización, ante lo que el cliente mostró su disconformidad.

Una vez analizada la documentación aportada, el DCMR consideró que la conducta de la entidad había sido incorrecta, por haber condicionado la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas, al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, a la regularización de las cuotas hipotecarias vencidas y no satisfechas, requisito este no contemplado en la citada norma.

Mención especial merece el expediente R-201610422, en el que la parte reclamante manifestaba que había solicitado en varias ocasiones a la entidad la reestructuración de su deuda. Ante esto, la entidad ofrecía una reestructuración, junto con la formalización de un préstamo personal para hacer frente a las demoras generadas. En su escrito de alegaciones, la entidad reconocía que se había producido un error en el tipo de interés aplicado a los reclamantes, pues desde enero de 2013 se había venido sumando al tipo de interés de referencia un diferencial de 5,5 puntos, en lugar del pactado, de 1 punto. En la sanción de la operación, se reconocía por la entidad que la unidad familiar estaba dentro del umbral de exclusión, y se condicionaba la reestructuración a la puesta al día del préstamo. El DCMR alcanzó un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad, que pudiera ser constitutivo de quebrantamiento de la normativa, en primer lugar, por la deficiente información prestada a esta familia, que venía incumpliendo sus obligaciones desde el año 2014, situación ante la cual la entidad no les orientó hacia la aplicación del Código. Igualmente, se apreció posible quebrantamiento normativo en la tramitación de la solicitud de los reclamantes, pues el banco reclamado tardó más de seis meses en analizar y requerir información y documentación adicional, dando lugar con su falta de diligencia a que se generaran demoras y gastos que posteriormente dificultaron la reestructuración. Además, como venimos diciendo, este DCMR consideró que la entidad debió haber formulado un plan de reestructuración de la completa deuda hipotecaria del cliente, y que no puede en ningún caso condicionar la reestructuración de la deuda a la solicitud, por parte del deudor, de un préstamo personal para cancelar los intereses pendientes del préstamo hipotecario. Máxime en este caso, en que la entidad, de resultas del error en la aplicación del tipo de interés nominal del préstamo, y tras la reliquidación de él —la cual se produjo sin respetar la fecha de devengo de las cantidades erróneamente cargadas—, debía finalmente a los reclamantes una cantidad importante.

Por su parte, en el expediente R-201610974, la entidad y la reclamante habían suscrito, en su día, una reestructuración de deuda al amparo del RDL 6/2012, mediante escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario, y también un préstamo personal, para «la refinanciación (en condiciones preferentes) de la demora acumulada hasta hoy». Al cabo de los pocos meses, la reclamante vino a peor fortuna, y solicitó y obtuvo la dación de su vivienda para el pago de la deuda. Sin embargo, la entidad no procedió a la cancelación del préstamo personal, que además fue cedido a un fondo de titulización de activos. El DCMR consideró que la actuación de la entidad podría ser contraria a la normativa de transparencia y protección de la clientela por cuanto, en el momento de reestructurar el préstamo, no aplicó el plan de reestructuración a la totalidad de la deuda hipotecaria.

g. Escritura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca. Préstamo titulizado

No debemos terminar este punto, referido a las incidencias detectadas en la aplicación del Código, sin dejar constancia de las cuestiones surgidas en relación con la novación que se opera en las escrituras de préstamo hipotecario, con su elevación a público y con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Para una mejor apreciación de lo que intentamos abordar, se hace necesario transcribir:

– Artículo 5 del RDL 6/2012:

«4 Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite.

5 La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados.»

– Artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo:

«3 Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»[62]

Se deben realizar dos precisiones, a la vista de lo indicado en estos artículos. La primera, que el gasto de la elevación a pública de la escritura novada lo debe asumir la parte a la que le interese; si no fuera el deudor, este no tiene obligación alguna de asumirlo.

De otro lado, se ha puesto en evidencia en algún expediente de reclamación resuelto por este DCMR algún caso en el que la entidad ha excusado la no aplicación de la reestructuración prevista en el Código por la pérdida de rango registral que comportaría aquella, inclu-

62 «Artículo 4. Escritura pública
1 En la escritura de subrogación solo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.
2 Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:
i) la ampliación o reducción de capital;
ii) la alteración del plazo;
iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;
v) la prestación o modificación de las garantías personales.»

yendo en el plan un inciso con el siguiente tenor: «El plan de reestructuración presentado al cliente deudor resulta inviable de acuerdo con los parámetros establecidos en el Código de Buenas Prácticas dado que: existen cargas posteriores que perjudican el rango de primera hipoteca de la constituida en garantía de la operación de préstamo/de crédito a novar».

Ante dicha reclamación, la opinión emitida por este DCMR ha sido que no existe en la norma previsión alguna que declare la inviabilidad del plan por la excusa alegada, siendo que, en el caso de la reestructuración, la norma sí que ha previsto una excepción, la existencia de procedimiento judicial en el que se hubiera anunciado la subasta y, en el caso de dación, esta misma excepción y, además, la existencia de cargas posteriores. Cuando el legislador no ha distinguido, pudiendo haberlo hecho, no parece adecuado que la entidad, que voluntariamente se ha adherido y sometido al Código, lo haga. Todo ello sin prejuzgar (pues no es labor del Departamento) en qué caso concreto se produce la efectiva pérdida del rango de primera hipoteca, que da a la entidad acreedora una posición prioritaria, un mejor derecho respecto a la finca hipotecada sobre los demás deudores; dicha calificación corresponde al registrador que inscriba la escritura de novación.

En estos casos, de cualquier forma, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, la entidad deberá procurar, en beneficio del cliente, una solución proactiva, y no basta con alegar dicha cuestión y archivar, sin más, la solicitud recibida. Ante la obligación autoimpuesta de realizar la reestructuración, la entidad podrá evaluar la mejor forma de cumplirla, apuntando desde este Departamento, a modo de ejemplo, la posibilidad de abordar una quita, o reunificar la deuda, o, como prevé la Ley 2/1994, solicitar *la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior.*

Exactamente con la misma argumentación, esto es, que no existe en la norma previsión que exceptúe a la entidad de aplicar la reestructuración, se reputa incorrecta la actuación de la entidad que alega como excusa para no aplicar el Código que el préstamo está titulizado. El hecho de que un préstamo hipotecario se encuentre titulizado no exime a la entidad financiera de su obligación de cumplimiento de la normativa a la que ha mostrado su adhesión. En este sentido, se aludía en el citado informe al compendio de consultas planteadas y contestadas por la Comisión de Control del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual —publicado en el sitio web del Ministerio de Economía y Competitividad—, en el que expresamente se indica que no se puede alegar por parte de una entidad de crédito la imposibilidad de cumplir lo dispuesto en el Código al amparo de relaciones preexistentes de derecho privado con terceros, y que no hay ninguna referencia en toda la normativa a una exclusión de los préstamos hipotecarios que traiga causa en su titulización.

Igualmente, en otros expedientes se puso en evidencia que el préstamo hipotecario cuya reestructuración se solicitaba había sido cedido por la entidad a una sociedad, remitiendo a su cliente a esta para cualquier reclamación al respecto. Respecto de la cesión realizada, se señaló que este DCMR consideraría inadecuado que, sin haber dado la debida publicidad al Código de forma previa ni haber informado a su cliente de la existencia de este, de sus medidas y de las ventajas de orden fiscal, notarial, etc., que comporta, la entidad hubiera cedido la operación; asimismo, consideraríamos igualmente inapropiado que la escritura de cesión no previera el régimen aplicable y al que la entidad se obligó para el caso en que el prestatario se encontrara dentro del umbral de exclusión.

3.4.5 ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO

Como ya hemos adelantado al escribir sobre el Código y sus diferentes versiones, el mayor cambio normativo con las sucesivas modificaciones no se ha operado sobre el contenido del anexo del RDL 6/2012 —sobre el Código en sí—, sino sobre el resto del articulado de la norma, en el que se establecen, entre otros, su ámbito subjetivo de aplicación, el objetivo, el régimen sancionador y el seguimiento de su cumplimiento

Abordaremos en este punto, siguiendo la sistemática del anterior, primero las diferentes versiones ofrecidas por la normativa, relativas tanto al ámbito subjetivo de aplicación como a su ámbito objetivo, para después realizar una breve referencia a las incidencias detectadas por este Departamento, a través de la resolución de las reclamaciones.

a. El umbral de exclusión

La norma señala que los beneficiarios de las medidas deben ser quienes padecen extraordinarias dificultades para atender el pago de la deuda hipotecaria sobre la vivienda habitual, resultando aplicables a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo *deudor se encuentre situado en el denominado «umbral de exclusión».*

b. Sujetos beneficiarios en el RDL 6/2012

El real decreto-ley señala que se considerarán situados en el umbral de exclusión los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre su vivienda habitual, cuando concurran todas las circunstancias que se indican en el número 1 del artículo 3, las cuales han de ser acreditadas mediante la presentación de los documentos que se relacionan en el número 2 de dicho artículo[63]. Dichas circunstancias son las siguientes:

a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos —con independencia de su edad— que residan en la vivienda.

b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

---

63 Artículo 3.2: «La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado anterior se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:
a) Certificados expedidos por el Servicio Público de Empleo competente acreditativos de la situación de desempleo de los miembros de la unidad familiar residentes en la vivienda. En caso de trabajador por cuenta propia sin rentas, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.
b) Certificado de rentas expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación al último ejercicio tributario.
c) Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.
d) Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
e) Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
f) Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.
g) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.
h) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.»

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedida para su adquisición.

e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales, o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurran las circunstancias expresadas en las letras b) y c).

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

A modo de antecedente de la reforma operada por la Ley 1/2013, debemos indicar que el 16 de noviembre de 2012 se publicó en el *BOE* el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. La norma tenía como objeto fundamental la suspensión inmediata y por un plazo de dos años, desde su entrada en vigor, de los desahucios de las familias que se encontraran en una situación de especial riesgo de exclusión. Las medidas contempladas en la norma son aplicables a personas que se encuentren dentro de los «supuestos de especial vulnerabilidad» y en las que concurran las especiales «circunstancias económicas» que se describen. Su ámbito subjetivo de aplicación se acerca mucho y anticipa la definición que luego habría de contener la Ley 1/2013.

Así, se detallan como supuestos de especial vulnerabilidad los siguientes: familia numerosa, unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo, unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años, unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral, unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo, unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral, y unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, cuando la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

En cuanto a las circunstancias económicas que han de concurrir, estas son las siguientes: que el conjunto de ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de las circunstancias económicas, en términos de esfuerzos de acceso a la vivienda, en los cuatro años anteriores a la fecha de la solicitud, que la cuota hipotecaria sea superior al 50 % de los ingresos netos percibidos por el conjunto de los miembros de la unidad familiar, que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y este hubiera sido concedido para la adquisición de dicha vivienda.

d. Sujetos beneficiarios en la Ley 1/2013

La Ley 1/2013, como novedad, amplía la protección ofrecida a los deudores hipotecarios sin recursos a los avalistas hipotecarios respecto a su vivienda habitual, en las mismas condiciones que el deudor hipotecario en peligro de exclusión. Por otro lado, a los hipotecantes no deudores y a los fiadores les concede, aunque no esté así pactado, el beneficio de excusión.

La redacción que la Ley 1/2013 hace del RDL 6/2012, en cuanto a este punto, amplía en mucho el espectro de beneficiarios que se pueden beneficiar de la medida de reestructu-

ración del Código: las condiciones para que un deudor pueda beneficiarse de una reestructuración son mucho menos restrictivas que las establecidas en el RDL 6/2012, y son muy parecidas a las descritas en el RDL 27/2012.

Sin embargo, en esta Ley 1/2013 las exigencias para las medidas de quita o de dación en pago extintiva se mantienen similares a las exigencias del RDL 6/2012, si bien es cierto que ahora el deudor puede tener rentas derivadas del trabajo, limitadas.

Una vez hecha esta reflexión primera, trascribimos los artículos pertinentes de la norma:

> «Artículo 3. Definición del umbral de exclusión
>
> 1 Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:
>
> a) Que el *conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples*[64]. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.
>
> El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.
>
> b) Que, *en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.*
>
> A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la conce-

64 Según la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, los valores del IPREM fijados para 2016 son los siguientes:
IPREM diario: 17,75 euros/día.
IPREM mensual: 532,51 euros/mes.
IPREM anual (12 pagas): 6.390,13 euros/año.

sión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1 La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2 La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

3 La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.

4 La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

c) Que *la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 % cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).*

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2 *Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas* de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.

c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.»[65]

---

65 Artículo 3.3: «La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

e. Sujetos beneficiarios en el RDL 1/2015

En esta norma se amplía el ámbito subjetivo, incrementándose el límite anual de renta de las familias beneficiarias, que se calculará según el IPREM anual de 14 mensualidades e incluyendo como nuevo supuesto de especial vulnerabilidad que el deudor sea mayor de 60 años.

f. Sujetos beneficiarios en el RDL 5/2017

El RDL 5/2012 ha vuelto a ampliar el conjunto de los beneficiarios del CBP, al introducir en el artículo 3 nuevos supuestos de especial vulnerabilidad. En particular, ahora se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2.º La unidad familiar monoparental con hijos a cargo.

3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.

4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

5.º La unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

6.º La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género.

---

a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:
1.° Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.
2.° Últimas tres nóminas percibidas.
3.° Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
4.° Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.
5.° En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

b) Número de personas que habitan la vivienda:
1.° Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
2.° Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
3.° Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

c) Titularidad de los bienes:
1.° Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.
2.° Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.»

7.º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número.

3.4.6 ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO

El Real Decreto-ley 6/2012 estableció unos parámetros de sujeción al Código de Buenas Prácticas, señalando que este se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no exceda de los valores que se establecen en función del número de habitantes de los municipios donde están ubicados los inmuebles.

a. Viviendas sujetas al Código según el RDL 6/2012

Los valores establecidos en el número 2 del artículo 5 son los siguientes:

a) Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros.

b) Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros.

c) Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros.

d) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

b. Viviendas sujetas al Código según la Ley 1/2013

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica estos valores, elevándolos. Y, además, establece, al igual que en el ámbito subjetivo, un doble rasero: en este caso, más amplio para la reestructuración y la quita, y más restrictivo para la dación.

«5.2 La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal[66]. Asimismo se entenderá por personas a cargo, los descendientes y ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y que dependan económicamente del deudor por percibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional.

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;

b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;

c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;

d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.»

c. Viviendas sujetas al Código según el RDL 1/2015

Más relevante es la reforma operada mediante el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que introduce un factor de corrección, al tener en cuenta para la graduación de los límites de exclusión, no la población del municipio donde se ubica la vivienda en el momento de la solicitud, sino el precio medio de la vivienda libre en la provincia en que esta se encuentra, en el año de adquisición. La redacción sigue manteniendo el doble rasero: para la reestructuración y quita, más amplio, y más restringido, para la dación.

Así, la redacción dada ahora al artículo 5.2 del Real Decreto-ley 6/2012 es la siguiente:

«2 La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20 % del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el *precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento*[67] *para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien,* con un límite absoluto de 300.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmue-

66 Se puede consultar el padrón por municipios en el siguiente enlace: http://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.html?padre=517&dh=1.

67 Se puede consultar dicho dato en el siguiente enlace: http://www.fomento.es/BE2/?nivel=2&orden=35000000.

ble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 250.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.»

Por último, debemos mencionar que el RDL 5/2017 no ha modificado el ámbito objetivo de aplicación del Código.

3.4.7 INCIDENCIAS DETECTADAS EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

La valoración sobre si el deudor hipotecario está en el umbral de exclusión, y su vivienda sujeta al Código, dependerá del momento de la solicitud y, si su entidad está adherida al Código, de la versión a que esta haya mostrado su adhesión.

En no pocas ocasiones, le ha sido imposible determinar a este Departamento si el deudor estaba o no en ese momento —en el de la solicitud— dentro del umbral de exclusión, pues ni la entidad ni el reclamante aportaron la documentación completa, a pesar de nuestra expresa solicitud. La mayor parte de las reclamaciones se presentan por la defectuosa tramitación de la solicitud, por la ausencia de contestación a la solicitud o por la falta de motivación de esta.

En los supuestos en los que la entidad ha llegado a ofrecer una contestación denegatoria motivada, la reclamación se ha centrado en la discrepancia del deudor con la causa alegada por la entidad para no aplicarle las medidas solicitadas, y nuestro pronunciamiento se ciñe a ese motivo concreto de reclamación. Adicionalmente, debemos señalar que, según la normativa que regula el funcionamiento de este Departamento —el artículo 10 de la Orden ECC/2502/2012—, «serán causas de inadmisión por falta de competencia por parte de los servicios de reclamaciones o quejas: [...] d) Cuando la reclamación o queja se fundamente en una controversia cuya resolución requiera necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros». En algunos supuestos, hay circunstancias personales, familiares o económicas cuya valoración escapa de la competencia de este DCMR.

En cualquier caso, es importante recordar que las medidas previstas en el RDL 6/2012 se aplicarán a los contratos y deudores previstos, sin que quepa la aplicación por extensión con carácter normativo o interpretativo a ningún otro ámbito. Aunque también dispone el RDL 6/2012 que, con carácter potestativo, las entidades pueden aplicarlo a deudores diferentes, o mejorar sus previsiones, siempre dentro de su ámbito discrecional de actuación.

a. El umbral de exclusión para la reestructuración al amparo de la versión de la Ley 1/2013: el doble rasero

Fueron numerosas las reclamaciones en las que los reclamantes denunciaron la negativa de las entidades a aplicarles las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas; en su mayor parte, la medida de dación en pago de la vivienda habitual, a pesar de que estaban situados en el umbral de exclusión que establece el real decreto-ley; las entidades alegaron en estas ocasiones que no resultaba aplicable a dichos supuestos el Código de Buenas Prácticas, por cuanto el precio de adquisición de la vivienda objeto de garantía excedía el valor que la norma fijaba para el municipio, desestimando las solicitudes de sus clientes y comunicando a estos sus resoluciones. En estos casos, el DCMR indicó que a dichos supuestos no les resultaba de aplicación el Código de Buenas Prácticas, al no cumplirse con lo dispuesto en el número 2 del artículo 5 de la norma; el Departamento constató —e informó al respecto— en cada uno de los casos que el Código no les resultaba de aplicación por cuanto el precio de adquisición de las viviendas excedía el valor fijado para su municipio en función del número de habitantes —y la eventual existen-

cia de personas a cargo en la unidad familiar—, verificando dicho precio de adquisición de las viviendas en las correspondientes escrituras de compraventa de los inmuebles. Recordamos en este punto que la variable que se ha de tener en cuenta es el precio de adquisición de la vivienda, no el importe del capital concedido en el préstamo hipotecario, según alegan las entidades en ocasiones, cuando este es superior a aquel.

Igualmente, en una serie de casos, los reclamantes solicitaron la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas o manifestaron, de alguna manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria. Las entidades indicaron que, constatada la documentación aportada por la parte reclamante, no se reunían los requisitos para ser considerada en el denominado «umbral de exclusión», resultando que unas veces acreditaban habérselo comunicado convenientemente y otras no. Concretamente, los motivos que alegaban en estos casos eran principalmente los siguientes: unas veces, señalaban que algún miembro de la unidad familiar percibía rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas; en otras ocasiones, indicaban la existencia de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; también se hacía referencia a la existencia de codeudores no incluidos en la unidad familiar que no se encontraban en la situación de umbral de exclusión; y, en otras ocasiones, se manifestaba que la cuota hipotecaria no resultaba superior al 60 % de los ingresos de la unidad familiar. Sin embargo, dado que lo que se solicitaba era una reestructuración, y la entidad en estos casos se encontraba adherida voluntariamente a las modificaciones operadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y puesto que el requisito señalado como impedimento para que fuesen de aplicación al cliente las medidas del Código de Buenas Prácticas era de los requeridos en la versión primitiva del Real Decreto-ley 6/2012, o de los exigibles en el caso de dación en pago, se concluyó considerando que la conducta de la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos financieros.

b. La unidad familiar

En primer lugar, aunque el Código en su nomenclatura hace referencia al deudor hipotecario sin recursos, lo cierto es que las medidas en él contenidas van destinadas a las familias que sufren adversidad económica. La norma define la unidad familiar: «Se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda».

Adicionalmente, el Código es aplicable al deudor hipotecario mayor de 60 años, aun en el caso de no reunir los requisitos para ser considerado como unidad familiar tras la reforma operada por el RDL 1/2015.

c. Los ingresos de la unidad familiar

Se ha planteado ante este Departamento la cuestión de la valoración de los ingresos de la unidad familiar. La normativa exige la presentación de documentación relativa a los ingresos de la unidad familiar de los últimos cuatro años, a fin de valorar la alteración durante los últimos cuatro años de las circunstancias económicas de la familia. Pero la valoración de los ingresos a fin de comprobar si se superan o no los límites exigidos, en proporción a la cuota, la constituyen los ingresos actuales, los mantenidos por la unidad familiar en el momento de la solicitud. Igualmente, dichos ingresos —los actuales— deben ser tenidos en cuenta para valorar la viabilidad o no del plan de reestructuración propuesto.

En el expediente R-201612665, el reclamante sometió a este DCMR su discrepancia con la actuación de la entidad, que había denegado la medida de reestructuración solicitada, indicando que el reclamante no se encontraba dentro del umbral de exclusión, porque el esfuerzo hipotecario soportado en el momento actual (septiembre de 2016) no era supe-

rior al soportado hace cuatro años (septiembre de 2012), multiplicado por 1,5, ni tampoco habían sobrevenido en dicho período circunstancias de especial vulnerabilidad. Este Departamento consideró que la resolución dada por la entidad estaba suficientemente detallada, por cuanto había explicado adecuadamente los cálculos efectuados, poniendo en relación los ingresos percibidos por la unidad familiar con la cuota hipotecaria soportada, tanto en la actualidad —los ingresos de los meses inmediatamente anteriores a la solicitud, es decir, los actuales— como en el cuarto año anterior; por ello, la actuación de la entidad alcanzó un pronunciamiento favorable.

d. La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad

En la versión del Código del RDL 6/2012, en virtud de la redacción textual de la norma, para que pudiéramos considerar al deudor dentro del umbral de exclusión era necesario que el préstamo hipotecario que gravara la vivienda habitual tuviera por destino su adquisición, tanto para el caso de reestructuración como para el de dación.

Sin embargo, como ya se indicó en las memorias del Departamento de los años 2012, 2013 y 2014, «habrá de estarse a que el préstamo o crédito hipotecario recaiga sobre la única vivienda propiedad del deudor y que dicha *financiación haya sido concedida para la adquisición de la vivienda,* no exigiendo dicho real decreto-ley, por tanto, que la financiación tenga por *finalidad única y exclusiva* la adquisición de la vivienda, según pretendía la reclamada y el DCMR no compartía, imponiendo así mayores exigencias que las contempladas en la norma, por lo que su proceder no se ajustó a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012».

Las reclamaciones a las que les es de aplicación el RDL 6/2012, por haber mostrado la entidad su adhesión a esta versión, se resuelven de acuerdo con estos criterios, a saber, debe tener como destino la financiación de la compraventa de la vivienda habitual, pero la finalidad no tiene por qué ser exclusivamente esta.

En la versión de la Ley 1/2013, el préstamo hipotecario, como siempre, debe recaer sobre la vivienda habitual, pero, para el caso de reestructuración, no es exigible que el destino de la financiación sea su adquisición. El préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual puede tener por finalidad financiar algo completamente ajeno a su compraventa (por ejemplo, un negocio o la reforma de la vivienda), y esto no exime a la entidad de aplicar la medida de reestructuración.

No ocurre lo mismo si la medida que se ha de aplicar es la dación en pago. En virtud de la existencia de un doble rasero en el umbral de exclusión, que ya hemos explicado antes, los requisitos para la dación son más restrictivos, y sí que es exigible para el caso de dación que el préstamo tenga por destino la adquisición de la vivienda habitual, aunque no tiene por qué financiar única y exclusivamente esta, según explicamos más arriba.

En ocasiones, la pretensión de los reclamantes se centró en la solicitud de la dación de la garantía en pago total de las deudas. La entidad, en sus alegaciones, pone de manifiesto que la vivienda sobre la que se solicita la operación no es la única que mantiene su cliente en propiedad, y acredita haberle informado de ello ante su solicitud. Las pretensiones fueron denegadas en estos supuestos, acogiendo la alegación formulada por la entidad, en tanto que no se verifica el cumplimiento del requisito de que la vivienda fuera la única en propiedad del reclamante, el cual, en virtud del doble rasero, era exigible para el supuesto de dación; por ello, se emitió un pronunciamiento favorable a las entidades.

Es conveniente aclarar, sin embargo, que en todas las versiones el Código tiene por destino la protección de la vivienda habitual del deudor hipotecario: no podemos hacer extensivas sus medidas a hipotecas sobre el local de negocio ni a las que gravan, por ejemplo, la segunda residencia del deudor.

e. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores

El ámbito de aplicación de la normativa protectora de los deudores hipotecarios sin recursos se amplió mediante la Ley 1/2013, de forma que el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012 establece que «las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario», y el artículo 3 bis de dicho real decreto-ley contempla que «[l]os fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión».

En el expediente de reclamación R-201609175, la parte reclamante ostentaba la condición de fiadora del crédito hipotecario del préstamo hipotecario concedido a su hijo, y, además, de hipotecante no deudora, pues había ofrecido como garantía su propia vivienda habitual. Los interesados mostraban su disconformidad porque, ante el impago del préstamo por parte de su hijo, este y la entidad habían acordado una dación en pago, que ellos entendían que debía ser solutoria de la deuda. Sin embargo, la entidad les había obligado a suscribir un préstamo hipotecario y a hacerse cargo de su pago, lo cual consideraban abusivo. Además, mostraban su disconformidad porque la entidad no había informado sobre la cantidad debida, sobre el principal del préstamo que se habían visto obligados a suscribir. La entidad recondujo la operativa cuestionada a una cuestión de política comercial, señalando que se había ofrecido la información precontractual obligatoria. Sin embargo, este DCMR consideró que la solución ofrecida por la entidad, tanto de dación en pago de la finca como de refinanciación del préstamo mediante nuevo préstamo hipotecario, estaba al margen de las medidas ofrecidas por el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de la deuda hipotecaria sobre la vivienda habitual. La entidad había suscrito estas operaciones sin justificar que previamente se hubiera valorado, y descartado, la posibilidad de reestructurar la deuda, en las ventajosas condiciones del Código, pues esta posibilidad era más favorable a los fiadores ahora reclamantes. Por dicho motivo, se apreció la existencia de un quebrantamiento normativo.

3.4.8 SEGUIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Abordaremos en este punto el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas que establece el Real Decreto-ley.

Así, y como ya es sabido, en primer lugar se determina la competencia del DCMR para conocer las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas, indicándose a este respecto que «[p]odrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al citado Banco de España».

Por otro lado, el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas será supervisado por una comisión de control constituida al efecto.

Entre las funciones de la comisión está recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España[68] y publicar semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Este informe deberá remitirse a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados. Asimismo, corresponderá a esta comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable.

El apartado referente a la Comisión de Seguimiento, publicado en el sitio web del Ministerio de Economía y Competitividad, refleja datos interesantes, como la lista de entidades adheridas a cada una de las versiones del Código, los diferentes informes semestrales de la Comisión, el modelo normalizado de declaración responsable, y un compendio de contestaciones interpretativas de la normativa de deudores hipotecarios sin recursos, formuladas por la Comisión ante las consultas que le han sido sometidas.

Dicha información puede ser consultada en el siguiente enlace:

http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnextoid=d43a d0d172ff7310VgnVCM1000001d04140aRCRD.

En cuanto a su composición, la Comisión, tras la reforma operada en el RDL 6/2012 por la Ley 1/2013, está integrada por once miembros: uno, nombrado por el Ministerio de Economía y Competitividad, con al menos rango de director general, que presidirá la Comisión y tendrá voto de calidad; uno, designado por el Banco de España, que actuará como secretario; uno, designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; un juez; un secretario judicial; un notario; un representante del Instituto Nacional de Estadística; otro, de la Asociación Hipotecaria Española; uno, designado por el Consejo de Consumidores y Usuarios, y dos, designados por las asociaciones no gubernamentales —que determinará el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad— que realicen labores de acogida.

3.4.9 SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO

Desde la versión originaria del RDL 6/2012, el legislador previó el régimen aplicable al deudor que, en fraude del procedimiento, consiguiera que le fueran aplicadas indebidamente las medidas contenidas en el Código para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria[69].

---

68 Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la comisión de control. Esta información incluirá, entre otra, la relativa a las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, y la relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas. Además, también informarán al Banco de España sobre las reclamaciones tramitadas.

69 «Artículo 7. Consecuencias de la aplicación indebida por el deudor de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria.

1 El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.

2 El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

3 También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito.»

Sin embargo, en la primera redacción del Código no se establecía, en reciprocidad, un régimen sancionador para la entidad que, debiendo, no lo aplicara.

Dicha asimetría se corrigió mediante la Ley 1/2013, que introdujo un nuevo artículo 15 en el RDL 6/2012, con el siguiente tenor:

> «Artículo 15. Régimen sancionador
>
> Lo previsto en los apartados 4 y 9 del artículo 5, y en el artículo 6.5 tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha Ley.»[70]

Tres son los supuestos contemplados en la norma:

1 *El incumplimiento por la entidad de su obligación de remitir la información que debe al Banco de España,* establecido en el artículo 6.5: «Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la Comisión de Control. Esta información incluirá, en todo caso:

   a) El número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, con el desglose que se considere adecuado para valorar el funcionamiento del Código.

   b) Información relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas.

   c) Información relativa a las prácticas que lleven a cabo las entidades en relación con el tratamiento de la deuda hipotecaria vinculada a la vivienda de las personas físicas.

   d) Las reclamaciones tramitadas conforme a lo previsto en el apartado siguiente.

   La Comisión de Control podrá igualmente requerir a las entidades adheridas cualquier otra información que considere apropiada en relación con la protección de deudores hipotecarios».

2 *No aplicar las medidas previstas en el Código a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión:* «5.4 Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cual-

---

70 La Ley 26/1988 fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en cuya disposición adicional sexta, «Referencias a la normativa derogada», señala: «Las referencias que en el ordenamiento jurídico se realicen a las normas derogadas de conformidad con lo previsto en la Disposición derogatoria, se entenderán efectuadas a las previsiones correspondientes de esta Ley».

quiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite».

3 *El incumplimiento de sus deberes de publicidad e información de la existencia del Código:* «5.9 Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria».

En virtud de la modificación operada, en la actualidad los informes de este DCMR sobre reclamaciones contra entidades adheridas a la versión del Código de la Ley 1/2013 en los que se aprecie alguno de los supuestos indicados se emiten con la consideración de que su conducta podría suponer quebrantamiento de la normativa de disciplina.

De las actuaciones anteriores podría darse traslado a los servicios de supervisión correspondientes, según prevé el artículo 14 de la Orden ECC 2505/2012, de 16 de noviembre, reguladora de nuestro procedimiento de reclamación, que a tal efecto dispone:

> «Artículo 14. Actuaciones complementarias
>
> 2 Si de las actuaciones practicadas así se dedujese, se remitirán a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento graves o reiterados de normas de transparencia o protección de la clientela.»

En todo caso, la eventual apreciación de que una entidad ha quebrantado con su conducta la normativa de transparencia y protección a la clientela debe ser analizada en el seno del correspondiente expediente disciplinario.

ADENDA: LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA

Criterios de organización y funcionamiento

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN 313

2 ESTRUCTURA ORGANIZATIVA, OBJETIVOS Y MEDIOS 314

2.1 Estructura organizativa 314
2.1.1 Consideración del SAC como función de control 315
2.1.2 Encuadre del SAC en el modelo organizativo de la entidad 315
2.2 Proceso de nombramiento, cese y renovación del titular del SAC 316
2.3 Externalización del servicio de atención al cliente 316
2.4 Conflictos de interés del titular del SAC y de su personal adscrito 317
2.5 Recursos y plan de formación del SAC 318
2.6 Política de remuneración 318
2.7 Objetivos y plan de acción del SAC 319

3 CRITERIOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECEPCIÓN, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE QUEJAS Y RECLAMACIONES 319

3.1 Política general de recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones 320
3.2 Divulgación del reglamento y accesibilidad para clientes 320
3.3 Recepción de quejas y reclamaciones 321
3.3.1 Canales de recepción de quejas y reclamaciones 321
3.3.2 Control y registro 322
3.4 Resolución de quejas y reclamaciones 322
3.4.1 Instancias de resolución 322
3.4.2 Criterios y plazos de resolución 322

4 LÍNEAS DE COMUNICACIÓN, MECANISMOS DE SEGUIMIENTO Y CONTROL DE RECLAMACIONES 323

4.1 Líneas de comunicación y participación en comités o grupos 323
4.2 Informes elaborados por el SAC 323
4.2.1 Informe anual 323
4.2.2 Otros informes 324
4.3 Control del SAC y de los procedimientos de tramitación de quejas y reclamaciones 324
4.4 Mecanismos de seguimiento y control de quejas y reclamaciones 324

5 CONCLUSIONES 325

ADENDA: LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA

Criterios de organización y funcionamiento

1 Introducción

La Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente en las entidades financieras (en adelante, la Orden 734/2004 o, simplemente, la Orden), que desarrolla los artículos 29 y 31 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, estableció los requisitos fundamentales aplicables a tales servicios (SAC), configurando un marco legal que ofrezca a los usuarios de los servicios financieros de estas entidades el nivel de protección suficiente para preservar su confianza en el funcionamiento de los mercados financieros.

En lo que afecta al ámbito estrictamente bancario, corresponde al Banco de España no solo recibir y resolver las reclamaciones que, versando sobre productos y servicios bancarios, presenten ante él los clientes insatisfechos con la resolución (o con la ausencia de esta) dictada por los SAC de las entidades, sino también verificar el reglamento de funcionamiento de dichos servicios y velar por el adecuado desarrollo de la función de gestión y tratamiento de las reclamaciones desde que se presentan en las propias entidades de crédito y otras supervisadas.

Dichas funciones de supervisión en materia de conducta de mercado y transparencia informativa y, en general, aquellas que, como el funcionamiento de estos SAC o defensores, están relacionadas con la protección del cliente son desarrolladas, en el seno del Banco de España, por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (en adelante, DCMR).

En el desarrollo de esta labor, desde la asunción de las competencias supervisoras en esta materia el 1 de octubre de 2014, el DCMR ha ido profundizando en el análisis del funcionamiento de los SAC, identificando en este proceso tanto las mejores prácticas de las entidades supervisadas existentes en este ámbito como instando a la corrección de las debilidades detectadas.

En una primera fase, desarrollada a lo largo de 2015 y los primeros meses de 2016, se llevó a cabo el análisis agregado de la información cuantitativa y cualitativa obtenida de las respuestas recibidas a un exhaustivo cuestionario enviado a 226 entidades sobre los más variados aspectos relativos a sus SAC. Los resultados generales de este análisis agregado fueron compartidos con el sector en un seminario celebrado en el Banco de España el 12 de abril de 2016. Durante 2016 se inició la segunda fase de la actuación, de la que se han realizado 24 actuaciones supervisoras singulares encaminadas a valorar pormenorizadamente y, en su caso, corregir las deficiencias detectadas en el funcionamiento y configuración de los SAC de determinadas entidades de mayor tamaño y complejidad.

Estas actuaciones se han desarrollado, en todo caso, bajo el principio de que los repetidos servicios no solo deben limitarse a tramitar y resolver las reclamaciones y quejas de la clientela, sino que también han de constituir una fuente importantísima de información relevante como mecanismo de alerta temprana y detección anticipada de problemas que, bien aprovechada, permita su corrección o prevención teniendo en cuenta, en todo caso, tanto la normativa nacional aplicable como las guías supervisoras adoptadas por el Banco de España en esta materia, en particular las directrices sobre la gestión de quejas y reclamaciones

para los sectores de valores (ESMA) y bancario (Autoridad Bancaria Europea —ABE—)[1], la Guía de la ABE sobre Gobierno interno[2] y las directrices, también emitidas por la ABE, sobre políticas y prácticas de remuneración relacionadas con la venta de productos y la prestación de servicios de banca minorista[3].

El objetivo de este documento es compilar y dar a conocer los criterios que, a la luz de las citadas normas y guías, se han tomado en consideración a los efectos de determinar lo que, desde la perspectiva del Banco de España, debe entenderse como buenas prácticas en el ámbito de la organización y funcionamiento de los SAC de las entidades supervisadas, y especialmente de aquellas que, como las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito, alcanzan un mayor tamaño y complejidad en su actividad. Dichos criterios se organizan en tres grandes áreas, en torno a las cuales se desarrollan los diversos criterios: i) la estructura organizativa, los objetivos y los medios del SAC; ii) los criterios y procedimientos para la recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones, y iii) las líneas de comunicación y los mecanismos de seguimiento y control de quejas y reclamaciones.

2 Estructura organizativa, objetivos y medios

Los artículos 4, 5 y 6 de la Orden 734/2004, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, establecen distintos requisitos relacionados con la estructura organizativa necesaria para el tratamiento de las quejas y reclamaciones.

2.1 ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

2.1.1 Consideración del SAC como función de control

Además de la función más evidente y explícita relacionada con la tramitación y resolución de reclamaciones, la Orden 734/2004, implícita o tácitamente, atribuye otra a la figura obligatoria del SAC incardinada dentro del marco de las funciones de control con que la entidad ha de contar. Tal función ha de ubicarse, en el marco del ya clásico modelo de las «tres líneas de defensa»[4] asumido por los organismos regulatorios internacionales en el ámbito financiero, como segunda «línea defensiva», es decir, formando parte del conjunto de unidades encargadas de garantizar el control adecuado de los riesgos, una conducta empresarial prudente, el cumplimiento de las leyes, normativas y requisitos de los supervisores, así como el de las políticas y procedimientos internos de la entidad, razón por la cual debe gozar de la suficiente independencia de las áreas de negocio sobre las que gira su verificación.

Y ello es así porque los SAC no solo tienen encomendada la función de supervisar y valorar la actuación de las áreas comerciales y operativas en su relación con el cliente cuando media reclamación o queja de este último, sino que también cabe esperar[5] que analicen de forma continua los datos sobre la gestión de quejas y reclamaciones con objeto de identificar y abordar los problemas recurrentes o sistémicos, haciendo partícipe de los resultados de tal análisis a su órgano de administración.

---

1 JC 2014 43, elaboradas por el Joint Commitee, conformado por las tres autoridades supervisoras europeas.
2 Guía de la EBA GL 44, de la EBA.
3 Guía EBA/GL/2016/06.
4 Este modelo, que inspira la Guía de la EBA sobre Gobierno Interno, establece que una entidad debe contar con procesos eficaces de gestión de riesgos, a través de una primera «línea defensiva». Como segunda «línea defensiva» se requiere un marco de control interno con sistemas que garanticen el control adecuado de estos, y una tercera «línea defensiva», desarrollada por la función de auditoría interna, que realiza una revisión independiente de las dos primeras «líneas defensivas».
5 5.ª directriz sobre la gestión de quejas y reclamaciones para los sectores de valores y bancario.

En este sentido, deben entenderse extensibles a los SAC los requisitos exigidos, en términos de nivel jerárquico y organizativo, a las restantes funciones de control que constituyen la citada segunda línea de defensa, aplicados en términos proporcionales a la complejidad y el tamaño de la entidad.

2.1.2 Encuadre del SAC en el modelo organizativo de la entidad

El artículo 6 de la Orden 734/2004 señala, respecto del SAC, que «las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para separar el departamento o servicio de atención al cliente de los restantes servicios comerciales u operativos de la organización, de modo que se garantice que aquel tome de manera autónoma sus decisiones referentes al ámbito de su actividad y, asimismo, se eviten conflictos de interés».

Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Orden 734/2004, el titular o responsable del SAC, además de disponer de la imprescindible honorabilidad comercial y profesional, ha de contar no solo con los adecuados conocimientos especializados y experiencia —tal y como expresamente exige la normativa—, sino también con la autoridad y peso institucional necesarios para adoptar sus decisiones de manera autónoma, impidiendo que las unidades de negocio o servicios operativos interfieran en la gestión y resolución de reclamaciones, contando con capacidad para elevar propuestas al órgano de administración y, en general, disponiendo de acceso fluido a dicho órgano.

Sin duda, corresponde exclusivamente a la entidad determinar las concretas ubicación y dependencia orgánica del SAC dentro de su estructura, de manera que quede garantizado que su titular pueda actuar, en el ejercicio de sus funciones, con independencia respecto de los restantes servicios comerciales u operativos de la organización.

En este sentido, con la finalidad de que dicha independencia se vea favorecida, las entidades pueden optar por hacer depender orgánicamente al SAC de un modo directo del máximo órgano de administración de la entidad, o por fijar su dependencia orgánica de comités u órganos de carácter transversal que sean ajenos a la gestión del negocio de la entidad. En todo caso, deberán adoptarse las medidas precisas encaminadas a garantizar su independencia funcional con respecto al resto de las unidades operativas de la entidad.

En definitiva, se trata de que el SAC esté jerárquica y organizativamente separado de los servicios que adoptaron o influyeron en las decisiones o actos impugnadas por los clientes, es decir, que su titular no dependa jerárquicamente de un cargo que, a su vez, sea responsable de las citadas áreas comerciales u operativas, por lo que los superiores jerárquicos directos del titular del SAC deberían depender de órganos que ostenten únicamente funciones relativas a los ámbitos de control o supervisión. En consecuencia, la línea jerárquica del SAC no debería participar —ni su labor verse interferida— en el desempeño de funciones que involucren responsabilidades operativas o de gestión de las líneas o áreas de negocio de la entidad.

Por otra parte, en cuanto a la determinación de si la entidad debe contar con un SAC constituido como un departamento o unidad organizativa independiente y exclusiva o si este puede quedar integrado en un departamento que desarrolle otras funciones, y en aplicación del principio de la proporcionalidad, la entidad puede acomodar su decisión a su complejidad y tamaño, siempre que, cualquiera que sea la opción adoptada, permita ofrecer un servicio ágil y eficaz en la resolución de quejas y reclamaciones de sus clientes. No obstante, en el caso de que se integre en un departamento que desempeñe otras funciones, es necesario —como no podía ser de otro modo—

que estas funciones no estén relacionadas con la actividad comercial u operativa de la entidad.

2.2 PROCESO DE NOMBRAMIENTO, CESE Y RENOVACIÓN DEL TITULAR DEL SAC

Conforme al artículo 5 de la Orden 734/2004, el titular del SAC debe ser una persona con honorabilidad comercial y profesional, además de contar con los adecuados conocimientos especializados y experiencia.

Con el fin de fijar la responsabilidad del proceso de nombramiento al más alto nivel, la Orden 734/2004 establece el requisito de que tales titulares sean designados por el consejo de administración u órgano equivalente de la entidad (o por la dirección general, en el caso de sucursales de entidades extranjeras).

No existen prescripciones normativas respecto a la concreta unidad u órgano de la entidad que debe efectuar la selección y evaluación de los candidatos a efectos de proponer al consejo de administración el nombramiento definitivo (o la renovación o cese en el caso de los ya ejercientes). Sin embargo, es importante tener en cuenta que, conforme al artículo 25 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, la Ley 10/2014), las entidades han de contar con unidades y procedimientos internos adecuados para llevar a cabo la selección y evaluación de, entre otros altos cargos, las personas que asuman funciones de control interno —entre los que cabría incluir a los titulares de los SAC—, por lo que parece muy conveniente que la propuesta de nombramiento, renovación o cese del titular del SAC sea realizada por el comité de nombramientos de la entidad.

Como colofón de las consideraciones hasta ahora realizadas, no cabe sino entender, en todo caso, que el cargo de titular del SAC ha de ser identificado como uno de los puestos clave a los efectos establecidos en el artículo 25.1 (2.º párrafo)[6], de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

En línea con lo anterior, las entidades deben contar no solo con unos procedimientos de designación del titular de sus departamentos o SAC que garanticen que estos disponen de la necesaria honorabilidad comercial y profesional y de los conocimientos y experiencia adecuados, sino también con unos procesos documentados de renovación y cese del cargo que salvaguarden las garantías anteriores y preserven la toma de decisiones de forma autónoma.

2.3 EXTERNALIZACIÓN DEL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

El párrafo primero del artículo 4.1 de la Orden 734/2004 establece la obligación de las entidades de disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente.

Por su parte, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 (en adelante, el RD 84/2015), en su artículo 22, establece la posibilidad de que las entidades puedan delegar el ejercicio de funciones, siempre que la actividad de la entidad no se vacíe de contenido y la delegación no disminuya las capacidades de control interno de la propia entidad ni implique restricción a la tarea de supervisión por parte del Banco de España.

---

6 «Asimismo, las entidades de crédito deberán identificar los puestos clave para el desarrollo diario de su actividad financiera y los responsables de las funciones de control interno, manteniendo a disposición del Banco de España una relación actualizada de las personas que los desempeñan, la valoración de la idoneidad realizada por la entidad y la documentación que acredite la misma.»

Tres son los tipos de limitaciones que establece este mismo artículo a tal delegación: i) la prohibición de delegar las actividades reservadas; ii) el cumplimiento de los requisitos específicos exigidos para la delegación de servicios o de funciones esenciales, y iii) aquellas otras limitaciones que el Banco de España establezca en función de la naturaleza o criticidad de algunas funciones o actividades.

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito del SAC, la única externalización contemplada en la Orden 734/2004 es la que expresamente menciona el artículo 4.1 de que las entidades que formen parte del mismo grupo económico pueden, si así lo consideran conveniente, disponer de un departamento o SAC único. En tal caso, este habría de estar ubicado en la estructura de una entidad financiera supervisada.

Por lo demás, el Banco de España considera que, salvo por la excepción del grupo de sociedades referida, con carácter general, cada entidad debe tener su propio SAC, y a su titular, como responsable último de dicho servicio, incardinado en su estructura orgánica, evitando, de esta forma, la contingencia de transferir esta responsabilidad a un tercero, que limitara la capacidad de supervisión y control del Banco de España.

Cuestión distinta es la posible externalización de subprocesos relacionados con la gestión de las reclamaciones y la tramitación de las resoluciones, que, en todo caso, de producirse, no debe vaciar de contenido las funciones de los SAC ni disminuir las capacidades de control interno de la propia entidad y de supervisión del Banco de España.

2.4 CONFLICTOS DE INTERÉS DEL TITULAR DEL SAC Y DE SU PERSONAL ADSCRITO

Si bien las entidades tienen establecida, por lo general, una política de identificación y prevención de conflictos de interés, se considera conveniente que también contemplen específicamente el tratamiento que se ha de otorgar a aquellos casos en que este conflicto de interés afecte al titular del SAC y al personal adscrito a él, y que establezcan un protocolo para la sustitución de las personas sujetas al conflicto, fijando los requisitos de quienes les han de sustituir.

Una de las fuentes de tales conflictos de interés puede provenir de la dedicación de aquellos a otras tareas o cargos no relacionados con las funciones del SAC.

El grado de dedicación del titular del SAC debe ser adecuado, considerando tanto el número de reclamaciones recibidas por la entidad como el resto de los recursos asignados al servicio. En general, para las entidades de mayor tamaño y complejidad se espera una mayor dedicación.

Por otra parte, aun cuando en determinados casos, justificados por la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la entidad, la persona designada como titular del SAC —o, en general, el personal asignado a dicho servicio— pueda desempeñar otras funciones en la entidad, estas no deben interferir en las funciones del SAC, por lo que no deberán consistir en labores relacionadas con funciones operativas o con el desarrollo de las áreas de negocio, para evitar que pudieran verse impelidos o impulsados a tomar en consideración aspectos que pudieran afectar —sin deber hacerlo— al contenido de las resoluciones de las correspondientes reclamaciones.

Merecen una mención especial los supuestos en que el cargo de titular del SAC se comparte con otras funciones con las que, aun resultando ajenas a las áreas de negocio, puedan surgir conflictos de interés. A modo de ejemplo, ello sucedería si se simultaneara el puesto de titular del SAC con el de responsable de auditoría, ya que el SAC

constituye también una función auditable. También podrían surgir ciertos conflictos de interés con el de responsable de la asesoría jurídica, por la función general que este ejerce de defensa de los intereses de la entidad. En la medida en que, en tales casos, se derive menoscabo de la independencia de la labor del SAC, tal simultaneidad debería evitarse.

2.5 RECURSOS Y PLAN DE FORMACIÓN DEL SAC

Tal y como recoge el apartado 2 del artículo 6 de la Orden 734/2004, la entidad debe asegurarse de que sus departamentos o servicios de atención al cliente están dotados de los medios humanos, materiales, técnicos y organizativos adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

En esta línea, y en función del tamaño y complejidad del negocio de la entidad, se considera recomendable que los SAC:

- Tengan acceso de forma ágil a la información que necesitan.
- Cuenten con una dotación de personal adecuada a la complejidad de la entidad y al número de reclamaciones recibidas de forma que les permita resolver las reclamaciones en los plazos exigidos legalmente y con la calidad esperada.
- La experiencia del equipo en la tramitación de reclamaciones o en la aplicación de la normativa de transparencia bancaria sea adecuada y esté lo suficientemente equilibrada entre los miembros del equipo.
- Cuenten con los correspondientes planes de formación periódicos para mantener actualizados los conocimientos de la plantilla.
- Dispongan de herramientas informáticas de prestaciones proporcionales al número de reclamaciones tramitadas, que les permitan una gestión ágil y adecuada de estas.
- Dispongan de procesos automatizados que garanticen la eficaz recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones, mitigando el acaecimiento de posibles errores humanos.

A mayor abundamiento, y en relación con los planes de formación, es necesario que las entidades dispongan, en la organización en general y singularmente entre los empleados adscritos al SAC, de mecanismos y planes concretos de fomento del conocimiento de la normativa aplicable, en general, y de las normas de transparencia, en particular; de los criterios de buenas prácticas mantenidos por los supervisores en la resolución de reclamaciones; de las guías supervisoras en la materia, así como del panorama jurisprudencial que incide en su ámbito de actuación, de forma que todo ese conocimiento se incorpore al acervo de la entidad.

2.6 POLÍTICA DE REMUNERACIÓN

Tal y como se ha citado previamente, las entidades han de tener (y aplicar) unas políticas de prevención y gestión de conflictos de interés y de dotación de recursos y formación del personal que preste sus servicios en el SAC, a efectos de asegurar que no existen impedimentos para que desarrollen su labor de un modo objetivo e independiente, lo que trasciende también al ámbito de la política de remuneración del SAC, ya que esta independencia tampoco debe verse comprometida por los incentivos asociados al modo en que se establezca su remuneración.

A este respecto, resulta muy conveniente que:

- Exista una política específicamente aplicable al personal del SAC y su titular que incorpore incentivos ligados especialmente a la consecución de objetivos específicos del SAC y, por tanto, que los parámetros considerados no generen conflictos de interés por estar estrechamente relacionados con los de las unidades de negocio que supervisan.

- El órgano o cargo que fije los objetivos del SAC y evalúe su desempeño no sea responsable de gestionar unidades de negocio.

- La retribución variable del titular del SAC no dependa ni esté vinculada en modo alguno con los objetivos y el desempeño de las unidades de negocio.

Como aspecto complementario, también se considera necesario que los parámetros utilizados en el cálculo de la remuneración variable de los empleados de la red comercial incluyan criterios cualitativos de satisfacción de los consumidores, como puede ser un incentivo asociado inversamente con el número de quejas y reclamaciones recibidas en cada oficina. En esta línea, se pronuncian varias directrices (1.1, 1.2, 1.4 y 1.5) de la ABE sobre políticas y prácticas de remuneración relacionadas con la venta de productos y la prestación de servicios de banca minorista.

2.7 OBJETIVOS Y PLAN DE ACCIÓN DEL SAC

Por último, y con vistas a garantizar un eficaz funcionamiento del SAC, se considera necesario que las entidades, en función de su tamaño y complejidad, diseñen planes de acción (anuales y/o plurianuales) que especifiquen los objetivos, plazos y estimaciones de recursos necesarios para el SAC, respecto de cuyo grado de cumplimiento exista un seguimiento sistemático (y una consecuente actualización periódica) por parte del órgano de administración.

Ejemplos de algunos objetivos que se han de alcanzar incluyen: i) la reducción del número de reclamaciones y quejas totales recibidas por la entidad; ii) la reducción del número de reclamaciones y quejas tramitadas por el SAC; iii) la reducción del plazo medio de resolución, y iv) el aumento de la satisfacción del cliente en el proceso de tramitación de su reclamación.

3 Criterios y procedimientos para la recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones

Los artículos 8 a 15 de la Orden 734/2004 recogen la regulación de los procedimientos de recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones. De particular importancia resulta el respeto del plazo máximo de contestación al cliente (dos meses) desde la recepción de la reclamación, así como la obligación, recogida en el artículo 12.1 de la Orden 734/2004, que impone el traslado de las reclamaciones o quejas, en el caso de que no hubiesen sido resueltas a favor del cliente por la oficina o instancia correspondiente, al departamento o SAC, quien, cuando proceda, de acuerdo con el reglamento de funcionamiento, las remitirá, a su vez, al defensor del cliente.

Si bien los citados artículos han proporcionado una cobertura legal adecuada durante más de una década, el desarrollo de las nuevas tecnologías experimentado en los últimos años ha puesto de manifiesto la necesidad de definir ciertos criterios relacionados con los procedimientos de recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones, que se analizan en los siguientes apartados.

3.1 POLÍTICA GENERAL DE RECEPCIÓN, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE QUEJAS Y RECLAMACIONES

La política general de las entidades respecto a la recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones debe estar contenida en el Reglamento para la Defensa del Cliente, aprobado por el consejo de administración u órgano equivalente de cada entidad y, en su caso, por la dirección general de la sucursal, que debe reflejar el contenido mínimo recogido en el artículo 8 de la Orden 734/2004.

En relación con los plazos previstos en el Reglamento para la admisión de reclamaciones, se considera que entre las mejores prácticas se encuentran las previsiones al respecto que no limitan el conocimiento de aquellas al plazo de dos años establecido en la Orden 734/2004 y que amplían este plazo mínimo, al menos, hasta el de seis años desde la producción de los hechos establecido en el artículo 10.2 f) de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros.

Adicionalmente, es recomendable que las entidades elaboren y aprueben normas internas que recojan las instrucciones generales y operativas que deben seguir las oficinas y los propios SAC para asegurar que se efectúa adecuadamente, dentro de los plazos impuestos normativamente o asumidos por la entidad, el registro, traslado, gestión y contestación de las quejas y reclamaciones presentadas por los clientes y usuarios a través de los diferentes canales habilitados al efecto.

3.2 DIVULGACIÓN DEL REGLAMENTO Y ACCESIBILIDAD PARA CLIENTES

El artículo 9 de la Orden establece la obligación de las entidades de asegurar que el Reglamento está en todas las oficinas abiertas al público a disposición de sus clientes.

No obstante, también se considera necesario que la política general de gestión de quejas y, en particular, el Reglamento estén accesibles para todos los empleados de la entidad, o al menos para todos los que presten servicio en unidades de negocio o desempeñen un puesto en la entidad en el que, eventualmente, pudiera resultar necesario, o simplemente útil, tal conocimiento.

Por otro lado, aunque la obligación recogida en el artículo 9 de la Orden de mantener también disponible el Reglamento en los sitios web de las entidades está limitada a aquellos casos en que estas realicen contratación por medios telemáticos, debe entenderse como una buena práctica que la disponibilidad por dicha vía se produzca en todos los casos, aun cuando las entidades no realicen contratos a distancia.

En todo caso, cualquiera que sea el formato o canal de puesta a disposición del cliente de esta información, deben adoptarse medidas para que tal acceso resulte fácil y rápido, procurando, en los casos de inclusión en páginas de intranet o Internet, ubicar el Reglamento en un lugar destacado, con una ruta de acceso clara y un número de pasos o pantallas intermedias necesarios para alcanzarlo reducido, y verificando de forma periódica el mantenimiento de los citados términos de accesibilidad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la puesta a disposición del Reglamento en las páginas de Internet no exime a las entidades de ofrecer la información precisa a sus clientes por cualquier otro medio (por ejemplo, verbal, a través de folletos, prospectos, documentos contractuales, etc.) y, en particular, sobre el modo de presentar las quejas y reclamaciones, los plazos y la tramitación general de estas.

3.3 RECEPCIÓN DE QUEJAS Y RECLAMACIONES

3.3.1 Canales de recepción de quejas y reclamaciones

El artículo 11 de la Orden 734/2004 establece que la presentación de las quejas y reclamaciones podrá efectuarse en soporte papel o por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, siempre que estos permitan la lectura, impresión y conservación de los documentos. En todo caso, las entidades deben habilitar una dirección de correo electrónico para la presentación de reclamaciones por parte de sus clientes.

No obstante, como consecuencia del desarrollo tecnológico de los últimos años, muchas entidades han habilitado canales adicionales de comunicación con los clientes (sitios web, teléfono, redes sociales), lo que ha de valorarse muy positivamente. Sin embargo, en ausencia de la necesaria y suficiente información, los clientes pueden tener dudas sobre si tales canales realmente operan como vías para la presentación oficial de quejas y reclamaciones con sujeción a la Orden, y, en consecuencia, puede entorpecerse o retrasarse la presentación y tramitación de las reclamaciones.

Por ello, en los casos en que la habilitación de dichos canales tenga el propósito exclusivo de incrementar la calidad del servicio y no el servir de conducto para la presentación y consiguiente registro de quejas y reclamaciones, la entidad deberá informar claramente de tal circunstancia a los clientes que los utilicen, indicándoles las vías disponibles para presentar sus quejas o reclamaciones.

Alternativamente, si estos canales se han habilitado como medios para la recepción de quejas y reclamaciones, la entidad deberá respetar los trámites previstos en la Orden 734/2004 y, en especial, el traslado de dicha reclamación o queja al SAC en el caso de las resoluciones desfavorables no emitidas por este.

En cualquier caso, con independencia del canal elegido, la entidad debe asegurar que se dé acuse de recibo de la queja o reclamación por escrito al usuario, en papel o en cualquier otro soporte duradero, entendido este último como todo instrumento que permita al cliente almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que posibilite la reproducción sin cambios de la información almacenada, permitiendo así dejar constancia de la fecha en que tal presentación tuvo lugar y de su traslado, en su caso, al SAC.

Asimismo, es recomendable que las entidades tengan a disposición de sus clientes, en soporte papel y electrónico, formularios predispuestos para la presentación de quejas o reclamaciones ante el SAC, cuyo diseño requiera la información mínima exigida por la Orden 734/2004. Ello, sin embargo, no debe suponer obstáculo alguno para que se admitan las quejas o reclamaciones que reúnan los requisitos exigidos normativamente, en cualquier otro formato.

Debe señalarse, finalmente, que en ningún caso resulta admisible el establecimiento de canales alternativos de recepción de quejas y reclamaciones por las entidades que en la práctica se configuren como vías paralelas a la intervención del SAC establecida en la Orden 734/2004, que no den cumplimiento a las obligaciones de traslado al SAC de las quejas y reclamaciones que no hubiesen sido resueltas a favor del cliente, y que representen un obstáculo añadido para el acceso al sistema oficialmente fijado para la resolución de controversias, lo que, sin duda, supondría un claro desincentivo para continuar con la reclamación. En todos estos casos, las entidades deberían estar en condiciones de asegurar no solo que, en caso de resolución contraria al cliente, la reclamación o queja es trasladada al SAC, sino también que este dispone de información suficiente sobre el volumen y características de las reclamaciones presentadas por estas vías.

3.3.2 Control y registro

La pluralidad de orígenes y formatos de presentación de quejas y reclamaciones exige que las entidades, especialmente aquellas de mayor complejidad y tamaño, establezcan controles para asegurar que dichas quejas y reclamaciones no solo se registran adecuadamente, sino que se trasladan, cuando proceda y dentro de los plazos que la entidad establezca al efecto, a la unidad encargada de su resolución y que se resuelvan dentro del plazo máximo fijado normativamente.

En esta línea, un registro centralizado de reclamaciones y quejas recibidas permitirá una gestión integral de ellas, unificar el tratamiento de las reclamaciones recibidas por cualquier vía y permitir que el SAC conozca todas las reclamaciones tramitadas por la entidad, incluso las resueltas, en su caso, directamente en las oficinas. De este modo, el SAC estará en disposición óptima de conocer la problemática acontecida en la relación con los clientes y elevar las consiguientes conclusiones a la dirección de la entidad, incorporando todas las reclamaciones en el cómputo del preceptivo informe anual.

En resumen, se considera recomendable que las entidades aprueben políticas que contemplen las distintas formas o soportes habilitados para que sus clientes puedan presentar quejas y reclamaciones, así como las instancias fijadas para recibirlas, el procedimiento establecido para registrarlas, los plazos definidos internamente para trasladarlas a la instancia competente para su resolución y los controles para asegurar el buen funcionamiento de los procedimientos, evitando incidencias tales como extravíos, faltas o retrasos en el traslado a la unidad encargada de su resolución.

3.4 RESOLUCIÓN DE QUEJAS Y RECLAMACIONES

3.4.1 Instancias de resolución

Cuando la entidad, por razones estratégicas relacionadas con la descentralización de la función de gestión de quejas y reclamaciones, tuviera establecidas diferentes instancias de resolución de estas, se considera necesario que se definan claramente los umbrales y materias de competencia de cada una de ellas, así como los criterios de resolución, con el objeto de que se apliquen de forma uniforme y predeterminada en la organización.

No obstante, tal descentralización en ningún caso puede acarrear el incumplimiento de la obligación de remitir al SAC aquellas reclamaciones resueltas de forma desfavorable para el cliente, como tampoco puede suponer la pérdida por parte del SAC de la visión de conjunto del funcionamiento de la gestión global de las reclamaciones en la entidad.

Específicamente, al ser las oficinas comerciales la forma más directa y de más fácil acceso para los clientes, las entidades deberían establecer un procedimiento que determine las facultades de estas en la resolución directa de quejas y reclamaciones, incluyendo en dicho procedimiento el traslado al SAC de la información relacionada con las quejas y reclamaciones tratadas, incluidas las resueltas por la propia sucursal.

3.4.2 Criterios y plazos de resolución

Las entidades deberían contar con un procedimiento de aplicación de criterios uniformes y predeterminados para la resolución de reclamaciones que documente tales criterios, establezca el modo en que se divulgan y defina una periodicidad en su revisión y actualización que permita controlar ordenadamente posibles cambios normativos o su evolución.

Asimismo, las entidades deberían recabar y analizar todos los datos e información relevantes sobre las quejas y reclamaciones y utilizar un lenguaje sencillo y claramente comprensible en sus comunicaciones con los clientes. En el caso de tomar una decisión que no satisfaga plenamente las pretensiones del cliente, se recuerda la necesidad de que las entidades ofrezcan una motivación exhaustiva de su posición en relación con la queja o

reclamación, así como de que informen sobre la posibilidad de acudir indistintamente ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Por otro lado, con el objeto de asegurar el cumplimento del plazo máximo de dos meses legalmente establecido para la resolución de quejas y reclamaciones, las entidades deberían definir con claridad plazos internos para la realización de los diferentes trámites de gestión y, en particular, los plazos máximos de traslado al SAC de la información solicitada por este a otras unidades, así como establecer mecanismos que permitan el seguimiento del efectivo cumplimiento de dichos plazos internos y, desde luego, el control de la antigüedad de las reclamaciones.

Finalmente, se recuerda que un buen funcionamiento del SAC implica un adecuado seguimiento de las reclamaciones presentadas por sus clientes ante el Banco de España y, sin perjuicio del carácter no vinculante de las resoluciones de reclamaciones emitidas por los supervisores, establecer un procedimiento de valoración con el objeto de, en su caso, incorporar los criterios de buenas prácticas recogidos en la *Memoria de Reclamaciones* que redunde en la reducción del número de reclamaciones presentadas ante el Banco de España que finalmente se resuelven con informe favorable al reclamante.

4 Líneas de comunicación, mecanismos de seguimiento y control de reclamaciones

Como se ha indicado en el apartado 2.1.1 de este documento, se considera que el SAC también ha de desarrollar una función de control que lleva asociada tanto la labor de dar cuenta de su actividad al órgano de administración (en su función supervisora) como la función de analizar de forma continua los datos sobre la gestión de quejas y reclamaciones con objeto de identificar y abordar los problemas recurrentes o sistémicos.

4.1 LÍNEAS DE COMUNICACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN COMITÉS O GRUPOS

Como consecuencia de lo anterior, se considera que deben existir líneas de comunicación claras y directas entre el titular del SAC y otras funciones de control, así como entre aquel y el órgano de administración, que deben plasmarse a través de mecanismos de información de carácter tanto regular (por ejemplo, informes periódicos) como ocasional, cuando las circunstancias lo requieran, para transmitir alertas, inquietudes, etc.

Especial relevancia reviste el hecho de que el titular del SAC participe, con plena independencia, en los comités encargados de la aprobación de nuevos productos o de cambios significativos en los ya existentes —bien de forma directa o incorporando en el proceso de aprobación la óptica y experiencia del SAC—, lo que redundaría en beneficio del diseño de los productos, la mitigación de sus riesgos, su comprensibilidad, la definición de su público objetivo y, en definitiva, el modo en que se debieran comercializar. Concretamente, es recomendable que se contemple en este proceso el número y tipo de quejas y reclamaciones que un nuevo producto pudiera generar.

4.2 INFORMES ELABORADOS POR EL SAC

4.2.1 Informe anual

Según dispone el artículo 17 de la Orden, los SAC deben presentar ante el consejo de administración, dentro del primer trimestre del año, un informe sobre el desarrollo de su función durante el ejercicio precedente. La Orden regula el contenido mínimo de dicho informe, que debe incluir, entre otros detalles, resúmenes estadísticos de las reclamaciones presentadas y de las decisiones dictadas, los criterios generales contenidos en las referidas decisiones, y las recomendaciones o sugerencias derivadas de su actuación.

En el caso de que varias entidades del grupo tengan un SAC común, es preciso que al menos el informe anual contenga la información mínima referida a cada una de las entidades individuales, así como que dicha información se someta a la aprobación de sus respectivos órganos de administración.

El informe debería ser puesto a disposición del órgano de administración con antelación suficiente a la fecha prevista para su aprobación, de modo que pueda ser debidamente analizado. En esta línea, se considera que ponerlo a disposición el mismo día en que se somete a su aprobación puede comprometer la efectividad de la fiscalización de la actividad del SAC por parte del citado órgano.

Cabe señalar, en todo caso, que, más allá de las obligaciones mínimas que confiere la Orden 734/2004 al informe anual, este se constituye como elemento central de la dación de cuentas de la función de gestión de reclamaciones al consejo de administración, por lo que, en el supuesto de que las oficinas u otras instancias de la entidad participen en la resolución de reclamaciones, en el marco de la Orden 734/2004 o fuera de ella, la información sobre el volumen y el modo en que se resuelven también debería formar parte de dicho informe anual.

Finalmente, se recuerda la necesidad de realizar un seguimiento del grado de implementación de las recomendaciones realizadas por el SAC en informes anuales previos, con el objeto de evaluar la efectividad de las medidas sugeridas en dichos informes.

4.2.2 Otros informes

Además del referido informe anual, resulta deseable que las entidades, al menos las de mayor tamaño y complejidad, establezcan procedimientos de información del SAC al órgano de administración más frecuentes, variados y completos, que incluyan, por ejemplo, información sobre el número de resoluciones del Banco de España desfavorables a la entidad sobre las que se ha tomado la decisión de no rectificar y los criterios que sustentaron tal decisión.

4.3 CONTROL DEL SAC Y DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TRAMITACIÓN DE QUEJAS Y RECLAMACIONES

El SAC, como cualquier otro servicio de la entidad, debe ser objeto de revisión independiente, quedando incluido dentro del ámbito de revisión de la función de auditoría interna no solo el adecuado registro, traslado y tramitación de las reclamaciones, sino también la completa actividad y función del SAC.

4.4 MECANISMOS DE SEGUIMIENTO Y CONTROL DE QUEJAS Y RECLAMACIONES

En línea con la función de control del SAC y con lo establecido en la Directriz 5 de la Guía del Joint Committee de las autoridades supervisoras europeas sobre la gestión de quejas y reclamaciones para los sectores de valores y bancario, se considera que el SAC debe analizar de forma continua los datos sobre la gestión de quejas y reclamaciones para identificar y abordar los problemas recurrentes o sistémicos y los posibles riesgos jurídicos y operacionales con el objetivo inicial de identificar aquellas causas originarias que sean comunes a determinados tipos de ellas.

El ámbito al que debe extenderse el proceso de evaluación de quejas y reclamaciones debería contemplar todas las reclamaciones tramitadas en el seno de la entidad, independientemente de la unidad que las haya resuelto.

Por otro lado, también resulta conveniente que, como resultado del análisis, no solo se corrijan los procedimientos de la entidad directamente afectados para que no se vuelvan a producir, sino que se indague acerca de si tales causas originarias podrían afectar a su

vez a otros procesos o productos, incluidos aquellos para los que no se hayan recibido quejas o reclamaciones directas.

En el caso de que varias entidades del grupo tengan un SAC común, se considera preciso que estos mecanismos de seguimiento y control estén definidos para cada una de las entidades adscritas al SAC.

5 Conclusiones

Asumida la relevancia del adecuado funcionamiento de los SAC de las entidades supervisadas, los criterios expuestos previamente han sido —y continúan siendo— utilizados para valorar no solo el desempeño de la función de tramitación de reclamaciones y quejas recibidas en la propia entidad de sus clientes, que sin duda es la más evidente e inmediata que desempeñan aquellos, sino también el de aquella función de control, mucho más estratégica, relacionada con su rol de elemento conocedor de las fuentes de insatisfacción de la clientela, a quien incumbe también el análisis de los patrones y tendencias que las rigen, para elevar las conclusiones, y subsecuentes propuestas, al órgano de administración de la entidad.

Dicho análisis, atendiendo al tamaño y complejidad de las entidades, ha constituido un elemento informador para el establecimiento de las prioridades supervisoras del DCMR, orientadas, en última instancia, a lograr que las entidades redoblaran sus esfuerzos —a lo largo de 2015 y 2016— para mejorar la eficiencia de los repetidos servicios, de modo que no solo realicen adecuadamente la función de tramitar y resolver las reclamaciones y quejas recibidas de su clientela, sino que constituyan en la práctica, gracias a la importantísima fuente de información relevante que gestionan, un mecanismo de alerta temprana y un dispositivo de detección anticipada de problemas derivados de la comercialización de productos o servicios y/o de la relación de las entidades con sus clientes, que necesariamente debiera ser tomado en consideración por la entidad para seleccionar y adoptar las medidas precisas que permitan la corrección de tales problemas o su evitación antes de que aparezcan.

PUBLICACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA

Estudios e informes

PERIÓDICOS

Balanza de Pagos y Posición de Inversión Internacional de España (anual)
Boletín Económico (ediciones en español e inglés) (mensual)
Estabilidad Financiera (semestral)
Informe Anual (ediciones en español e inglés)
Informe de Estabilidad Financiera (ediciones en español e inglés) (semestral)
Memoria Anual sobre la Vigilancia de Sistemas de Pago
Memoria de la Central de Información de Riesgos (anual)
Memoria de la Supervisión Bancaria en España (ediciones en español e inglés) (anual)
Memoria de Reclamaciones (anual)
Mercado de Deuda Pública (anual)
Research Update (semestral)

NO PERIÓDICOS

Notas de Estabilidad Financiera

ESTUDIOS ECONÓMICOS

70 OLYMPIA BOVER Y MARIO IZQUIERDO: Ajustes de calidad en los precios: métodos hedónicos y consecuencias para la Contabilidad Nacional (2001). (Publicada una edición en inglés con el mismo número.)
71 MARIO IZQUIERDO Y M.ª DE LOS LLANOS MATEA: Una aproximación a los sesgos de medición de las variables macroeconómicas españolas derivados de los cambios en la calidad de los productos (2001). (Publicada una edición en inglés con el mismo número.)
72 MARIO IZQUIERDO, OMAR LICANDRO Y ALBERTO MAYDEU: Mejoras de calidad e índices de precios del automóvil en España (2001). (Publicada una versión inglesa con el mismo número.)
73 OLYMPIA BOVER Y PILAR VELILLA: Precios hedónicos de la vivienda sin características: el caso de las promociones de viviendas nuevas. (Publicada una versión inglesa con el mismo número.)
74 MARIO IZQUIERDO Y M.ª DE LOS LLANOS MATEA: Precios hedónicos para ordenadores personales en España durante la década de los años noventa (2001). (Publicada una edición en inglés con el mismo número.)
75 PABLO HERNÁNDEZ DE COS: Empresa pública, privatización y eficiencia (2004).
76 FRANCISCO DE CASTRO FERNÁNDEZ: Una evaluación macroeconométrica de la política fiscal en España (2005).
77 JUAN S. MORA-SANGUINETTI: The effect of institutions on European housing markets: An economic analysis (2010).
78 PABLO MORENO: The Metamorphosis of the IMF (2009-2011) (2013).

ESTUDIOS DE HISTORIA ECONÓMICA

50 ISABEL BARTOLOMÉ RODRÍGUEZ: La industria eléctrica en España (1890-1936) (2007).
51 JUAN E. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ: ¿Puede haber deflaciones asociadas a aumentos de la productividad? Análisis de los precios y de la producción en España entre 1868 y 1914 (2007).
52 CECILIA FONT DE VILLANUEVA: La estabilización monetaria de 1680-1686. Pensamiento y política económica (2008).
53 RAFAEL MORENO FERNÁNDEZ: Los servicios de inspección del Banco de España: su origen histórico (1867-1896) (2008).
54 RAFAEL MORENO FERNÁNDEZ: El personal del Banco de España: desde su origen en el siglo XVIII hasta fin del siglo XIX. Vol. 1: Banco de San Carlos (2009).
55 CARLOS ÁLVAREZ NOGAL: Oferta y demanda de deuda pública en Castilla. Juros de alcabalas (1540-1740) (2009).
56 RAFAEL MORENO FERNÁNDEZ: El personal del Banco de España: desde su origen en el siglo XVIII hasta fin del siglo XIX. Vol. 2: Banco de San Fernando (1829-1856) (2010).
57 FRANCISCO MANUEL PAREJO MORUNO: El negocio del corcho en España durante el siglo XX (2010).
58 PILAR NOGUES-MARCO: Tipos de cambio y tipos de interés en Cádiz en el siglo XVIII (1729-1788) (2011).
59 RAFAEL MORENO FERNÁNDEZ: El personal del Banco de España: desde su origen en el siglo XVIII hasta fin del siglo XIX. Vol. 3: Banco de España (2011).

Nota: La relación completa de cada serie figura en el Catálogo de Publicaciones.
Todas las publicaciones del Banco de España se pueden descargar gratuitamente en formato electrónico en www.bde.es, a excepción de Ediciones varias y Textos de la División de Formación y Selección.

60 ADORACIÓN ÁLVARO MOYA: La inversión directa estadounidense en España. Un estudio desde la perspectiva empresarial (c. 1900-1975) (2012).
61 RAFAEL CASTRO BALAGUER: La banca francesa en la España del siglo XX (2012).
62 JULIO MARTÍNEZ GALARRAGA: El potencial de mercado provincial en España, 1860-1930. Un estudio de nueva geografía económica e historia económica (2013).
63 SERGIO ESPUELAS BARROSO: La evolución del gasto social público en España, 1850-2005 (2013).
64 JORDI MALUQUER DE MOTES: La inflación en España. Un índice de precios de consumo, 1830-2012 (2013).
65 ELENA CAVALIERI: España y el FMI: La integración de la economía española en el Sistema Monetario Internacional, 1943-1959 (2014).
66 ELENA MARTÍNEZ-RUIZ Y PILAR NOGUES-MARCO: Crisis cambiarias y políticas de intervención en España, 1880-1975 (2014).
67 RAFAEL MORENO FERNÁNDEZ: Las demandas contra la actuación gestora de Cabarrús y demás directores del Banco Nacional de San Carlos (1782-1797) (2014).
68 PABLO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ: El control de divisas durante el primer franquismo. La intervención del reaseguro (1940-1952) (2014).
69 JOSEBA DE LA TORRE Y MARÍA DEL MAR RUBIO-VARAS: La financiación exterior del desarrollo industrial español a través del IEME (1950-1982) (2015).
70 CARLOS JAVIER DE CARLOS MORALES: El precio del dinero dinástico: endeudamiento y crisis financieras en la España de los Austrias, 1557-1647. Vol. 1 (2016).
71 CARLOS JAVIER DE CARLOS MORALES: El precio del dinero dinástico: endeudamiento y crisis financieras en la España de los Austrias, 1557-1647. Vol. 2: Corpus documental (2016).
72 CARME RIERA I PRUNERA Y YOLANDA BLASCO-MARTEL: La teoría cuantitativa del dinero. La demanda de dinero en España: 1883-1998 (2016).

DOCUMENTOS DE TRABAJO

1618 MIHÁLY TAMÁS BORSI: Fiscal multipliers across the credit cycle.
1619 GABRIELE FIORENTINI, ALESSANDRO GALESI Y ENRIQUE SENTANA: A spectral EM algorithm for dynamic factor models.
1620 FRANCISCO MARTÍ Y JAVIER J. PÉREZ: Spanish public finances through the financial crisis.
1621 ADRIAN VAN RIXTEL, LUNA ROMO GONZÁLEZ Y JING YANG: The determinants of long-term debt issuance by European banks: evidence of two crises.
1622 JAVIER ANDRÉS, ÓSCAR ARCE Y CARLOS THOMAS: When fiscal consolidation meets private deleveraging.
1623 CARLOS SANZ: The effect of electoral systems on voter turnout: evidence from a natural experiment.
1624 GALO NUÑO Y CARLOS THOMAS: Optimal monetary policy with heterogeneous agents.
1625 MARÍA DOLORES GADEA, ANA GÓMEZ-LOSCOS Y ANTONIO MONTAÑÉS: Oil price and economic growth: a long story?
1626 PAUL DE GRAUWE Y EDDIE GERBA: Stock market cycles an supply side dynamics: two worlds, one vision?
1627 RICARDO GIMENO Y EVA ORTEGA: The evolution of inflation expectations in euro area markets.
1628 SUSANA PÁRRAGA RODRÍGUEZ: The dynamic effect of public expenditure shocks in the United States.
1629 SUSANA PÁRRAGA RODRÍGUEZ: The aggregate effects of government incometransfer shocks - EU evidence.
1630 JUAN S. MORA-SANGUINETTI, MARTA MARTÍNEZ-MATUTE Y MIGUEL GARCÍA-POSADA: Credit, crisis and contract enforcement: evidence from the Spanish loan market.
1631 PABLO BURRIEL Y ALESSANDRO GALESI: Uncovering the heterogeneous effects of ECB unconventional monetary policies across euro area countries.
1632 MAR DELGADO TÉLLEZ, VÍCTOR D. LLEDÓ Y JAVIER J. PÉREZ: On the determinants of fiscal non-compliance: an empirical analysis of Spain's regions.
1633 OMAR RACHEDI: Portfolio rebalancing and asset pricing with heterogeneous inattention.
1634 JUAN DE LUCIO, RAÚL MÍNGUEZ, ASIER MINONDO Y FRANCISCO REQUENA: The variation of export prices across and within firms.
1635 JUAN FRANCISCO JIMENO, AITOR LACUESTA, MARTA MARTÍNEZ-MATUTE Y ERNESTO VILLANUEVA: Education, labour market experience and cognitive skills: evidence from PIAAC.
1701 JAVIER ANDRÉS, JAVIER J. PÉREZ Y JUAN A. ROJAS: Implicit public debt thresholds: an empirical exercise for the case of Spain.
1702 LUIS J. ÁLVAREZ: Business cycle estimation with high-pass and band-pass local polynomial regression.
1703 ENRIQUE MORAL-BENITO, PAUL ALLISON Y RICHARD WILLIAMS: Dynamic panel data modelling using maximum likelihood: an alternative to Arellano-Bond.
1704 MIKEL BEDAYO: Creating associations as a substitute for direct bank credit. Evidence from Belgium.
1705 MARÍA DOLORES GADEA-RIVAS, ANA GÓMEZ-LOSCOS Y DANILO LEIVA-LEON: The evolution of regional economic interlinkages in Europe.
1706 ESTEBAN GARCÍA-MIRALLES: The crucial role of social welfare criteria for optimal inheritance taxation.
1707 MÓNICA CORREA-LÓPEZ Y RAFAEL DOMÉNECH: Services regulations, input prices and export volumes: evidence from a panel of manufacturing firms.
1708 MARÍA DOLORES GADEA, ANA GÓMEZ-LOSCOS Y GABRIEL PÉREZ-QUIRÓS: Dissecting US recoveries.
1709 CARLOS SANZ: Direct democracy and government size: evidence from Spain.
1710 HENRIQUE S. BASSO Y JAMES COSTAIN: Fiscal delegation in a monetary union: Instrument assignment and stabilization propierties.

1711 IVÁN KATARYNIUK Y JAIME MARTÍNEZ-MARTÍN: TFP growth and commodity prices in emerging economies.
1712 SEBASTIAN GECHERT, CHRISTOPF PAETZ Y PALOMA VILLANUEVA: Top-down vs. bottom-up? Reconciling the effects of tax and transfer shocks on output.
1713 KNUT ARE AASTVEIT, FRANCESCO FURLANETTO Y FRANCESCA LORIA: Has the Fed responded to house and stock prices? A time-varying analysis.
1714 FÁTIMA HERRANZ GONZÁLEZ Y CARMEN MARTÍNEZ-CARRASCAL: The impact of firms' financial position on fixed investment and employment. An analysis for Spain.
1715 SERGIO MAYORDOMO, ANTONIO MORENO, STEVEN ONGENA Y MARÍA RODRÍGUEZ-MORENO: «Keeping it personal» or «getting real»? On the drivers and effectiveness of personal versus real loan guarantees.
1716 FRANCESCO FURLANETTO Y ØRJAN ROBSTAD: Immigration and the macroeconomy: some new empirical evidence.
1717 ALBERTO FUERTES: Exchange rate regime and external adjustment: an empirical investigation for the U.S.
1718 CRISTINA GUILLAMÓN, ENRIQUE MORAL-BENITO Y SERGIO PUENTE: High growth firms in employment and productivity: dynamic interactions and the role of financial constraints.
1719 PAULO SOARES ESTEVES Y ELVIRA PRADES: On domestic demand and export performance in the euro area countries: does export concentration matter?
1720 LUIS J. ÁLVAREZ Y ANA GÓMEZ-LOSCOS: A menu on output gap estimation methods.
1721 PAULA GIL, FRANCISCO MARTÍ, JAVIER J. PÉREZ, ROBERTO RAMOS Y RICHARD MORRIS: The output effects of tax changes: narrative evidence from Spain.
1722 RICARDO GIMENO Y ALFREDO IBÁÑEZ: The eurozone (expected) inflation: an option's eyes view.

DOCUMENTOS OCASIONALES

1401 JOSÉ MARÍA SERENA Y EVA VALDEOLIVAS: Integración financiera y modelos de financiación de los bancos globales.
1402 ANTONIO MONTESINOS, JAVIER J. PÉREZ Y ROBERTO RAMOS: El empleo de las Administraciones Públicas en España: caracterización y evolución durante la crisis.
1403 SAMUEL HURTADO, PABLO MANZANO, EVA ORTEGA Y ALBERTO URTASUN: Update and re-estimation of the Quarterly Model of Banco de España (MTBE).
1404 JUAN CARLOS BERGANZA, IGNACIO HERNANDO Y JAVIER VALLÉS: Los desafíos para la política monetaria en las economías avanzadas tras la Gran Recesión.
1405 FERNANDO LÓPEZ VICENTE Y JOSÉ MARÍA SERENA GARRALDA: Macroeconomic policy in Brazil: inflation targeting, public debt structure and credit policies.
1406 PABLO HERNÁNDEZ DE COS Y DAVID LÓPEZ RODRÍGUEZ: Estructura impositiva y capacidad recaudatoria en España: un análisis comparado con la UE. (Publicada una versión inglesa con el mismo número.)
1407 OLYMPIA BOVER, ENRIQUE CORONADO Y PILAR VELILLA: The Spanish survey of household finances (EFF): description and methods of the 2011 wave.
1501 MAR DELGADO TÉLLEZ, PABLO HERNÁNDEZ DE COS, SAMUEL HURTADO Y JAVIER J. PÉREZ: Los mecanismos extraordinarios de pago a proveedores de las Administraciones Públicas en España. (Publicada una versión inglesa con el mismo número).
1502 JOSÉ MANUEL MONTERO Y ANA REGIL: La tasa de actividad en España: resistencia cíclica, determinantes y perspectivas futuras.
1503 MARIO IZQUIERDO Y JUAN FRANCISCO JIMENO: Employment, wage and price reactions to the crisis in Spain: Firm-level evidence from the WDN survey.
1504 MARÍA DE LOS LLANOS MATEA: La demanda potencial de vivienda principal.
1601 JAVIER MENCÍA Y JESÚS SAURINA: Política macroprudencial: objetivos, instrumentos e indicadores.
1602 LUIS MOLINA, ESTHER LÓPEZ Y ENRIQUE ALBEROLA: El posicionamiento exterior de la economía española.
1603 PILAR CUADRADO Y ENRIQUE MORAL-BENITO: El crecimiento potencial de la economía española. (Publicada una versión inglesa con el mismo número.)
1604 HENRIQUE S. BASSO Y JAMES COSTAIN: Macroprudential theory: advances and challenges.
1605 PABLO HERNÁNDEZ DE COS, AITOR LACUESTA Y ENRIQUE MORAL-BENITO: An exploration of real-time revisions of output gap estimates across European countries.
1606 PABLO HERNÁNDEZ DE COS, SAMUEL HURTADO, FRANCISCO MARTÍ Y JAVIER J. PÉREZ: Public finances and inflation: the case of Spain.
1607 JAVIER J. PÉREZ, MARIE AOURIRI, MARIA M. CAMPOS, DMITRIJ CELOV, DOMENICO DEPALO, EVANGELIA PAPAPETROU, JURGA PESLIAKAITĖ, ROBERTO RAMOS Y MARTA RODRÍGUEZ-VIVES: The fiscal and macroeconomic effects of government wages and employment reform.
1608 JUAN CARLOS BERGANZA, PEDRO DEL RÍO Y FRUCTUOSO BORRALLO: Determinants and implications of low global inflation rates.
1701 PABLO HERNÁNDEZ DE COS, JUAN FRANCISCO JIMENO Y ROBERTO RAMOS: El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma.
1702 EDUARDO BANDRÉS, MARÍA DOLORES GADEA-RIVAS Y ANA GÓMEZ-LOSCOS: Regional business cycles across Europe.
1703 LUIS J. ÁLVAREZ E ISABEL SÁNCHEZ: A suite of inflation forecasting models.

EDICIONES VARIAS[1]

JOSÉ LUIS MALO DE MOLINA, JOSÉ VIÑALS Y FERNANDO GUTIÉRREZ (Eds.): Monetary policy and inflation in Spain (1998) (**).
VICTORIA PATXOT: Medio siglo del Registro de Bancos y Banqueros (1947-1997) (1999).
BANCO DE ESPAÑA (Ed.): Arquitectura y pintura del Consejo de la Reserva Federal (2000).
PABLO MARTÍN ACEÑA: El Servicio de Estudios del Banco de España (1930-2000) (2000).
TERESA TORTELLA: Una guía de fuentes sobre inversiones extranjeras en España (1780-1914) (2000).
VICTORIA PATXOT Y ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU: Banqueros y bancos durante la vigencia de la Ley Cambó (1922-1946) (2001).
BANCO DE ESPAÑA: El camino hacia el euro. El real, el escudo y la peseta (2001).
BANCO DE ESPAÑA: El Banco de España y la introducción del euro (2002).
BANCO DE ESPAÑA: Billetes españoles 1940-2001 (2004). (Ediciones en español e inglés.)
NIGEL GLENDINNING Y JOSÉ MIGUEL MEDRANO: Goya y el Banco Nacional de San Carlos (2005).
BANCO DE ESPAÑA. SERVICIO DE ESTUDIOS (Ed.): El análisis de la economía española (2005) (*). (Ediciones en español e inglés.)
BANCO DE ESPAÑA: Billetes españoles 1874-1939 (2005).
BANCO DE ESPAÑA: 150 años de historia del Banco de España, 1856-2006 (2006). (Ediciones en español e inglés.)
BANCO DE ESPAÑA. SECRETARÍA GENERAL: Legislación de Entidades de Crédito. 5.ª ed. (2006).
SANTIAGO FERNÁNDEZ DE LIS Y FERNANDO RESTOY (Eds.): Central banks in the 21st century (2006).
JUAN F. JIMENO (Ed.): Spain and the euro. The first ten years (2010).
TERESA TORTELLA: El Banco de España desde dentro. Una historia a través de sus documentos (2010).
JOSÉ LUIS MALO DE MOLINA Y PABLO MARTÍN ACEÑA (Eds.): Un siglo de historia del Sistema Financiero Español (2011) (*).

Difusión estadística

Boletín de Operaciones (diario)
Boletín del Mercado de Deuda Pública (diario)
Boletín Estadístico (mensual[2])
Central de Balances. Resultados anuales de las empresas no financieras (monografía anual)
Cuentas Financieras de la Economía Española (edición bilingüe: español e inglés) (series anuales y trimestrales[3])

Legislación financiera y registros oficiales

Circulares a entidades de crédito[4]
Circulares del Banco de España. Recopilación (cuatrimestral)
Registros de Entidades (anual)

Textos de la División de Formación y Selección

BANCO DE ESPAÑA: Cálculo mercantil (con ejercicios resueltos).
PEDRO PEDRAJA GARCÍA: Contabilidad y análisis de balances en la banca (tomo I) (1999).
PEDRO PEDRAJA GARCÍA: Contabilidad y análisis de balances en la banca (tomo II) (1998).
JESÚS MARÍA RUIZ AMESTOY: Matemática financiera (2001).
UBALDO NIETO DE ALBA: Matemática financiera y cálculo bancario.
LUIS A. HERNANDO ARENAS: Tesorería en moneda extranjera.

PUBLICACIONES VARIAS DEL BANCO CENTRAL EUROPEO EN ESPAÑOL

Informe Anual
Boletín Económico
Otras publicaciones

---

1 Las publicaciones de esta sección distribuidas por el Banco de España [todas, excepto las señaladas con (*) y (**), que son distribuidas, respectivamente, por Alianza Editorial y Macmillan (Londres)] se encuentran descatalogadas.
2 Además, diariamente se actualiza en la sección de Estadísticas.
3 Además, se difunde en Internet una actualización trimestral de los cuadros de esta publicación.
4 Solo disponible en el sitio web del Banco de España hasta su incorporación a la publicación *Circulares del Banco de España. Recopilación.*

BANCO DE ESPAÑA
Eurosistema

Unidad de Servicios Auxiliares
Alcalá, 48 - 28014 Madrid
Correo electrónico: publicaciones@bde.es
www.bde.es