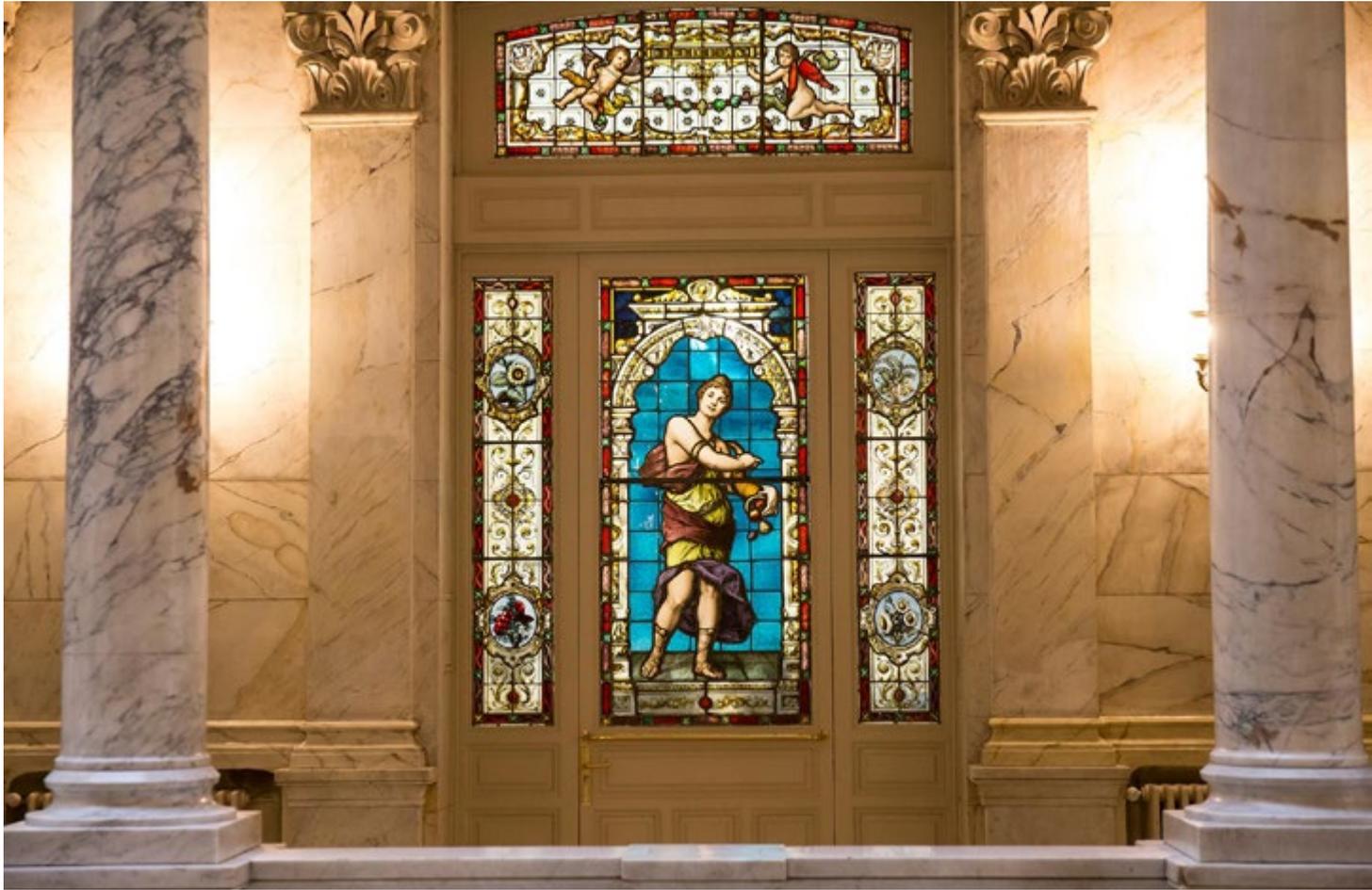


3 CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES



Escalera Imperial: detalle.

ÍNDICE

3.1 ACTIVO 73

3.1.1 Préstamos hipotecarios 73

- a. Política comercial. Aprobación 73
- b. Claridad y transparencia con el cliente 74
- c. Información previa a la contratación 75
- d. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 78
- e. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual 79
- f. Tramitación administrativa y gastos de formalización del préstamo hipotecario 80
- g. Tasación de la finca objeto de la hipoteca 87
- h. Tipología de operaciones hipotecarias 89
 - Préstamos y créditos hipotecarios 89
 - Préstamos multidivisa 89
 - Préstamos subvencionados o subsidiados 91
- i. Intereses 92
 - Intereses ordinarios o remuneratorios 92
 - Desaparición *ex lege* de determinados índices de referencia 95
 - Primera liquidación de intereses 97
 - Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés 97
 - Sistema francés de amortización 97
 - Intereses tras una amortización parcial anticipada 98
 - Intereses bonificados 99
 - Año comercial-año civil 100
 - Límites a la variación del tipo de interés —«cláusula suelo»— en préstamos y créditos a interés variable. Procedimiento especial del Real Decreto-ley 1/2017 101
 - Criterios del DCMR en relación con las reclamaciones por cláusula suelo 102
 - Evolución jurisprudencial en materia de «cláusula suelo» 103
 - Los denominados «intereses negativos» 106
 - Intereses de demora de préstamos hipotecarios 106
 - Falta de comunicación de revisión del tipo de interés 108
 - Reliquidación de préstamos hipotecarios 109
- j. La tasa anual equivalente (TAE) 110
- k. Comisiones 110
 - Comisión de apertura 111
 - Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo del préstamo 112
 - Comisión por reclamación de posiciones deudoras y gastos de gestión externos 112
 - Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca 113
 - Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario 115
 - Comisión por cancelación anticipada 115
 - Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 115

	Préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003	115
	<i>Cancelación anticipada, subrogatoria</i>	115
	<i>Cancelación anticipada, no subrogatoria</i>	116
	Préstamos a interés variable concertados entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007	116
	<i>Cancelación anticipada, subrogatoria</i>	116
	<i>Cancelación anticipada, no subrogatoria</i>	117
	Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007	117
	<i>Compensación por desistimiento</i>	118
	<i>Compensación por riesgo de tipo de interés</i>	118
	Comisión por subrogación de deudor	120
l.	Subrogación por cambio de deudor	120
	Información que se ha de facilitar con motivo de la subrogación de deudor	122
	Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor	122
m.	Subrogación de entidad acreedora	123
	Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora	124
	Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación de entidad acreedora y de su enervación	125
	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	126
n.	Productos vinculados	126
o.	Cesión de créditos hipotecarios	128
p.	Cesión de activos a la Sareb	130
q.	Titulización de préstamos hipotecarios	131
r.	Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	131
	Comercialización	131
	Formalización del producto derivado	132
	Documentos de liquidación	132
	Cargos en descubierto	133
s.	Otros aspectos	133
	Amortizaciones parciales anticipadas. Destino	133
	Anticipar el vencimiento final	133
	Reducción del importe de las cuotas periódicas	134
	Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo	134
	Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo	134
	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	136
	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	139
	Amortización anticipada: aplicación de condiciones no pactadas	140
	Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualación de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza	140
	Errores en escrituras públicas	141

	Cláusulas de vencimiento anticipado	142
	Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria	143
	Incidencias en cancelación registral de hipotecas	144
	Incidencias en cancelación económica de hipotecas	145
	Discrepancias con cargos y abonos	146
	Discrepancias con titularidad de préstamos	147
	Liberación de fincas hipotecadas	148
3.1.2	Préstamos con garantía personal	149
a.	Información precontractual y prácticas previas a la contratación	150
b.	Contratación	152
	Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias	154
c.	Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación	155
	Intereses ordinarios	156
	Intereses de demora	157
	Comisiones y gastos	157
d.	Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios	158
e.	Renovación/refinanciación de pólizas de crédito	159
f.	Préstamos subvencionados	161
3.1.3	Préstamo responsable	161
3.1.4	Avales y garantías	162
a.	Introducción	162
b.	Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología	163
c.	Competencia del DCMR	165
d.	Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación	166
e.	Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas	171
3.2 PASIVO	172	
3.2.1	Depósitos bancarios. Introducción	172
3.2.2	Aspectos comunes	172
a.	Identificación de los potenciales titulares	172
	Tipología de titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación	172
	Cuentas de incapaces	173
	Cuentas de menores de edad	173
	Cuentas de personas jurídicas	174
	Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios	175
	Cuentas de no residentes	176
	Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo	176
b.	Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España	177
c.	Tipos de cambio. Información al público	178

	d.	Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos	178
		Comunicaciones a clientes. Requisitos	178
		Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados	178
		Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses	178
	e.	Publicidad de los depósitos	179
3.2.3		Depósitos a la vista	180
	a.	Cuestiones generales	180
	b.	Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia	180
		Explicaciones adecuadas	181
		Información precontractual	183
		Formalización del contrato	183
		Cuentas en divisas	184
		Integridad de los contratos	184
		Oscuridad de las cláusulas	184
		Entrega de documento contractual y conservación de documentos	184
	c.	Vida. Operativa y funcionamiento de la cuenta	185
		Disposición de fondos. Posibles incidencias	185
		Autorización de operaciones	186
		Autorizados en cuenta	186
		Disposiciones de efectivo	188
		Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta	188
		Restricción del importe en los reintegros de efectivo	189
		Posibles incidencias en los apuntes en cuenta	190
		Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores	190
		Deber de diligencia en el traslado de cuentas	190
		Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente	191
		Adeudos para corregir abonos indebidos	192
		Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales, etc.)	192
		Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono	192
		Bloqueo de la cuenta	192
		Compensación de cuentas	194
		Cuentas con varios titulares o cuentas plurales	194
		Régimen de disposición	194
		Cuentas conjuntas (o mancomunadas)	194
		Cuentas indistintas (o solidarias)	195
		Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta	195
		Descubierto en cuentas indistintas	195
		Modificaciones contractuales	196
		Formalidades y plazos	196
		Modificaciones de titulares	197
		Liquidación de la cuenta	198
		Cobro de comisiones. Casuística	198
		Comisión de mantenimiento	198
		Comisión de administración	198

	Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas	199
	Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta	200
	Comisión por emisión de cheque bancario	200
	Gestión de efectos	200
	Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular del depósito a la vista	201
	Comisión de manipulación (cuenta en divisas)	201
	Comisión de reclamación de posiciones deudoras	202
	Gastos de correo	203
	Intereses. Valoración	203
	Retribución en especie	203
	Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo	205
	Liquidación de descubierto. Intereses y comisión por descubierto. Límite	205
	Comisión por descubierto	206
	Obligaciones de información a los clientes	206
	Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta	206
	Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones	206
	Información periódica	207
	Extractos	207
	Comunicación anual de comisiones, gastos devengados e intereses (aplicable a partir del 1 de enero de 2014)	207
	Cuentas inactivas	207
	Saldos en presunción de abandono	208
	Cancelación de la cuenta	209
	Caso particular de orden de cancelación dada por uno de los titulares	210
	Reapertura de cuentas canceladas	211
d.	Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción	211
3.2.4	Depósitos a plazo con garantía del principal	212
a.	Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos	212
	Explicaciones adecuadas	212
	Información precontractual	213
	Formalización del contrato. Contenido	214
b.	Contratación de depósitos estructurados o híbridos	215
	Explicaciones adecuadas	215
	Información precontractual	215
	Contenido del contrato	215
c.	Liquidación del depósito. Tipo de interés	216
	Falta de abono del porcentaje de interés complementario en un depósito bonificado	216
	Documentos de liquidación	216
d.	Renovación	217
e.	Modificación	218

	f.	Cancelación	219
		A instancia de la entidad	219
		A instancia del cliente antes del vencimiento	219
		Vencimiento	220
3.2.5		Embargo del saldo de depósitos en entidades	220
	a.	Embargos por deudas con las Administraciones	222
	b.	Embargos por deudas con la Seguridad Social	223
	c.	Embargos judiciales	223
3.3		EXPEDIENTES DE TESTAMENTARÍA	223
3.3.1		Derecho de información sobre las posiciones del causante	224
	a.	Legitimidad para solicitar información	224
	b.	Cómo acreditar la condición de heredero	224
	c.	Qué información tiene derecho a obtener el heredero	226
		Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas	227
		Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio	229
		Entrega de contratos a herederos	229
	d.	Comisiones por la entrega de información a herederos	231
		Certificado de posiciones	231
		Movimientos posteriores al fallecimiento	231
		Movimientos anteriores al fallecimiento	231
	e.	Exigencia de la petición de tramitación de testamentaría junto con la solicitud del certificado de posiciones u otra información	232
3.3.2		Tramitación de la herencia	233
	a.	Aceptación de la herencia	233
	b.	Partición y adjudicación de bienes	233
	c.	Forma del documento particional	234
	d.	Contenido del documento particional	234
	e.	Revocación del documento particional	235
	f.	Impuesto sobre sucesiones	237
	g.	Forma de disponer de los fondos	238
	h.	Deber de diligencia	239
	i.	Comisión por tramitación de testamentaría	240
3.3.3		Incidencias derivadas del fallecimiento sobre productos concretos	241
	a.	Cuenta corriente	241
		Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente	241
		Disposición de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular	242
		Cuentas con un único titular	242
		Cuentas con varios titulares	243
		<i>Régimen de disposición indistinto o solidario</i>	243
		<i>Régimen de disposición conjunto o mancomunado</i>	245
		Cancelación de la cuenta	245
		Comisión de mantenimiento de la cuenta, desde el fallecimiento hasta la cancelación	245
		Baja de la cuenta de cotitular fallecido	246
		Bloqueo de la cuenta	246

	b.	Depósitos a plazo	247
	c.	Préstamos hipotecarios y otras deudas	248
3.3.4		Derechos de los legatarios y usufructuarios	249
	a.	Legatarios	249
	b.	Legatarios de legítima o legitimarios	249
		Información	250
		Disposición de fondos	251
	c.	Usufructuario	251
		Usufructo de dinero o cuasi usufructo	252
		Cautela socini	253
3.4		SERVICIOS DE PAGO	254
		Cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones	254
3.4.1		Introducción y régimen aplicable	256
		Sistemas de pago	256
3.4.2		Aspectos comunes	257
	a.	Condiciones contractuales	257
		Transparencia, integridad	257
		Oscuridad de las cláusulas	257
	b.	Información y documentación contractual	258
		Operaciones de pago singulares	258
		Operaciones amparadas en un contrato marco	258
		Conservación de documentos	259
	c.	Modificación de las condiciones del contrato marco	259
	d.	Resolución del contrato	259
	e.	Comisiones y gastos	259
	f.	Uso no autorizado	260
		Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	260
		Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	260
3.4.3		Tarjetas	261
	a.	Gastos y comisiones	261
		Emisión, renovación y mantenimiento	261
		Reclamación de posiciones deudoras	261
		Comisión por devolución de recibo	261
		Límites de utilización y disposición de capital de la tarjeta	262
		Comisión por exceso sobre el límite de crédito	262
		Comisión por cancelación anticipada	263
	b.	Actuación unilateral de la entidad	264
		Emisión de tarjetas sin solicitud previa	264
		Envío por medios que no aseguran su recepción	264
		Incremento unilateral de tipos de interés	264
		Bloqueo unilateral de tarjeta	264
	c.	Formas de pago de la deuda de la tarjeta	265
		Tarjetas <i>revolving</i> . Lenta amortización de la deuda	265
		Trasposos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito	268
	d.	Terminales de punto de venta	269

	«Contactless»	270
	Comercio electrónico seguro	270
e.	Pagos con tarjeta no autorizados	270
	Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	270
	Fraude con datos de tarjetas	272
	Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído	273
f.	Programas de fidelización en tarjetas	274
g.	Dinero electrónico	274
3.4.4	Transferencias y adeudos domiciliados: aspectos comunes	274
	Rechazo de una orden de pago	275
3.4.5	Transferencias	276
a.	Identificador único	278
b.	Irrevocabilidad de las transferencias	278
c.	Gastos de la operación	278
d.	Comisiones	279
e.	Fecha de abono	279
f.	Pagos inmediatos	280
g.	Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	281
	Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	281
	Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	281
	Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	281
	Fraude por Internet	281
	Procedimiento interbancario en caso de fraude	282
	Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente	282
3.4.6	Adeudos domiciliados	284
a.	Consideraciones generales	284
b.	Tipología de adeudos domiciliados	284
c.	La orden de domiciliación o mandato	285
d.	El adeudo domiciliado B2B	285
e.	El adeudo domiciliado básico SEPA	286
f.	Procesos excepcionales	286
g.	Devolución de recibos	286
h.	Revocación de la orden de adeudo domiciliado	288
3.4.7	Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja	289
a.	Consideraciones generales	289
b.	Efectivo ingresado en una cuenta de pago	289
c.	Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina	289
d.	Billetes y monedas	289
	Billetes falsos	289
	Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda)	290
e.	Comisión por ingresos en efectivo	292

- 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 293
Establecimiento de limitaciones 294
Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático 295
- g. Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero 296

3.5 DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS 296

- 3.5.1 Introducción 296**
 - a. Evolución normativa 298
 - b. Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas 299
 - c. Medidas del Código de Buenas Prácticas 300
- 3.5.2 Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas 301**
 - a. **Ámbito subjetivo 301**
 - Umbral de exclusión 301
 - La unidad familiar 305
 - Los ingresos de la unidad familiar 306
 - Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores 306
 - b. **Ámbito objetivo 307**
 - La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad 309
- 3.5.3 Tramitación 309**
 - a. Publicidad 309
 - b. Solicitud del cliente y respuesta de la entidad 310
 - c. **Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas 311**
 - Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias 312
 - Escritura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca 315
 - Préstamos hipotecarios titulizados 317
 - Medidas complementarias: la quita 318
 - Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual 318
 - Ámbito subjetivo de la dación 318
 - Ámbito objetivo de la dación 319
 - Cuándo puede solicitarse la dación 319
 - Respuesta de la entidad 320
 - Arrendamiento tras la dación. «Alquiler social» 320
 - Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual 321
 - Otras ventajas 321
 - La limitación de los intereses moratorios 321
 - El alquiler social 322
 - Ventajas fiscales y notariales 322
- 3.5.4 Tipos infractores y actuación supervisora 324**
 - a. Tipos infractores 324
 - b. Actuación supervisora del DCMR 327
- 3.5.5 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas 329**

3.1 Activo3.1.1 PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOSa. 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 condicionadas¹.

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 artículo 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 en la sanción de la operación propuesta, sin perjuicio de señalarse en los informes emitidos con este fin 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 que 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 DCMR 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 DCMR 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 tengan 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, los intereses, las comisiones y los 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.

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.

En el expediente R-201730954, el reclamante mostraba su disconformidad con el proceder de la entidad por la falta de entrega de un certificado de deuda pendiente respecto a su préstamo hipotecario y cualquier otra deuda que pudiera constar en sus archivos. La entidad se remitió al cauce procesal para denegarlo, argumentando que, tras iniciar procedimiento de ejecución hipotecaria contra su cliente, se adjudicó la finca hipotecada, constando todavía una deuda remanente pendiente de pago y habiendo solicitado la parte ejecutada la nulidad de actuaciones del procedimiento, que había sido admitida a trámite, por lo que el procedimiento estaba aún tramitándose.

El DCMR consideró que, al no haber aportado la entidad al menos el acta de fijación de saldo con el débito pendiente en el momento de presentar la demanda de ejecución judicial, se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, que hubieran exigido informar al cliente de la deuda pendiente en esa fecha, si bien, para recabar información sobre el importe de la deuda a partir de esa fecha y mientras se tramite el procedimiento judicial en curso, deberá estarse a la normativa procesal en vigor.

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 reca-
yera sobre una vivienda, que el prestatario fuera persona física y que el importe del prés-
tamo 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 con-
diciones 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 compro-
metía.

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c² de la Ley 2/2011,
de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se aprobó 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 vino a «concentrar en un único texto la normativa básica
de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones existentes, a la vez que desa-
rolla 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 Informa-
ción 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 con-
tenida 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 reguladoras, para la firma de la escritura pública.

Así las cosas, el DCMR considera que, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas
bancarias, las entidades deben estar en condiciones de acreditar haber facilitado la infor-
mación de las condiciones financieras de las operaciones formalizadas con, al menos,

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.

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 —especialmente, 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.

En el expediente R-201705912, la parte reclamante planteaba su discrepancia con el contenido de la FIPER, ya que el seguro de hogar contratado no se ajustaba a la información precontractual recogida en dicho documento, por cuanto en este se indicaba que la prima de dicho seguro para un capital de 300.000 euros sería de unos 300 euros, a pesar de lo cual el seguro contratado tenía una prima el primer año de 383 euros aplicando un des-

cuento del 20 %, con un descuento de solo el 10 % para el segundo año y sin descuento alguno a partir del tercer año, además de que pudo comprobar que contratando directamente con la aseguradora la prima era menor. Solicitaba por ello que se eliminase la necesidad de contratar el seguro de hogar con la aseguradora de la entidad sin penalización en el tipo de interés aplicable, o que se ajustase la prima a la información previa facilitada. La entidad se limitaba a resaltar la obligación asumida de mantener el seguro de hogar contratado a través de ella durante toda la vigencia del préstamo para mantener el tipo bonificado pactado, así como que el cálculo de la prima recogida en la FIPER era solo a modo de ejemplo, quedando el importe exacto supeditado al contrato específico de seguro.

El DCMR consideró que la información de la FIPER y, en concreto, los ejemplos recogidos sobre el coste de la prima del seguro de hogar no guardaban relación alguna con la prima del seguro que finalmente venía exigiendo la entidad para mantener el tipo bonificado, por lo que no contenía una relación entre producto a contratar y coste aproximado, como exige la norma, ni fue entregada la FIPER con la necesaria antelación, por lo que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y las buenas prácticas y usos bancarios.

En el expediente R-201713135, el reclamante denunciaba que, tras el estudio de viabilidad de una operación hipotecaria que resultó denegada, la entidad le adeudó en cuenta sin autorización un total de 228,39 euros, por varios conceptos, estando solo autorizada para el cargo de los gastos de tasación, con los que sí estaba conforme (y ello a pesar de que le informaron de que el estudio de la operación no le acarrearía ningún coste). La entidad manifestó que se explicó al cliente la necesidad de solicitar la tasación y las verificaciones registrales, informándole de todas las gestiones efectuadas y comunicándole oportunamente la denegación de la propuesta de financiación, y la posibilidad de presentar otra propuesta con el aval de sus padres, así como los gastos inherentes, a lo que accedió y lo que supuso la necesidad de nuevas verificaciones registrales, a pesar de lo cual la cantidad concedida fue menor que la solicitada y el cliente desistió de la operación. Los cargos se correspondían con los honorarios de la gestoría y los aranceles del registrador respecto a las verificaciones registrales de las fincas a nombre del reclamante y de sus avalistas.

El DCMR entendió que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no constar acreditado que entregase a la reclamante la FIPRE en la que se la informase sobre las vinculaciones y los gastos de preparación de las operaciones solicitadas, entre los que se debían haber encontrado los gastos de verificación registral de las fincas que se habían de hipotecar, aunque no se llegasen a formalizar dichas operaciones. Asimismo, se consideró mala práctica bancaria de la entidad su negativa a devolver los recibos reclamados o a informar de las causas de tal denegación sobre la base de la Ley de Servicios de Pago, así como su negativa a retroceder la transferencia no autorizada solicitada oportunamente por su cliente.

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.

d. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras

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 fi-

nancieras, 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 contratan con las entidades se recoge 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, cuando estos son consumidores, de la facultad que les asiste para elegir notario, únicamente puede considerarse que su actuación se apartaría de las normas de disciplina y/o las buenas prácticas y usos bancarios cuando impusieran 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-201704811, el reclamante manifestaba su disconformidad por no facilitarle la entidad la escritura de su préstamo hipotecario, sin que le constase que se le hubiera hecho entrega de ella en su momento, precisándola para comprobar la posible inclusión de una cláusula suelo. La entidad se remitió al Reglamento Notarial respecto a la obtención de copias de escrituras por los clientes, redirigiendo al interesado al notario actuante para solicitarle la copia simple correspondiente previo pago de su coste, y co-

municó su intención de abonar al interesado 504,18 euros de reliquidación de cláusula suelo más intereses legales, aportando copia de la carta explicativa correspondiente.

El DCMR estimó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y las buenas prácticas y usos bancarios al no haber aportado el acuse de recibo del envío en su día al reclamante de su correspondiente copia simple o autorizada de la escritura cuestionada, tal como obliga la normativa, así como al no haber subsanado la omisión mediante la entrega a su cliente de dicha copia tras su reclamación.

f. Tramitación administrativa y gastos de formalización del préstamo hipotecario

La constitución de una garantía real de hipoteca sobre el bien inmueble para cuya adquisición se pretende obtener financiación — finalidad más habitual de este tipo de operaciones — permite a la entidad de crédito prestamista incrementar las probabilidades de cobro de la deuda contraída por su cliente, al facilitar y agilizar su ejecución, lo que, a su vez, fomenta el acceso de los hogares a un crédito que, por lo general, será de mayor importe, a un plazo más extenso y a un tipo de interés remuneratorio más bajo que aquellos que se conceden sin otra garantía que la personal del prestatario. Sin embargo, la propia naturaleza del préstamo con garantía hipotecaria conlleva la necesidad de llevar a cabo una serie de trámites, algunos necesarios para que los derechos del acreedor hipotecario gocen de plena efectividad y otros para dar cumplimiento a las obligaciones tributarias nacidas del propio negocio jurídico de préstamo y de la constitución de su garantía.

Los indicados trámites generan determinados gastos que se vienen denominando «de formalización» y que, como su propio nombre indica, a diferencia de las comisiones, no constituyen una contraprestación por un servicio prestado por la entidad prestamista a su cliente, sino percepciones a favor de un tercero que se erige en titular de un derecho de crédito, bien por los servicios que ese tercero ha prestado, bien por aplicación de una disposición legal, como sucede en el caso de los tributos cuyos hechos imposables se consideran acaecidos con la constitución del préstamo hipotecario u otras vicisitudes de la vida de la operación.

De esta realidad resultan múltiples conflictos entre prestamistas y prestatarios, la mayoría de los cuales se refieren a los siguientes extremos:

- i) La elección de los profesionales que van a llevar a cabo dichos trámites, en aquellos casos en que exista libertad de las partes para su designación. En relación con esta cuestión, surge la de la responsabilidad por el desempeño de esos terceros.
- ii) La información facilitada a los prestatarios sobre los gastos que deben asumir a raíz de la formalización del préstamo hipotecario.
- iii) Y, muy destacadamente, la propia distribución de los indicados gastos entre las partes en la operación, en particular a resultas de la reciente y mediática jurisprudencia concerniente al carácter abusivo de las cláusulas contractuales por las que se atribuyen dichos gastos a los prestatarios en exclusiva y en términos omnicomprendidos, sobre lo que posteriormente nos extendemos.

Con respecto a la primera cuestión origen de controversias, la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (art. 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos asocia-

dos a la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. Asimismo, en caso de estar gravado el inmueble con una carga previa —generalmente, una constituida a favor de quien en su día hubiera concedido financiación a la parte vendedora del inmueble— que haya de cancelarse económicamente, la entidad pretenderá asegurar que esa cancelación tenga igualmente un reflejo registral, para preservar el máximo rango de su derecho de garantía.

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

En relación con esta circunstancia, aunque la normativa aplicable —el 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 servicios³— 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, 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, considerando que esta va a asumir un riesgo por el hecho de entregar el importe del préstamo antes de llevarse a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad acreedora, entraría dentro de lo razonable que esta 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 sobre las anomalías que puedan presentar las gestiones de los colaboradores externos en quienes las llevaron a cabo.

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.

3 A tenor del citado precepto, «Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo. En cuanto a la designación del Notario ante quien se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública, se estará a lo dispuesto en la legislación notarial, debiéndose hacer constar expresamente esta circunstancia en el mismo folleto».

Consecuentemente, este DCMR ha declarado que constituye una mala práctica bancaria el que las entidades se despreocupen de las incidencias que puedan surgir por la actuación de las gestorías por ellas elegidas, como sucedió, a título de ejemplo, en el expediente R-201726971, en el que se concluyó que la entidad reclamada se había desviado de las exigencias de una buena praxis financiera a resultas de una demora de aproximadamente unos 17 meses en la inscripción registral de la cancelación de la hipoteca de la parte reclamante por causas únicamente imputables a la entidad y a la gestoría designada por aquella, por cuanto no iniciaron los trámites de cancelación sino hasta casi siete meses después de su solicitud, en agosto de 2016, previa reclamación presentada ante el SAC, produciéndose posteriormente ciertas anomalías en la escritura de cancelación que impidieron su inscripción hasta enero de 2018.

Adicionalmente, como se ha anticipado, las tareas de formalización y tramitación de los correspondientes contratos generan una serie de gastos. Ha venido siendo habitual en el mercado que los indicados gastos hayan sido sufragados en su integridad por los clientes prestatarios.

Resulta evidente que los gastos de formalización de la operación hipotecaria, aun cuando no tengan la consideración de condición financiera de aquella ni su importe sea percibido por la entidad prestamista, constituyen un dato de fundamental importancia para la comprensión por el prestatario de las obligaciones que para él dimanarían de esa operación y, en la medida en que sean susceptibles de pacto de reparto entre las partes, serán un factor más que tener en cuenta a la hora de comparar las ofertas recibidas de distintos financiadores. En este sentido, ya nos hemos referido anteriormente a las obligaciones de información precontractual de las entidades, dentro de las cuales se incluye la atinente al «coste total del préstamo» que se ha de incluir en la FIPRE, concepto que equivale al «importe total a reembolsar» que debe constar en la FIPER⁴, teniendo su omisión las consecuencias propias del incumplimiento normativo que puede llegar a suponer.

Cabe señalar que es práctica generalizada en el sector que las entidades exijan a sus clientes el pago de una provisión de fondos para la atención de los gastos que aquellos deban sufragar. A este respecto, no existe ninguna norma que establezca taxativamente las cantidades que se pueden instar en este concepto, pero 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 o partidas 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 las cargas que van a asumir.

4 También la derogada Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, establecía la obligación de informar en la oferta vinculante acerca de los conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario, pudiendo incluirse los siguientes:

- a) Gastos de tasación del inmueble.
- b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.
- c) Impuestos.
- d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.
- e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños de aquel.
- f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.
- g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.
- h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

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, 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 correrán 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 cuando el conocimiento por parte de la entidad fuera también posterior a la formalización de la operación.
- Que las entidades no acrediten 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.

La última fuente de conflictos en relación con la formalización y la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario la encontramos en la invocación, por los prestatarios en los que concurre la condición de consumidores, de ciertas normas de protección de los derechos de estos últimos que se reputan transgredidas por la no infrecuente inclusión en estos contratos de estipulaciones que hacen recaer sobre el deudor la totalidad de los gastos asociados a dichas actuaciones, respecto de las cuales han proliferado recientemente las demandas de nulidad en atención a su supuesto carácter abusivo.

En el origen de este torrente de litigiosidad encontramos la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 705/2015, de 23 de diciembre de 2015. Mediante esta resolución, se declaró la nulidad de varias cláusulas contenidas en determinados contratos de préstamo con garantía hipotecaria de dos entidades de crédito, desestimando los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por estas últimas contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

Entre las cláusulas cuya declaración de nulidad ratificó el Tribunal Supremo se encuentra una por la que la entidad acreedora impuso al consumidor todos los tributos y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación y ejecución del contrato de préstamo, y por los pagos y reintegros derivados de este, con extensión a los gastos —incluso procesales— originados en el incumplimiento del contrato por el deudor, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, incluyendo los relativos a su inscripción y a la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a ella, y las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños sobre el inmueble hipotecado.

En dicha resolución, razona el Tribunal Supremo, en sintética exposición:

- En primer lugar, «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. [...] 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».
- De otro lado, censura que en la estipulación analizada no se haga distinción alguna en cuanto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, imputando todos ellos al prestatario, cuando, a tenor de lo dispuesto en Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil.
- Finalmente, en relación con los gastos preprocesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, se significa que aquellos están sometidos a una estricta regulación legal en la vigente normativa procesal, de orden público, la cual se funda básicamente en el principio del vencimiento, cuya contravención comportaría su nulidad.

En cambio, por lo que se refiere a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños también abordado por el órgano jurisdiccional, se declara que su imputación al prestatario no parece desproporcionada o abusiva y, en todo caso, un pacto contractual con tal contenido resultaría inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador de este, conforme al artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

Cabe señalar, por último, que en la citada sentencia, si bien se confirma la declaración de nulidad de la meritada cláusula efectuada en la instancia, no se entra en las consecuencias de dicha nulidad especificando cuál habría de ser la extensión de sus eventuales efectos restitutorios.

Tras hacerse público el contenido de esta sentencia, las demandas dirigidas contra las entidades de crédito para lograr la declaración de nulidad del pacto contractual sobre el particular y el reembolso por las demandadas de los gastos de formalización abonados por los prestatarios han dado lugar a resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias Provinciales en los sentidos más dispares.

Por lo que se refiere a los tributos que gravan la operación de préstamo con garantía hipotecaria, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido a aclarar, a través de sus sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, efectuando una exégesis de la legislación tributaria que refiere coincidente con la de su Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo,

cuáles son las reglas de identificación del sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados⁵, fallando lo siguiente:

- «a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.
- b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.
- c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.
- d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad “Actos Jurídicos Documentados” que grava los documentos notariales.»

Resulta igualmente de interés la declaración contenida en esta reciente resolución, en el sentido de que «Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación».

Pues bien, en relación con las reclamaciones derivadas de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas de atribución de gastos análogas a la examinada por el Tribunal Supremo, el DCMR ha venido considerando que, de conformidad con el ámbito competencial por el que se rige este DCMR, no procede por su parte: i) la determinación del carácter abusivo de una cláusula contractual, ni de la nulidad de un contrato o de alguna de sus cláusulas por eventuales vicios en el consentimiento prestado, ni ii) pronunciamiento alguno en relación con la devolución de las cantidades cobradas por la entidad como consecuencia de esa posible declaración de nulidad; correspondiendo las anteriores cuestiones a los tribunales de justicia, los cuales podrán hacer uso, a tal fin, de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, entendemos que las buenas prácticas bancarias que deben presidir las relaciones entre las entidades financieras y su clientela exigen que las entidades no ignoren esta doctrina jurisprudencial excusándose en que no han sido parte en los correspondien-

5 Tras el cierre de la edición de esta Memoria, la Sala Tercera ha dictado su sentencia 1505/2018, de 16 de octubre, mediante la cual anula el artículo 68.2 del Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo, al entender que la consideración del prestatario como sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es contraria a la Ley, lo que supone un giro radical en el criterio jurisprudencial aplicado hasta el momento. A esta fecha, el Tribunal Supremo está valorando si dicho giro jurisprudencial debe o no ser confirmado.

tes procedimientos y, en el caso de enfrentarse a reclamaciones de sus clientes con base en aquella tendentes a la devolución de los gastos de la formalización de los contratos de préstamo hipotecario, acrediten haber realizado un análisis razonado y pormenorizado, a la luz de esa jurisprudencia, del pacto relativo a esta cuestión que sea objeto de reclamación, justificando las medidas adoptadas, en su caso, para ajustar su comportamiento a dichas sentencias.

En consecuencia, se viene considerando una mala práctica el que, en aquellos casos en los que la entidad no estime totalmente la pretensión de su cliente de devolución de las partidas de gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario abordadas en las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, no especifique los motivos sustantivos por los cuales considera que la atribución de un concreto gasto al prestatario no sería abusiva y que no correspondería esa devolución, con detallados argumentos legales y, si procediera, jurisprudenciales, e individualizando sus razones tanto para los aranceles notariales y registrales como para los gastos fiscales, todo ello sin perjuicio de que —insistimos— no es nuestra labor emitir juicios de valor sobre si esos motivos son o no suficientes para salvar la validez de la cláusula en cuestión, lo que compete en exclusiva a los órganos judiciales.

Como no podría ser de otro modo, se valora positivamente el que las entidades accedan a una distribución equitativa de los gastos con el prestatario, pero no corresponde al DCMR determinar dónde se halla el punto de equilibrio en cada supuesto, que deberán determinarlo, bien los propios clientes, en uso de su libertad negocial, bien los órganos judiciales.

Finalmente, ha de precisarse que el criterio elaborado por el DCMR, en virtud del cual viene a exigir una actuación transparente de las entidades ante sus clientes en cuanto a explicarles claramente las razones por las que pudieran considerar que la imputación de los gastos a estos últimos se ajusta en todos los extremos a la legalidad vigente, de manera que estos puedan cabalmente valorar la procedencia y conveniencia de ejercer acciones legales al respecto, solo es de aplicación a los supuestos de hecho específicamente contemplados en las sentencias del Tribunal Supremo a las que nos hemos referido, esto es, al negocio jurídico consistente en la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria concertado por un consumidor y cuyo destino fuera la adquisición de vivienda, no alcanzando a otros, como podría ser una subrogación, una novación o modificación o una cancelación de un préstamo preexistente, u operaciones para la financiación de otras actividades (reformas, adquisición de locales, etc.), casos en los que entendemos que se estaría pretendiendo de este DCMR un pronunciamiento que trascendería sus atribuciones.

De igual modo, se reputa improcedente el análisis por el DCMR de aquellos conceptos o partidas de gasto que no han sido tratados en la sentencia 705/2015 del Tribunal Supremo, como es el caso de los honorarios repercutidos por la gestoría encargada de la tramitación de las escrituras o de los de la sociedad de tasación que llevó a cabo la valoración del inmueble, y, asimismo, se estima que no ha de entrarse por nuestra parte en pronunciamientos relativos a gastos procesales o análogos si el reclamante no los hubiera desembolsado efectivamente por no haberse llegado a aplicar la estipulación contractual controvertida en este aspecto concreto.

Para concluir, a título aclaratorio, conviene hacer alusión a los pagos efectuados por los prestatarios en concepto de primas de seguros de vida, cuyo reintegro es común que venga instándose al amparo de la doctrina jurisprudencial tratada, ya que, según indican los reclamantes en algunos casos, las entidades prestamistas les impusieron su contrata-

ción. Entendemos, en cuanto a estos desembolsos, que estos no tienen la consideración de gastos de formalización de la escritura de préstamo que hayan de analizarse a la luz de esa jurisprudencia, sino, en todo caso, de una condición establecida por la entidad de que se trate para acceder a la concesión de la financiación solicitada o para concederla en mejores condiciones, del mismo modo en que es habitual en el sector que, con idéntico propósito, se inste al cliente a que estreche sus vínculos con la prestamista contratando productos adicionales o domiciliando en ella sus ingresos y gastos recurrentes. Este tipo de requerimientos pueden ser establecidos libremente por las entidades en el marco de su política comercial y de riesgos, cuya fiscalización excede, en principio, las competencias de esta institución.

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 emisión⁶, 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.

⁶ 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.

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 informado 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.

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.

En el expediente R-201716186, la reclamante discrepaba con la imposición de la tasación de su vivienda y de la que pretendía adquirir, con sus respectivos costes —715,15 eu-

ros—, con carácter previo al análisis de riesgos de la operación hipotecaria que solicitó y que finalmente resultó denegada, ya que entendía que la tasación debería haberse efectuado con posterioridad a la aprobación de la operación. La entidad se limitó a alegar que informó en su momento a su cliente sobre la necesidad de tasar las fincas aportadas, dada la existencia de una hipoteca sobre una de ellas, y que el cliente autorizó la tasación y la asunción de su coste, siendo finalmente denegada la operación.

El DCMR consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y las buenas prácticas bancarias al no acreditar que hubiera entregado la FIPRE a la reclamante en la que se informase sobre los gastos preparatorios de la operación, a pesar de que esta no se llegase a formalizar, y entre ellos los de tasación y a cargo de quién correrían los gastos, así como al no haber justificado que las tasaciones practicadas fuesen determinantes en su decisión de denegación de la operación crediticia solicitada.

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 la recibe (prestatario) a restituir otro tanto en la forma y plazo convenidos, incluidos los intereses y las 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 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.

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 vigor⁷, 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.

Sobre este tipo de préstamos, la sentencia n.º 608/2017, de 15 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha concluido que, a pesar de que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, sí que es un producto complejo a efectos del control de transparencia del cumplimiento de las obligaciones de información establecida por las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios en los casos en que el prestatario tiene la condición de consumidor. A estos efectos, considera que, aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas, al suponer la fluctuación de la divisa un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, si el euro se devalúa, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar la operación y la entidad puede dar por ello vencido el préstamo si se exceden ciertos límites.

Sobre la base del razonamiento expuesto, concluye en el caso analizado que la entidad no explicó adecuadamente a los prestatarios la naturaleza de los riesgos asociados a la hipoteca ni las graves consecuencias derivadas de la materialización de tales riesgos, y, en concreto, el pago de cuotas superiores a la inicial y la imposibilidad de afrontarlas, lo que ha derivado en la reclamación judicial por la prestamista del capital pendiente de amortizar, generando la falta de transparencia de las cláusulas multidivisa para los prestatarios un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, ya que, al desconocer los riesgos del contrato, no pudieron comparar la oferta del préstamo multidivisa con otros préstamos y se ha agravado su situación económica y jurídica.

Por otra parte, señala el Tribunal Supremo que no resulta suficiente la posibilidad de cambio de divisa para eliminar los riesgos mencionados ni para dispensar al banco de sus obligaciones de transparencia en la información contractual y en la redacción de las cláusulas, decretando por ello la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, quedando este como un préstamo concedido y amortizado en euros.

En el expediente R-201706867, el reclamante mostraba su disconformidad con los tipos de cambio aplicados en su préstamo multidivisa en francos suizos, ya que habían sido únicamente beneficiosos para la entidad y le habían sido impuestos por esta; además, discrepaba de la información recogida en las liquidaciones mensuales, considerándola insuficiente por no explicitarse el tipo de cambio aplicado. La entidad se limitó a alegar que los tipos de cambio eran libres y que se aplicaban los pactados con sus clientes, sin perjuicio de publicar los tipos mínimos de compra o máximos de venta en su web, en la que podían consultarse sus datos históricos, coincidiendo dichos tipos con los aplicados.

7 Norma cuarta de la CBE 5/2012.

El DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios al no establecerse en la escritura de forma unívoca el día que había de tomarse para determinar el valor del tipo de cambio que se debía utilizar para la compra de la divisa destinada a las liquidaciones del préstamo, a pesar de haber publicado la entidad las cotizaciones del día del cambio en su web. Asimismo, el DCMR consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al entregar a su cliente liquidaciones que no cumplieran con todos los requisitos establecidos en aquella, no recogiendo el tipo de cambio aplicado.

Respecto a los préstamos 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, o sobre las limitaciones establecidas para las amortizaciones anticipadas de estos préstamos, extremos que, en todo caso, deben ser convenientemente explicados y justificados por la entidad a su cliente.

En el expediente R-201701985, el reclamante mostraba su disconformidad con la entidad por no permitirle efectuar, en enero de 2017, una amortización anticipada parcial de 7.800 euros en su préstamo hipotecario, argumentando que tal operación no era posible por cuanto el Real Decreto 1186/1998, al que estaba acogido y que regula el Plan de Vivienda 1998-2001, establecía limitaciones a la amortización parcial. La entidad alegó que en el *Manual de Gestión* dispuesto por el Ministerio de Fomento se fijaba un importe mínimo para amortizaciones anticipadas de 200.000 pesetas —1.200,02 euros— y se indicaba que la periodicidad mínima entre amortizaciones no podía ser inferior a una por año natural, no cumpliendo en esta ocasión el cliente con dichos requisitos.

El DCMR verificó que en el Real Decreto 1186/1998 no se contemplaba limitación alguna respecto a las amortizaciones anticipadas. La entidad, por otro lado, no había aportado ni el manual en el que supuestamente se recogía la limitación mencionada (que tampoco se recogió en la escritura de compraventa con subrogación), ni la escritura de préstamo a promotor, lo que impidió confirmar la eventual existencia de dicho pacto. A mayor abundamiento, el DCMR comprobó que la amortización sí se ajustaba en su cuantía y fecha a las limitaciones citadas, ya que su importe superaba el mínimo exigible y la anterior amortización había tenido lugar en noviembre de 2016 y, por tanto, en otro año natural. En consecuencia, el DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, al no haber aportado la citada escritura de préstamo al promotor, así como al denegar injustificadamente la amortización anticipada cuestionada, sin que constara que hubiera tampoco informado a su cliente sobre las limitaciones antes mencionadas, supuestamente recogidas en el *Manual de Gestión* del Ministerio, con ocasión de las amortizaciones efectuadas en los años previos.

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 demora⁸.

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 ha de 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, salvo 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 pronun-

⁸ 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 préstamos 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).

ciamiento 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 refería 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 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.

- 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 la conducta debida el 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.

En alguna ocasión, 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 y/o que no eran

conscientes de las condiciones que firmaban y que, de haberlo sabido, no lo hubieran hecho. En estos casos, verificada la corrección de las obligaciones informativas de la entidad, 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, o bien el tipo de interés legal, siempre que este fuera mayor que aquel. 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.

Durante el año 2017 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 ese respecto, con carácter general, el DCMR considera 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.

Singularmente, el índice de referencia más cuestionado en dichas reclamaciones es el 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, así como algún otro índice de los extintos por ley a los que nos referimos en el epígrafe siguiente (el «IRPH-Cajas» y el «IRPH-Bancos»). La pretensión general de dichas reclamaciones consiste en la declaración por este DCMR de la 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.

Sobre el particular, hemos de señalar que la sentencia del Tribunal Supremo n.º 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, ha resuelto en el sentido de que el índice IRPH, que está definido legalmente, como tal, no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda serlo la cláusula que lo incorpora.

Respecto a la cláusula concreta que incorpora el índice de referencia IRPH-Entidades, el Tribunal señala que para determinar su transparencia se ha de analizar si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable, concluyendo al respecto que, al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial del préstamo, superando por ello la cláusula el control de transparencia exigido.

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 2017 reclamaciones de clientes por cuestiones relacionadas 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.

Por otro lado, y en relación con esta misma cuestión, también se han recibido en 2017 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 algunos 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 al 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 las consecuencias derivadas de la dificultad interpretativa de estas cláusulas no pueden perjudicar 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 contrato⁹, o

⁹ 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».

- 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 2017 han procedido en su actuación de conformidad con él, dirigiéndose a los clientes reclamantes para ofrecerles una novación contractual acogida a la Ley 14/2013 o bien alternativas semejantes a las recomendadas 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, este 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.

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 del 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.

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 inicio¹⁰ 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.

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

¹⁰ 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.

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.

Intereses bonificados

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR en relación con los intereses bonificados fueron, fundamentalmente, por discrepancias con los intereses resultantes calculados y por la operativa derivada de la actuación anteriormente referida. En el análisis y la 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, entendiéndose, 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.

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-201702447, el reclamante mostraba su disconformidad con la falta de aplicación, desde su formalización en 2011, de la bonificación pactada en el diferencial del tipo de interés en el préstamo hipotecario que tenía suscrito con la entidad, indicando que el propio director reconocía que cumplía todos los requisitos necesarios para la aplicación del tipo bonificado, pero que se cambió la forma de domiciliar la nómina y, por un error en el código de recepción informático de aquella, no se había tenido en cuenta. La entidad manifestaba que se había comunicado siempre al cliente que el diferencial aplicado era del 1 % —por tanto, sin bonificación—, lo que se debía a que no había cumplido con el requisito de tener domiciliada la nómina, pensión o prestación por desempleo, comprobándose que solo había recibido seis transferencias de la empresa pagadora.

El DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no alegar respecto a la incidencia denunciada por su cliente relacionada con el código de las transferencias de nómina recibidas, ni haber acreditado documentalmente sus manifestaciones de que las transferencias cuestionadas no estaban ordenadas por la empresa del interesado, mediante las que pretendía justificar la no consideración de aquellas como abono de nómina a efectos de la aplicación de la reducción de diferencial pactada para su préstamo hipotecario.

La práctica a la que nos referimos en este epígrafe tiene incidencia tanto en los 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 en 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.

El empleo de la base de cálculo 360 se consideró largo tiempo 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* de 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2.1 del Código de Comercio.

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, consideró que existían razones justificativas para apartarse del criterio tradicional en relación con esta práctica, de manera principal por el perjuicio que su utilización podría producir en la clientela bancaria, tanto en las operaciones de activo como en las de pasivo. Dicho criterio se viene aplicando desde la fecha de la publicación de la Memoria de 2016 —el 3 de julio de 2017—. En la indicada Memoria de 2016 se referían otras razones que justificaban 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 exige 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 los informes resueltos en el ejercicio que nos ocupa y en relación con las liquidaciones practicadas, solo se ha considerado como buena práctica el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se ha reputado 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.

Con carácter adicional al criterio expuesto, también se ha de tener en consideración la información precontractual que se ha facilitado al deudor —o, en su caso, al acreedor cuando nos refiramos al caso menos frecuente del producto de pasivo— respecto de la potencial aplicación de la referida fórmula. En este sentido, el DCMR considera que el hecho de que no conste en la información previa de manera clara la fórmula que se debe emplear para el cálculo de intereses, detallando de manera explícita la base que se ha de utilizar para su cálculo, supondría una conducta apartada de las buenas prácticas financieras.

Asimismo, 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 por el DCMR contraria a las buenas prácticas bancarias.

Límites a la variación del tipo de interés —«cláusula suelo»— en préstamos y créditos a interés variable. Procedimiento especial del Real Decreto-ley 1/2017

Nos referimos en este apartado a las reclamaciones relacionadas con la existencia en los préstamos y/o créditos hipotecarios de los clientes de las cláusulas de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés, conocidas como «cláusulas suelo», cuyo efecto implica, para los prestatarios, la existencia de un límite mínimo de interés que se aplica en las cuotas del préstamo aunque el tipo de interés pactado —variable y sometido a un índice de referencia en la mayoría de los casos— se encuentre por debajo de ese límite. En relación con esta concreta temática, y como se puede leer con amplio detalle en anteriores memorias, han sido numerosas las reclamaciones tramitadas y resueltas por este DCMR.

Con fecha 21 de enero de 2017, se publicó 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.

Así, por razón de la entrada en vigor del referido real decreto, este DCMR no resulta competente para entrar a conocer sobre reclamaciones referidas a cláusulas suelo que se

estén tramitando o se hayan tramitado en el marco del procedimiento regulado por el citado Real Decreto-ley 1/2017, ni tampoco sobre aquellas que se estén sustanciando o se hayan sustanciado en vía arbitral o judicial.

Con independencia de la entrada en vigor del mencionado real decreto, el DCMR ha venido considerando en los últimos años, al resolver los expedientes que se han sometido a su consideración sobre la adecuada información previa de estas cláusulas, que 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.

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 DCMR 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 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 que ha de tomarse en consideración para valorar la actuación de la entidad conforme a la normativa y los criterios aplicables en cada momento.
- Se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por haberse apartado de las buenas prácticas y usos financieros, siempre que no se hubiera acreditado la entrega de la información previa con tres días hábiles de antelación a la formalización de la escritura (art. 7.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y art. 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 DCMR 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 normativa 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 documen-

to 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.

- 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.

Evolución jurisprudencial
en materia de «cláusula suelo»

Como cierre de este apartado, se refiere seguidamente la evolución del tratamiento jurisprudencial que han tenido las cláusulas de esta tipología.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se manifestó por primera vez sobre el carácter abusivo de las «cláusulas suelo» en sus sentencias en diversos pronunciamientos: n.º 241/2013, de 9 de mayo; n.º 464/2014, de 8 de septiembre; n.º 139/2015, de 25 de marzo, y n.º 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 condiciones 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 resolvió las citadas cuestiones prejudiciales y consideró 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 acordó 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.

Por último, merece destacarse la sentencia n.º 205/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 11 de abril, en la que se estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que había declarado la nulidad: i) de las cláusulas suelo relativas a dos contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda suscritos en 2007 por dos prestatarios consumidores, así como de ii) los contratos de novación modificativa de los anteriores suscritos en 2014, que modificaban a la baja el límite mínimo a los tipos de interés variable pactados del 4,25 % y del 4,50 %, respectivamente, a un suelo del 2,25 %, en ambos casos. El TS motiva su fallo de acuerdo con las siguientes argumentaciones:

- Los dos contratos de novación, al margen de su denominación (*contratos de novación modificativa del préstamo*), no son novaciones sino transacciones. En el presente caso, el Tribunal Supremo considera, a diferencia del supuesto analizado en la reciente STS 558/2017, de 16 de octubre, que las partes han convenido concesiones recíprocas, en concreto, la entidad de crédito, que en principio tenía cláusulas suelo del 4,25 % y del 4,50 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25 %, y los consumidores, que no querían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente pactado, a cambio de evitar un pleito.
- No obstante lo anterior, se estima que debe comprobarse si se han cumplido las exigencias de transparencia en la transacción, es decir, si los prestatarios, tal y como les fue esta presentada, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación, consecuencias en este caso que se limitan, según la sentencia, a conocer: i) que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25 %, y ii) que no se discutiría en el futuro la validez de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo primitivos. En este sentido, se justifica el cumplimiento del deber de transparencia en el hecho de que la parte prestataria aceptó la propuesta de Ibercaja de impedir futuras controversias judiciales, al transcribir de puño y letra que «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual».
- La transacción («contrato de novación modificativa») es válida aunque la obligación preexistente (contratos de préstamo primitivos) sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que solo puede determinarse judicialmente, siempre y cuando la nueva relación jurídica de la transacción no contravenga la Ley. Es decir, en caso de no poder acreditarse alguna de las causas de nulidad del acuerdo transaccional, no es posible enjuiciar la situación previa a la transacción en tanto las partes han quedado vinculadas por lo transigido. De este modo, el Tribunal Supremo, al no apreciar causa de nulidad en los términos y condiciones del acuerdo transaccional, no entra a valorar si las cláusulas suelo primitivas superan el control de transparencia, estimando como válida la cláusula suelo novada.

A la vista de la evolución jurisprudencial descrita y como consecuencia de la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas en cuestión, con fecha 30 de septiembre de 2016 el DCMR instó 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, en caso de que aprecien su invalidez, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, supriman su aplicación de forma unilateral.

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 de 2017 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 la 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 (art. 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 hipotecario en un 19 %, vino a aplicar un criterio ya establecido para los préstamos personales, señalando que la declaración de nulidad afectaría al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, indicando que tal declaración implica la no aplicación de interés moratorio alguno, sin moderación jurisdiccional ni dar lugar a la aplicación supletoria del indicado límite del triple del interés legal prescrito por la referida reforma legislativa. Todo ello, sobre la base de que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los límites establecidos a los intereses moratorios en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 1/2013, no excluyen el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias a dicha ley —por respetar ese límite máximo del triple del interés legal del dinero—, puedan implicar la «imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones», en los términos del artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que tendrá como consecuencia que el juez nacional declarará la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 364/2016, de 3 de junio, hizo extensiva su doctrina sentada en la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, relativa a préstamos sin garantía real, a todo tipo de préstamos con consumidores, incluidos los préstamos o créditos hipotecarios, afianzando asimismo la línea jurisprudencial adoptada en la sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, antes comentada, y en la más reciente n.º 79/2016, de 18 de febrero, ambas referidas a la nulidad de cláusulas abusivas de préstamos 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, con fechas 17 de febrero de 2016 (Asunto C-96/2016) y 22 de febrero de 2017 (Asunto C-94/2017), fueron planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona y por el Tribunal Supremo, respectivamente, sendas cuestiones prejudiciales para unificación de doctrina, entre otros extremos, sobre los concretos efectos de la declaración del carácter abusivo y nulidad de este género de estipulaciones, siendo dichos asuntos objeto de acumulación.

Con fecha 7 de agosto de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido sentencia en la que establece, entre otras conclusiones:

- 1 Que la Directiva 93/13/CE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, no se opone a la jurisprudencia del Tribunal

Supremo, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo con un consumidor que establece un interés de demora aplicable es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

- 2 Que dicha Directiva 93/13/UE tampoco se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

En el expediente R-201706314, el reclamante mostraba su disconformidad con el proceder de la entidad respecto al cobro de intereses de demora en su préstamo hipotecario, ya que los consideraba abusivos, al ser en algunos casos superiores al 20 %. La entidad argumentaba únicamente que el DCMR no resultaba competente para valorar el carácter abusivo de una cláusula ni la devolución de cantidades solicitada, así como que el interés de demora pactado fue del 18 %, si bien a partir de enero de 2013 se aplicó un interés de demora de seis puntos por encima del interés contractual.

El DCMR entendió que la actuación de la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dada la ausencia de documentos de liquidación en el expediente, circunstancia que impidió a este DCMR verificar si su actuación se ajustó a la Ley 1/2013.

Falta de comunicación de revisión del tipo de interés

La norma sexta, apartado 6.d) y apartado 8, de la Circular del Banco de España 8/1990 establecía la obligación de comunicar al cliente las variaciones del tipo de interés de los préstamos hipotecarios cuando el índice pactado no fuera oficial. Por su parte, el artículo 29, párrafo segundo, de la Orden EHA/2899/2011 establece la necesidad de que se recoja en el contrato la obligación de notificar al cliente las variaciones del tipo de interés.

En el expediente R-201702750, la parte reclamante mostraba su disconformidad con el proceder de la entidad, por la falta de información facilitada respecto a las revisiones del tipo de interés de su préstamo hipotecario. Por todo ello, solicitaba que le facilitasen todas las revisiones del tipo de interés de su préstamo hipotecario desde 2010 hasta 2016. La entidad alegó que, siguiendo las instrucciones de los prestatarios, todas las comunicaciones relacionadas con el préstamo fueron remitidas al buzón de correo web que tenían dado de alta desde el 17 de diciembre de 2010. Añadía que, debido a la unificación informática derivada de la integración de la entidad en un grupo societario distinto, no le era posible obtener un duplicado de las comunicaciones remitidas a los interesados en los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, aportando el reclamante la de diciembre de 2016.

El DCMR consideró que la entidad estaría obligada a prestar dichas comunicaciones no solo en virtud de los pactos establecidos con su cliente, sino también de acuerdo con la normativa de transparencia aplicable, por lo que podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios, dado que no había acreditado haber facilitado a su cliente las comunicaciones correspondientes a las revisiones del tipo de interés practicadas tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 y asimismo se había alejado de las buenas prácticas bancarias, ya que no constaba acreditado que hubiese entregado a su cliente las referidas comunicaciones correspondientes a

las revisiones del tipo de interés practicadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha orden, según lo pactado en el contrato de préstamo hipotecario.

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 DCMR entiende que, conforme a los 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-201704033, el reclamante mostraba su disconformidad con la liquidación del tipo de interés aplicado a su préstamo hipotecario tras la eliminación de la cláusula suelo pactada, ya que la entidad aplicó un tipo de interés que no se ajustaba a lo pactado, por cuanto tomó el valor del euríbor del mes siguiente a aquel que debió tomar, habiendo accedido la entidad a aplicar el valor correcto y a abonar en su cuenta la diferencia de los intereses correspondientes desde la fecha de la última revisión. No obstante, tras la reliquidación, advirtió que para el cálculo de la siguiente cuota se había tenido en cuenta el saldo pendiente a esa fecha y no el saldo pendiente a la fecha de la anterior revisión, conforme a la escritura suscrita. La entidad atendió la reclamación y modificó el tipo de interés desde la siguiente cuota hasta la próxima fecha de revisión, abonando al cliente la diferencia de intereses desde la anterior fecha de revisión y alegando que, al hacer los cálculos considerando el capital pendiente a la fecha de la modificación del tipo de interés, no se había ocasionado perjuicio alguno a la reclamante, siendo los intereses aplicados inferiores a los resultantes de calcular la cuota con el capital pendiente en la fecha de la revisión anterior.

El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que, pese a reconocer la existencia de un error en la aplicación del tipo de interés, no había regularizado adecuadamente la operación reliquidando los recibos del préstamo desde la fecha de revisión —30 de septiembre de 2016—, teniendo en cuenta tanto el tipo de interés cobrado de más como el capital amortizado de menos y la actualización de los

importes cobrados de más, así como al no haber facilitado a la parte reclamante un cuadro de amortización con el tipo de interés incorrecto aplicado y con el que debiera haberse aplicado, ni las explicaciones oportunas, cuestión que tampoco ha realizado ante este DCMR.

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 posteriores 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 préstamo¹¹, referido en el art. 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 posteriores 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 (art. 3 de la Orden EHA/2899/2011).

¹¹ 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.

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 2017, 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 de la presente Memoria, especialmente 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 se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes».

La comisión de apertura forma parte de los costes fijos de los préstamos y créditos hipotecarios, y por ello debe recogerse necesariamente en la FIPER y en la Oferta Vinculante, previstas en los artículos 22 y 23 de la Orden/EHA/2899/2011, concretamente en su apartado 7) «Vinculaciones y otros costes», tal como se indica en el anexo II de la orden, apartados A) «Modelo de FIPER» y B) «Instrucciones para cumplimentar la FIPER», debiendo recogerse como coste que debe abonarse de una sola vez a la entidad. Al tratarse de un coste adicional a los intereses que se han de pagar, debe integrarse en la TAE del préstamo, de acuerdo con el artículo 31 de la orden y su anexo V.

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 de 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 y de estudio o cambio de divisa señalada en los casos a) y b) anteriores y, adicionalmente, declarar la posible vulneración de la Circular del Banco de España 8/1990.

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.

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 (art. 10 de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

Comisión por reclamación
de posiciones deudoras y gastos de
gestión externos

En relación con la comisión por reclamación de posiciones deudoras cobrada con ocasión del impago de los recibos de créditos y préstamos hipotecarios, debe significarse que 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 periódicamente de una carta 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.

Es menester señalar que en ocasiones las entidades de crédito han contratado a empresas externas para reclamar las posiciones deudoras de sus préstamos hipotecarios, pro-

cediendo en tales situaciones a adeudar posteriormente a los prestatarios los gastos de gestión externa repercutidos por dichas mercantiles, coexistiendo en ocasiones dichas gestiones externas de recobro con las habituales gestiones de recobro llevadas a cabo por la propia prestamista.

En el expediente R-201614383, la parte reclamante mostraba su disconformidad respecto al cobro, durante los años 2015 y 2016, de intereses de demora, gastos de gestión externos y comisiones por reclamación de posiciones deudoras en sus dos préstamos hipotecarios. La entidad alegó que tanto el cobro de los intereses de demora cuestionados como el de las comisiones por reclamación de cuotas impagadas y los gastos de gestión de cobro externo estaban pactados, si bien comunicaba la devolución de las comisiones cobradas en ambos préstamos y de los gastos por servicios externos cobrados en uno de ellos.

El DCMR entendió que, si bien la entidad se había allanado a las pretensiones de su cliente respecto al cobro de las comisiones en ambos préstamos y de los gastos externos derivados de uno de ellos, respecto al cobro de los gastos de recobro externos en el otro préstamo se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, por cuanto no acreditó la existencia de efectivas gestiones de reclamación a fin de recuperar la deuda. Además, en todo caso, la incorporación de la cláusula genérica de gastos a favor de terceros suponía una mala práctica bancaria de la entidad, pues se trataba de una condición contractual carente de la necesaria transparencia exigible a todo contrato bancario, ya que no informaba al prestatario de las concretas actuaciones de recobro que eventualmente pudieran llevar a cabo tales empresas externas, ni de su coste. A mayor abundamiento, la entidad no había justificado la duplicidad de actuaciones y de gastos ni de la entidad ni de la empresa externa de recobro y, además, tampoco había justificado la necesidad de delegar el recobro en dicha empresa ni el coste repercutido por esta —resultando este incluso más gravoso que el de la propia entidad—. Respecto a los intereses moratorios, el DCMR ratificó su corrección, sobre la base de los pactos contractuales suscritos y la no aplicación a dichos préstamos de las limitaciones establecidas por la Ley 1/2013.

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 realización, a petición del cliente, de las gestiones y tramitaciones precisas. 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 art. 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 de 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-201702768, la parte reclamante mostraba su queja con el anuncio del cobro de una comisión de 18 euros por la emisión del certificado de deuda cero de su préstamo hipotecario, por lo que desistió de su petición, manifestando su desacuerdo.

La entidad alegó que se le informó del cobro de dicha comisión porque el certificado que solicitaba incluía datos registrales sobre la finca hipotecada, lo que obligaba a incurrir en costes de verificación registral.

El DCMR entendió que la entidad actuó de forma contraria a las buenas prácticas bancarias, dado que exigió a la parte reclamante el cobro de una comisión por la emisión de un certificado de deuda cero que contenía una información actualizada, debiendo emitirse gratuitamente y contener toda la información necesaria e identificativa de la opera-

ción a fin de realizar la efectiva cancelación de la hipoteca, incluyendo la finca sobre la que se constituyó esta, dato que debe constar en la propia escritura de préstamo hipotecario.

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 de abril de 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 mayor¹².

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

Cancelación anticipada, subrogatoria¹³

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.

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

¹³ 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.

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 pactado¹⁴.

En el expediente R-201713714, la parte reclamante mostraba su disconformidad con el cobro de una comisión por amortización parcial de préstamo hipotecario de 332,30 euros, así como con el hecho de que en la información previa que le fue facilitada con anterioridad a la formalización de la escritura de subrogación de préstamo hipotecario se señalaba que la comisión objeto de reclamación sería de 0 euros, indicándole la entidad que la referida comisión constaba en la escritura matriz del préstamo en el que se subrogó, aunque aduce que dicha escritura nunca le fue mostrada. La entidad alegó que el reclamante adquirió una vivienda y se subrogó en 2010 en las condiciones de un préstamo hipotecario promotor, suscrito con fecha 29 de noviembre de 2007, en el que intervino la parte reclamante, y que en la escritura de préstamo hipotecario se pactó una comisión por amortización del 0 % sobre el nominal amortizado cuando en el transcurso de un año natural dichas amortizaciones no superasen el 25 % del saldo pendiente al inicio del año natural y una comisión del 1 % cuando las amortizaciones anticipadas superasen durante un año ese porcentaje del 25 %, habiéndose cobrado el 1 % sobre el exceso del 25 % del saldo pendiente en ese momento, por lo que el cobro es correcto.

El DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no haber aportado copia de la escritura de subrogación de préstamo hipotecario, impidiendo comprobar si en ella intervino la entidad reclamada —en cuyo caso, hubiera tenido obligación de información previa hacia el deudor subrogado— y si resultaba de aplicación la Ley 41/2007 o la normativa anterior.

*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.

¹⁴ Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

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 (art. 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 el 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 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 del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) de entidades el valor del tipo 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 IRS, así como los del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades de crédito (IRPH-Entidades), aplicables para el cálculo del valor de mercado del préstamo, en la página web del Banco de España:

https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_de_los_ti_001b34b8c141f51.html.

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, 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.

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.

I. Subrogación por cambio de deudor

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.

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.

En algunas ocasiones, la persona que se va a subrogar en el préstamo ha reclamado ante este DCMR por la ausencia de respuesta de la entidad de crédito ante la propuesta de un cambio de deudor. Por ejemplo, en el expediente R-201708096 el reclamante mostraba su disconformidad con la ausencia de respuesta por parte de la entidad a su solicitud formal de subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba una vivienda que, a su vez, había adquirido a los herederos de un titular de préstamo y propietario del inmueble.

		CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4
		Préstamos hipotecarios a tipo variable concertados con anterioridad al 27.4.2003	Préstamos hipotecarios a tipo variable concertados a partir del 27.4.2003 (a) [Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 4]	Préstamos hipotecarios a tipo fijo [Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 4]	Préstamos y créditos hipotecarios concertados a partir del 9.12.2007 con personas físicas sobre viviendas o con personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión (b)
Comisiones y compensaciones aplicables según la fecha de concertación de la operación	Comisión por amortización anticipada subrogatoria	1 % (o la comisión pactada si es inferior) No habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto si no se pactó esta comisión en el contrato	0,5 % (o la comisión pactada si es inferior) No habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto si no se pactó esta comisión en el contrato	2,5 % (o la comisión pactada si es inferior)	0
	Comisión por amortización anticipada no subrogatoria	1 % (o la comisión pactada si es inferior)	1 % (o la comisión pactada si es inferior)	Porcentaje pactado	0
	Compensación por desistimiento	0	0	0	Dentro de los cinco primeros años del préstamo: 0,5 % (o la compensación pactada si es inferior) Después: 0,25 % (o la compensación pactada si es inferior)
	Compensación por riesgo de tipo de interés	0	0	0	Dentro de un período de revisión de tipos inferior a doce meses: 0
					Si se produce ganancia de capital para la entidad (c): 0
				Si existe pérdida de capital y el período de revisión es superior al año: porcentaje pactado o importe de la pérdida de capital	

FUENTE: Banco de España.

- a Fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2003, que posteriormente se tramitó como proyecto de ley y fue aprobado como Ley 36/2003.
- b Fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007. A los préstamos hipotecarios que no cumplan las condiciones de esta ley se les aplicará el régimen anterior (Real Decreto-ley 2/2003 y Ley 2/1994, que sigue vigente).
- c La finalidad de la compensación por riesgo de interés es compensar por el riesgo de tipo de interés que asume la entidad en el caso de amortización anticipada. Solo se puede aplicar a los préstamos y créditos con riesgo de tipo de interés, es decir, fijos y mixtos, cuyo tipo de interés se encuentre, en el momento de la cancelación o subrogación, por encima del de mercado (siempre que, en el caso de los préstamos a tipo de interés mixto, la revisión de tipos se produzca en un período superior al año).

La entidad alegó que, atendiendo a la solicitud de subrogación, y tras ser valoradas y estudiadas por su comité de riesgos, el director de la oficina le había trasladado las condiciones financieras para proceder a realizarla, así como que la sustitución del deudor en un préstamo requería el consentimiento del acreedor, siendo que, al no aceptar el reclamante finalmente las referidas condiciones, la entidad no autorizó la subrogación solicitada.

No obstante la referida alegación de la entidad, el DCMR estimó que la entidad reclamada se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que no había quedado acreditado en el expediente que hubiera mostrado una actitud activa a fin de regularizar la situación con respecto a la titularidad del préstamo hipotecario objeto de reclamación, siendo que no constaba en el expediente ni la negativa del reclamante a aceptar la subrogación de forma expresa, ni que este se negara a aceptar las nuevas condiciones financieras que manifiesta le exigió para aceptarla, manteniendo la entidad con su pasividad una situación irregular en contra de los intereses de la parte reclamante y de los titulares de la operación.

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

Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor

En los casos en los que se produce un cambio de deudor por subrogación en el préstamo concedido, la obligación de informar directamente al nuevo prestatario, previamente a la formalización de la subrogación de las condiciones que rigen el préstamo, recae en el deudor original. Debe, no obstante, matizarse que en la normativa vigente desde 2011 existe una obligación específica para las entidades de crédito de incluir en los contratos con constructores y promotores (los conocidos como «préstamos promotores»), la obligación de estos de entregar a los clientes la información personalizada relativa al préstamo en los términos previstos en la orden de transparencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Orden/EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29):

«Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden.»

Este artículo se desarrolla en el anejo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012, relativo a los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables, significándose en el punto 12 que «en los supuestos en que la concesión de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, la inclusión en el correspondiente contrato de la obligación de los indicados constructores o promotores de entregar a los clientes información personalizada sobre el servicio ofrecido por la entidad, recogida en el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo».

No obstante la inexistencia de norma que obligue a las entidades a informar directamente a los subrogados en préstamos hipotecarios, este DCMR ha venido considerando 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 contractual que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que se eviten en dicho documento incorrecciones o se omitan 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.

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.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de noviembre de 2017, se ha manifestado sobre el particular en el sentido de señalar que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroge en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato, ya que, en otro caso, la obligación de información precontractual del predisponente se convertiría en una obligación del adherente de procurarse dicha información, lo que resulta opuesto a la doctrina de la Sala Primera y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Habida cuenta de los criterios expuestos, este DCMR considera que debe seguirse valorando cuál ha sido la actuación de la entidad en cada caso concreto, muy especialmente teniendo en cuenta el grado de implicación de aquella en el proceso subrogatorio y la conducta desplegada al respecto por ella en el contrato suscrito con su cliente constructor o promotor, si ello procediere, a la luz de la normativa vigente en cada momento.

m. Subrogación de entidad acreedora

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, la parte deudora también podrá subrogar a la entidad financiera prestamista por otra entidad análoga, siendo de aplicación a los contratos de préstamo y de 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:

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 iguallen 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.

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.

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.

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 condiciones¹⁵ 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 las 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 préstamo 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 por que 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.

¹⁵ 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.

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/Indice.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/index.asp>.

En el expediente R-201704009, el reclamante planteaba su disconformidad con la negativa de la entidad a la devolución de un cargo en su cuenta correspondiente a la prima de un seguro de vida contratado para que se le aplicasen las bonificaciones pactadas en su contrato, ya que en ningún momento había sido informada del importe exacto de la prima ni de las condiciones de dicho contrato, debiendo solicitar en enero de 2017 una copia del contrato, la cual se le entregó sin firmar. Así, indicaba que se había cargado en su cuenta un importe de 341,44 euros en concepto de la prima del seguro de vida vinculado, importe que superaba al que podría esperarse razonablemente teniendo en cuenta que por el mismo seguro en 2016 le habían cargado un importe de 244,42 euros, lo cual consideraba ilógico, ya que aquel estaba vinculado a un préstamo hipotecario cuyo capital disminuía año tras año. La entidad alegó que el adeudo se encontraba autorizado por el cliente y no encontraba constancia escrita de orden de no atender el recibo en cuestión con anterioridad al adeudo, así como que en la póliza firmada por la parte reclamante, entre otros, autorizaba el adeudo de la prima del citado seguro en la cuenta de su titularidad, no procediendo la devolución al no darse los presupuestos del artículo 33.1 de la Ley de Sistemas de Pago, esto es: que cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago y que el importe en cuestión superaba 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.

El DCMR estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que, por un lado, no acreditaba que el cargo de la cantidad cuestionada estuviese previamente comunicado al cliente, al no haber aportado la póliza original, sino un dupli-

cado firmado por el cliente *a posteriori*, y, por otro, el importe cobrado en el ejercicio 2017 era sensiblemente superior al cobrado en 2016, considerándose por ello que debería haber devuelto el cargo o motivado convenientemente su negativa a hacerlo.

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 2017 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 incorpóreos» (arts. 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 la 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.

En el expediente R-201712580, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la gestión de la amortización parcial anticipada que solicitó sobre un préstamo hipotecario de su titularidad en fecha 28 de febrero de 2017, ya que la entidad le indicó que dicho préstamo había sido cedido a la Sareb (algo que no le habían comunicado con anterioridad) y que, para instrumentar la operación, debía remitirse una transferencia bancaria, previo pago de su coste, a una cuenta titularidad de la Sareb. Por otro lado, la parte reclamante también indicaba que no podía acceder a la información relacionada con su préstamo hipotecario a través del servicio de banca *online* de la entidad. Por todo ello, solicitaba el restablecimiento del servicio de banca electrónica, la realización de la amortización parcial anticipada solicitada con la fecha de efectos mencionada y la devolución de los intereses generados sobre el importe del capital cuya amortización solicitaba desde la fecha en que considera que esta debió producirse.

La entidad alegó que el préstamo promotor controvertido había sido transmitido a la Sareb en cumplimiento de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, y del Real Decreto 1559/2012 y que, como consecuencia de ello, la posición contractual que ostentaba la entidad en esta operación había pasado a ser ocupada por la Sareb, que se había subrogado en aquellas, y, a su vez, había asignado la gestión y administración de estas operaciones a la entidad Haya Real Estate, cuyos datos de contacto le habían sido facilitados por carta.

Así, en este caso, el DCMR consideró que la entidad reclamada había obrado contrariamente a las buenas prácticas bancarias, dado que: i) por un lado, no constaba que hubie-

se informado a su cliente acerca de la cesión de su préstamo hipotecario a la Sareb sino tras presentar reclamación ante el SAC, y ii) por otro, se había negado a practicar la amortización parcial anticipada solicitada por su cliente en fecha 28 de febrero de 2017, a pesar de que aparentemente ostentaba todavía a esa fecha la administración y gestión de la operación crediticia tras su cesión a la Sareb, sin que constara acreditada la concurrencia de incumplimiento alguno de las condiciones financieras pactadas. Por último el DCMR no pudo pronunciarse sobre la invocada imposibilidad de la reclamante de acceder a la información de su préstamo a través del servicio de banca por Internet, ya que no concretó en qué momento le fue imposible el acceso, y en la fecha en la que lo planteó ante el SAC la operación se encontraba ya bajo la responsabilidad de dos entidades no supervisadas —la Sareb y Haya Real Estate—.

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 « [I]a ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde 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, a solicitud del cliente, 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.

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 relativas a 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 reper-

cutirla 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

Amortizaciones parciales anticipadas. Destino

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.

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).

En el expediente R-201709348, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la forma en la que la entidad pretendía realizar una amortización anticipada por importe de 4.000 euros, ya que, mientras que su intención era realizar una amortización anticipada reduciendo el plazo, la entidad, sin embargo, pretendía que también se redujera el importe de la cuota mensual, siendo contrario a lo que se establecía en la escritura. La entidad alegó que la amortización anticipada podía aplicarse a reducir plazo o cuota y que se trataba de un préstamo de amortización periódica progresiva cuyas cuotas de capital resultaban ser crecientes con base en la progresión pactada del 1,0020416 %, y que el departamento de préstamos había concluido que las simulaciones realizadas se ajustaban plenamente a lo pactado en la escritura.

El DCMR consideró que la entidad podía haber quebrantado la normativa de transparencia bancaria y protección de la clientela, ya que en la FIPER correspondiente a la operación hipotecaria objeto de controversia no se explicaba el sistema de amortización aplicado, consistente en cuotas de amortización mensuales crecientes en progresión geométrica de razón 1,0020416 %, a las que se añadían los intereses correspondientes devengados cada mes, incumpliendo de este modo con lo previsto en el anexo II, apartado 2, de la Orden/EHA/2899/2011. Tampoco se explicaba adecuadamente en el contrato la manera de calcular las cuotas, tal como exige la norma quinta, apartado 1, párrafo segundo, de la Circular del Banco de España 5/2012. El DCMR también estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, ya que no cumplió con lo pactado, puesto que, en lugar de limitarse a acortar el plazo del préstamo —acordado inicialmente hasta el 1 de abril de 2038—, manteniendo la misma cuota mensual pactada que venía pagando el interesado —245,19 euros—, con un eventual ajuste en la última cuota, procedió a acortar el vencimiento hasta el 1 de diciembre de 2036, pero rebajando la cuota a 237,02 euros, sin apoyo contractual alguno, lo que implicaba además una fecha de vencimiento final posterior a la que correspondería, con un mayor pago de intereses para su cliente.

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

Se trata de una 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 pro-

cesos 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 con 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-201717240, la parte reclamante discrepaba de la información facilitada por la entidad sobre una serie de amortizaciones anticipadas llevadas a cabo sobre un préstamo con una carencia inicial de 35 meses y un tipo de interés variable tras los primeros 12 meses. Tres de esas amortizaciones habían modificado el importe y la fecha de vencimiento del préstamo, si bien la parte reclamante observó ciertas anomalías en relación con la información facilitada por la entidad respecto a aquellas, ya que las nuevas fechas de vencimiento tras cada una de ellas, recogidas en los justificantes de las operaciones, diferían de las que se recogían en los cuadros de amortización teóricos que le fueron entregados con motivo de cada amortización anticipada. La entidad alegó que la forma de proceder para calcular el nuevo plazo cada vez que se había realizado una entrega había

sido calculando la cuota simulando que no había carencia y, una vez hecha la entrega, se simulaba la misma cuota rebajando el plazo.

El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no había proporcionado información clara a su cliente acerca de la nueva fecha de vencimiento del préstamo con posterioridad a la segunda amortización anticipada efectuada, así como por la falta de justificación de la diferencia entre el importe imputado a capital en la segunda y tercera amortización en los recibos aportados y en la simulación, así como al no considerar en las simulaciones de la primera y segunda amortización anticipada el período de carencia pactado en la escritura, lo que redundaba en un cálculo erróneo de la fecha del vencimiento final del préstamo.

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, si 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 automático de aquellos en los que el recuento es manual y se realiza posteriormente por los empleados de la entidad, entendiéndose 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 automático, en el primer tipo de ingresos, de 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 presta-

taria 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 preexistente¹⁶, 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 fondos a la entidad acreedora del préstamo que se pretende cancelar con imputación segura de aquella a la pretendida finalidad.

En el expediente R-201715351, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la falta de información por parte de la entidad acerca del destino de 13 ingresos consecutivos de 1.200 euros realizados con la finalidad de poner al día su préstamo hipotecario, para lo cual, además, se llevó a cabo la ampliación del capital de sus préstamos, no habiendo justificado que dicha cantidad se hubiera utilizado para reducir su débito pendiente ni para el pago de los recibos atrasados e intereses pendientes. Además, solicitaba la entrega de dicho justificante de pago para su declaración de IRPF.

La entidad alegó que, dada la complejidad de la operativa realizada para la reactivación de los tres préstamos en situación contenciosa, amortización de cuotas impagadas, cancelación anticipada de aquellos y activación de las nuevas financiaciones, ante la dificultad de explicarlo por escrito, se indicó al cliente que, si precisaba aclaraciones adicionales, debía contactar con su oficina. Añadía que se había acreditado que la totalidad de los ingresos efectuados por el reclamante (15.600 euros) había sido enteramente destinada a la regularización de los préstamos de su titularidad, así como también su voluntad de encontrar una solución para la refinanciación de los tres préstamos que habían estado en situación contenciosa durante aproximadamente dos años y la regularización de ellos con la nueva refinanciación. Por último, señalaba la entidad que emitía anualmente la información fiscal correspondiente a 2016, en la que se detallaba la información necesaria para cumplir con las obligaciones fiscales del reclamante.

¹⁶ 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.

Amortización anticipada
del préstamo con el seguro
contratado a tal fin

En el asunto expuesto, el DCMR estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias: i) al no haber proporcionado a su cliente información clara y detallada acerca del destino del total de 15.600 euros ingresado; ii) por no haber facilitado a su cliente los certificados fiscales ni los extractos de movimientos de los tres préstamos refinanciados para acreditar la corrección de los pagos de los recibos atrasados de estos, así como iii) por haber desatendido las órdenes de pago de su cliente, ya que la entidad destinó los ingresos efectuados a otros conceptos distintos de los débitos pendientes de alguno de los préstamos en mora.

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 cubriría 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.

En el expediente R-201613737, la parte reclamante mostraba su disconformidad con el hecho de que, a pesar de contar su préstamo hipotecario con un seguro de vida con cobertura por incapacidad permanente absoluta y de haber declarado la Administración dicha situación mediante resolución administrativa de fecha 6 de marzo de 2015, argumentando el reclamante que, con efectos desde el 7 de febrero de 2015, la entidad le siguió cobrando las cuotas de su préstamo, entendiéndose que aquel debía haberse cancelado en la fecha de efectos de la incapacidad.

La entidad alegó que, con posterioridad a la fecha de la incapacidad, la aseguradora abonó a la entidad reclamada la cantidad de 131.163,03 euros por el importe de la deuda contraída por la parte reclamante pendiente de liquidar, procediendo a la cancelación del préstamo de referencia y el exceso de capital (140.000 – 131.163,03 euros = 8.836,97 euros), y, tras practicarse la retención fiscal correspondiente, el resultando total neto (7.100,16 euros) fue abonado en la cuenta de la parte reclamante.

El DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no haber explicado ni justificado la demora en efectuar la cancelación anticipada del préstamo ni el destino dado al exceso resultante de la diferencia entre la cuantía recibida de la aseguradora y la aplicada a la amortización anticipada del préstamo.

Amortización anticipada: aplicación de condiciones no pactadas

En el expediente R-201705508, la parte reclamante mostraba su disconformidad respecto al importe de una amortización anticipada realizada el 1 de febrero de 2017, ya que el día 26 de diciembre de 2016 había solicitado que se procediera a un pago anticipado por importe de 3.600 euros, destinado a la reducción de plazo —posibilidad pactada en la escritura de su préstamo hipotecario—, y, sin embargo, la entidad procedió a realizar la amortización únicamente por importe de 3.340,67 euros. La entidad alegó que la cuantía por la que la parte reclamante solicitaba la amortización anticipada no coincidía con la suma del importe del capital de los vencimientos que se quería reducir, siendo ello requisito necesario para que pudiera ser atendida la petición del cliente, razón por la que, en lugar de amortizarse el importe solicitado (3.600 euros), se amortizó un importe inferior, 3.340,67 euros, tal y como la oficina informó al cliente y se indicó en la respuesta de su SAC. Añadía que condonó al reclamante la comisión de desistimiento por importe de 8,25 euros.

El DCMR entendió que la entidad se había alejado de las buenas prácticas bancarias, dado que, respecto a la amortización anticipada del préstamo hipotecario objeto de reclamación, aplicó de forma unilateral unas condiciones distintas a las pactadas, sin recabar a tal fin el consentimiento de la parte reclamante.

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.

tecario, cuyo hecho imponible es la inclusión en él de pactos de igualación de rango o de fianzamientos, 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 perjudique 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 concurren 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 pon-

gan 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.

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas en 2017 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 cláusulas 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 transparencia 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 93/2013, 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Antes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 y de la subsiguiente reforma operada, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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 Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, examinan la totalidad del contrato, interpretando que el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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—.

En el expediente R-201724435, la parte reclamante mostraba su disconformidad con el bloqueo por parte de la entidad del importe resultante del rescate de un plan de pensiones vinculado a su préstamo hipotecario que había ingresado en su cuenta. La entidad se limitó a alegar que ya había facilitado a la reclamante las explicaciones adecuadas respecto a la situación de la cuenta en la que se abonó el importe del rescate, que hacían que no fuera factible la disposición de fondos, y que la orden de transferencia fue correctamente ejecutada de acuerdo con la Ley de Servicios de Pago y la Orden EHA/2899/2011.

El DCMR entendió que la entidad se había alejado de las buenas prácticas bancarias, dado que no acreditó la concurrencia de alguna de las causas contractuales previstas para el vencimiento anticipado de la operación de crédito instrumentada en la cuenta de abono del rescate ni tampoco que el importe del saldo deudor reflejado en el extracto de movimientos de dicha cuenta de crédito, con anterioridad a la fecha de recepción de la transferencia objeto de reclamación, se ajustara a las condiciones pactadas.

El DCMR ha venido manteniendo que las entidades, si bien no están obligadas a atender las peticiones de sus clientes tendentes a la renovación o refinanciación de sus operaciones con garantía hipotecaria si no media pacto previo al respecto, dado que tales decisiones se enmarcan en su política comercial y de asunción de riesgos y por tanto en su esfera discrecional de actuación, sí lo están a actuar diligentemente en la tramitación de dichas solicitudes, tratando de evitar a sus clientes los perjuicios derivados de demoras injustificadas en la toma de decisiones a este respecto, debiendo comunicar a tal fin a los interesados el resultado confirmatorio o denegatorio de tales solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

De la misma manera, deben facilitar a sus clientes el pago de sus posiciones deudoras en todo momento, en orden a su rápida regularización y a la evitación de los inconvenientes derivados de las situaciones de mora y las reclamaciones judiciales de los saldos impagados.

En el expediente R-201702446, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la gestión de la entidad de su solicitud de reestructuración de su crédito hipotecario y la

negativa a permitirle el pago de las cuotas de su préstamo hipotecario. En concreto, había solicitado a la entidad, bien la ampliación de su préstamo hipotecario, bien la reunificación de todas sus deudas en una única operación crediticia, sin haber obtenido respuesta alguna. Asimismo señalaba que, a raíz del cargo en cuenta del débito pendiente del crédito, tuvo que seguir pagando las cuotas del préstamo hipotecario mediante ingreso por ventanilla hasta que, a finales de 2014, se le impidió continuar con el pago de su préstamo, dada la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que procedió a la regularización de dicha deuda, decretando el juzgado conecedor del procedimiento el levantamiento de la orden de ejecución y la rehabilitación. Transcurrido año y medio, la entidad seguía sin facilitarle un medio de pago de la operación crediticia.

La entidad alegó que no era posible la refinanciación del crédito vencido e impagado por el nivel de endeudamiento del acreditado, no siendo tampoco posible la rehabilitación del préstamo hipotecario ejecutado judicialmente, al no haber consignado el cliente la totalidad de la deuda hipotecaria, no debiendo admitirse a trámite la reclamación por la situación de ejecución judicial también respecto a la póliza de crédito. Invocaba asimismo su libertad para acceder o no a la refinanciación solicitada.

El DCMR entendió que la entidad se había alejado de las buenas prácticas bancarias, al no constar acreditado que diese respuesta a la solicitud de refinanciación de su cliente en un plazo razonable, incurriendo en una demora injustificada al respecto, así como al no constar actitud activa alguna conducente a facilitar a aquel el pago de las cuotas devengadas de su préstamo hipotecario, una vez acreditada la regularización de su deuda en un procedimiento judicial.

Incidencias en cancelación
registral de hipotecas

Son frecuentes las reclamaciones que versan sobre diversas incidencias acaecidas con motivo de la cancelación registral de hipotecas, como demoras injustificadas en el otorgamiento de la carta de pago y cancelación de hipoteca y otra serie de vicisitudes, como la vigencia temporal de la garantía real, cuando esta se constituyó para asegurar el pago de futuras operaciones de crédito que pudiera solicitar el cliente, como es el caso de la hipoteca de máximo.

El DCMR viene exigiendo en estos casos a la entidad una actuación diligente y transparente, materializada, por una parte, en la pronta ejecución de los trámites encomendados, evitando demoras injustificadas, y, por otra, informando al cliente detallada y oportunamente de las razones de índole legal o contractual que puedan impedir la cancelación registral de la hipoteca.

En el expediente R-201701014, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la tramitación de la cancelación de las garantías hipotecaria y prendaria —esta última, sobre una licencia de farmacia— constituidas a favor de su préstamo hipotecario, ya que, tras haber cancelado económicamente la deuda derivada de aquel, solicitó a la entidad la cancelación registral de todas las garantías prestadas para asegurar el pago de la deuda, si bien, a pesar de su reiteradas solicitudes, la entidad se limitó a facilitar una provisión de fondos para realizar la cancelación registral de las dos hipotecas, indicando que los servicios jurídicos estaban analizando la cancelación de la prenda sin desplazamiento.

La entidad alegó que, una vez tratado el asunto con la gestoría que había llevado los trámites, esta atribuyó el retraso a la mayor complejidad que implicaba la cancelación de la prenda sin desplazamiento constituida sobre la licencia de oficina de farmacia de la parte reclamante, puesto que requería de otro proceso más complejo y no habitual.

EL DCMR estimó que la entidad reclamada se había alejado de las buenas prácticas bancarias, ya que: i) había incurrido en una excesiva e injustificable demora en el inicio de las actuaciones que le eran preceptivas para la cancelación registral del préstamo hipotecario objeto de reclamación y, además, ii) durante el transcurso de dicho lapso de tiempo se dedicó únicamente a tratar de recabar una provisión de fondos sin que constara acreditado que informase a la parte reclamante sobre las opciones que le asistían, a fin de realizar la cancelación registral por su propia cuenta.

En el expediente R-201708136, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a atender su solicitud de cancelación de su hipoteca de máximo, a pesar de que a esa fecha la póliza de crédito que garantizaba la hipoteca estaba cancelada. Añadía, además, que la cuenta especial vinculada también se encontraba con saldo de cero euros y cancelada desde hace años, no habiéndose incluido en ella partidas de cargo y abono desde entonces. Consideraba la parte reclamante que la vigencia de dicho contrato carecía de sentido en tanto en cuanto no garantizaba riesgo alguno, por ser inexistente, estableciéndose en el propio clausulado de la escritura de hipoteca de máximo la posibilidad de que, no existiendo riesgos incluibles en la cuenta, su titular estaba facultada para solicitar la cancelación.

La entidad alegó que la escritura de hipoteca de máximos cuestionada se constituyó con el fin de garantizar la citada operación de préstamo y las futuras operaciones que se especificaban en la escritura (entre ellas, los saldos deudores en cuentas de préstamo) y, dado que la mercantil reclamante mantenía operaciones de riesgo en vigor (concretamente, un préstamo), no se podía censurar la actuación de la entidad por no autorizar la cancelación de la hipoteca de máximos referida.

El DCMR entendió que la entidad reclamada se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no quedar acreditado que hubiera, por un lado, atendido la orden de su cliente de cancelar la hipoteca de máximo cuestionada y, por otro, prestado la relevante información acerca de los efectos de dicha cancelación, los cuales tienen gran importancia, ya que podrían situar a su cliente en una situación más que perjudicial con respecto a la anterior, dado que, según lo pactado, si la parte acreditada denunciaba la finalización del contrato, el banco podría declarar vencidas las obligaciones garantizadas por la hipoteca, constando únicamente las alegaciones presentadas ante este DCMR, las cuales se consideraron extemporáneas e insuficientes para hacer entender a su cliente las posibles consecuencias de su decisión.

Incidencias en cancelación
económica de hipotecas

Son diversas las reclamaciones que versan sobre la no cancelación económica de préstamos y créditos hipotecarios, a pesar de haberse transferido por el cliente a la cuenta vinculada a su pago los importes correspondientes a los débitos pendientes informados por la entidad.

El DCMR viene señalando que no basta para dicha cancelación el abono de los débitos pendientes en la cuenta de cargo de los préstamos, sino que se hace necesaria la orden expresa del cliente de que se cancelen anticipadamente dichos préstamos con cargo a tales fondos, en ejercicio de su derecho a la renuncia al beneficio del plazo que supone dicha cancelación anticipada, existiendo en la operativa bancaria un tipo específico de transferencias urgentes, vía TARGET2-Banco de España, diseñadas para dicha finalidad, una vez el cliente comunica de manera clara su intención a la entidad ordenante mediante la cumplimentación de los correspondientes campos, para que la entidad receptora beneficiaria pueda identificar la finalidad de los fondos y aplicarlos a la cancelación del préstamo.

Todo ello, sin perjuicio de la obligación ineludible de la entidad de informar a su cliente en todo momento sobre la evolución posterior de sus préstamos en caso de que, por el motivo que sea, no se hayan podido cancelar en la fecha deseada, mediante la entrega de los recibos o extractos de movimientos detallados de ellos.

En el expediente R-201704201, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a cancelar económicamente dos préstamos hipotecarios a pesar de la solicitud previa a aquella de sendos certificados de deuda pendiente y haber efectuado transferencia a la cuenta vinculada a las dos operaciones por la cuantía indicada en dichos certificados, exigiéndole la entidad el pago de una deuda pendiente e incluyéndole en un fichero de morosos.

La entidad alegó que en ningún momento la parte reclamante había solicitado de forma expresa la cancelación de los dos préstamos a nombre de la sociedad, sino la documentación relativa a ellos para tramitar la herencia de su madre. En el momento de realizar la transferencia tampoco se solicitó de forma expresa la cancelación de dichas operaciones. Además, el importe ingresado posteriormente ya no era suficiente para cancelar ambas operaciones, ya que se hizo con base en un certificado emitido con validez de fecha anterior a la fecha de la transferencia, tal como se comunicó a la parte reclamante, junto con el extracto de cuenta con la información solicitada sobre los préstamos, uno de los cuales ya fue cancelado a su vencimiento.

El DCMR entendió que la entidad en este caso había obrado conforme a las buenas prácticas bancarias, al no haber procedido a cancelar los referidos préstamos hipotecarios, ya que en la documentación obrante en el expediente no constaba que la parte reclamante hubiera solicitado de forma expresa a la entidad la cancelación de los dos préstamos hipotecarios objeto de controversia, sino que únicamente solicitó información sobre la deuda pendiente para llevar a cabo la liquidación de una herencia. A mayor abundamiento, la parte reclamante tampoco acreditó haber efectuado una transferencia de las antiguamente denominadas OMS (actualmente, 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) a favor de la entidad reclamada a la referida cuenta, indicando en el concepto el número de los préstamos que se habían de cancelar, tal como le indicó la entidad en los dos certificados.

Asimismo, del extracto de movimientos de cuenta se desprendía que la entidad había destinado el importe de la transferencia recibida a atender los recibos devengados de los préstamos hipotecarios, así como a abonar una serie de comisiones cargadas en la cuenta vinculada a aquellos.

No obstante, el DCMR estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas por no haber aportado los extractos de movimientos desglosados de ambos préstamos, a efectos de verificar que los cargos efectuados y el saldo final del préstamo vivo resultaban correctos, incurriendo por ello en una falta de transparencia informativa.

Discrepancias con cargos y abonos

No son pocos los casos en los que los reclamantes solicitan aclaraciones respecto a los cargos y abonos en cuenta derivados de la concesión de préstamos destinados a refinanciar deudas anteriores del cliente de distinta naturaleza. En estos supuestos, dada la diversidad de las operaciones objeto de refinanciación (deudas de tarjeta de crédito, préstamos personales e hipotecarios), el DCMR exige de las entidades que documenten y justifiquen detalladamente cada partida de abono y adeudo para facilitar la comproba-

ción de la corrección de las cantidades objeto de controversia, mediante la aportación del contrato de refinanciación y de los contratos crediticios financiados, además de los correspondientes extractos de movimientos de todos ellos.

En el expediente R-201716815, la parte reclamante discrepaba de los cargos y abonos derivados de la concesión de un préstamo de 5.400 euros en fecha 26 de enero de 2012, al no corresponderse con lo pactado, ya que la cantidad abonada era inferior a la acordada y, además, la entidad no había contestado a su reclamación, por lo que solicitaba los justificantes de todos los gastos e información detallada de los cargos y abonos.

La entidad alegó que el préstamo personal se había concedido para regularizar los impagos que mantenía en varias operaciones la parte reclamante, justificando que el importe total de 5.400 euros había sido abonado en varias partidas de fechas 26.1.2012 y 2.3.2012. Asimismo manifestó que los cargos se correspondían con la cancelación de un préstamo personal, con el pago de las cuotas vencidas e impagadas de tres préstamos hipotecarios, y con un ingreso realizado en una cuenta de tarjeta de crédito, todos ellos de titularidad de la reclamante y/o de su esposo.

El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias: i) por no haber aportado copia de los extractos de movimientos de los tres préstamos hipotecarios que permitieran comprobar la corrección de su regularización; ii) al no corresponderse la cantidad abonada en la cuenta de tarjeta de crédito con el débito pendiente de esta a esa fecha; iii) por no aportar el contrato del préstamo personal objeto de cancelación, impidiendo comprobar la corrección de esta, y iv) por no facilitar la información sobre los cargos y abonos hasta la presentación de la reclamación ante el DCMR.

Discrepancias con titularidad
de préstamos

En alguna ocasión se han planteado discrepancias respecto a la titularidad de préstamos hipotecarios, entendiendo este DCMR que únicamente podían resolverse comprobando quiénes comparecieron en el otorgamiento de la escritura de préstamo y en qué calidad lo hicieron, por lo que las entidades debían aportar dicho contrato, a cuya custodia estaban obligados por la normativa mercantil y por la normativa de transparencia de aplicación, sin perjuicio de exigirles además una actuación diligente y coherente en relación con la información facilitada a sus clientes sobre este extremo.

A título de ejemplo, en el expediente R-201723756 el reclamante mostraba su disconformidad con el hecho de que, a pesar de ser el único titular de su préstamo hipotecario, en la operativa de la entidad constaba como cotitular su exesposa. Afirmaba el reclamante que la entidad, tras haber sido informada de esta circunstancia, emitió un informe en el año 2014 confirmando la existencia del error y su subsanación. A pesar de lo anterior, la parte reclamante comprobó en los años 2016 y 2017 que su exesposa seguía figurando erróneamente como cotitular de su préstamo, lo que volvió a poner en conocimiento de la entidad, en este caso ante el SAC, que concluyó que el informe fechado en 2014 había sido fruto de un error, certificando que la exesposa del reclamante era cotitular del préstamo en cuestión.

La entidad alegó que, pese a las últimas gestiones efectuadas, no había podido localizar la escritura del préstamo, pero que, en cualquier caso, al reclamante se le entregó una copia de ella y se seguían realizando gestiones para tratar de localizarla, habiendo contestado su SAC debidamente al reclamante. Asimismo, consideraba que cuestionar tanto tiempo después la operativa llevada a cabo vulneraba el principio de seguridad jurídica, ya que durante todos esos años se habían remitido al domicilio pactado las comunicaciones correspondientes, no constando incidencia alguna en su recepción, aportando escrito de

solicitud de subrogación de préstamo firmado por ambas personas, y manifestando que en sus registros internos también constaban ambos como prestatarios.

El DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que había mostrado una actitud contradictoria y errática en cuanto a la solicitud de su cliente sobre la acreditación de la titularidad de su préstamo hipotecario. Asimismo, consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios, por no haber aportado las escrituras correspondientes al préstamo hipotecario objeto de reclamación, a partir de las cuales se hubiera podido determinar su titularidad, mostrando con ello una posible falta de cumplimiento de su deber de custodia.

Liberación de fincas hipotecadas

En el ejercicio de 2017 han sido 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-201706182, una mercantil mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a liberar una de las garantías del préstamo hipotecario constituido sobre una finca titularidad de una persona física, que respondía por la cantidad de 103.634 euros de principal y 57.777,96 euros de intereses remuneratorios, costas y gastos (un total de 161.409,96 euros). Dicha finca fue adquirida posteriormente por la mercantil reclamante, que recibió un burofax certificado de la parte prestamista comunicándole que la cantidad amortizada del préstamo a fecha 23 de mayo de 2016 era de 180.350,84 euros, por lo que con fecha 16 de enero de 2017 solicitaron a aquella la liberación de cualquier tipo de responsabilidad que afectase a dicha finca, así como el correspondiente certificado de cancelación hipotecaria, al entender que cada una de las fincas tenía asignada una responsabilidad independiente y que la cantidad total amortizada del préstamo superaba el importe de la responsabilidad asignada a la finca.

La entidad alegó que no se había aportado el justificante del abono de 21.958 euros al que se había comprometido la reclamante en la escritura de compraventa, así como que no constaba que efectivamente se hubiera hecho cargo de la segunda hipoteca que gravaba la finca, en la que expresamente decía que se subrogaba, además de que no se anexaban en la escritura certificados del banco donde se certificara la deuda a fecha de la escritura, por lo que los saldos declarados eran manifestaciones de la vendedora. Añadía que había comunicado a la parte reclamante el inicio de acciones judiciales en ejecución de la hipoteca que gravaba dicho inmueble, por si consideraban conveniente intervenir o satisfacer, en su caso, el importe del saldo reclamado, habiendo admitido a trámite el juzgado la

demanda y despachado la ejecución solicitada contra los prestatarios a los que había acordado requerir el pago. La parte reclamante propuso liquidar la responsabilidad hipotecaria ofreciendo el pago de 50.000 euros y 60.000 euros, propuestas que fueron denegadas dentro del marco de la política comercial y de asunción de riesgos de la entidad. Además, al tratarse de un único préstamo, cada una de las fincas respondía de la totalidad de la deuda pendiente de pago en cada momento, por lo que, mientras que no estuviera cancelado el préstamo en cuya garantía se constituyó la hipoteca, todas las fincas hipotecadas garantizaban la deuda pendiente.

El DCMR concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no haber acreditado convenientemente su postura de denegar la liberación de la finca vendida del préstamo hipotecario constituido, toda vez que la mercantil reclamante era adquirente de buena fe de aquella y había ofrecido el pago de su responsabilidad hipotecaria en cumplimiento del artículo 221 del Reglamento Hipotecario.

3.1.2 PRÉSTAMOS CON GARANTÍA PERSONAL

Préstamos con garantía personal son aquellos en los que no existe una garantía real, es decir, una que recaiga sobre un bien inmueble (hipoteca) o sobre bienes muebles (prenda), 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 consumo¹⁷», que se regulan en la actualidad en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, también referida como LCCC). Esta ley, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, derogando la anterior Ley 7/1995, de crédito al consumo¹⁸, se aplica solo a contratos de crédito bajo forma de pago aplazado entre un prestamista y un consumidor en los que concurren las siguientes circunstancias:

- El prestatario es una persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional, 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

tro 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 a 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.

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.

En el expediente R-201706240, incoado a instancias de un reclamante que alegaba que su identidad había sido usurpada por un tercero, quien, sin su consentimiento, habría abierto a través de Internet una cuenta a la vista a su nombre y la habría empleado como cauce para concertar varios préstamos personales, sosteniendo la entidad que se procedió a la identificación presencial del cliente a través de un servicio de mensajería, el DCMR concluyó que la entidad en la que se abrió la cuenta se habría apartado de las buenas prácticas por no aportar suficiente detalle al expediente sobre si adoptó cautelas (medidas específicas de control y seguridad) para autenticar a la persona que abrió la cuenta objeto de controversia, verificando la identidad del reclamante con la máxima diligencia y rigor, incluyendo la exigencia de exhibición del documento de identidad original y el contacto con su titular en la dirección que constaba en la fotocopia del DNI que se recabó, junto con un «documento de identificación presencial y ratificación contractual», a través del mensajero.

a. Información precontractual y prácticas previas a la contratación

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.

En cuanto a la información precontractual, el artículo 10 de la LCCC contempla una lista exhaustiva de información¹⁹ (tipo de crédito, importe total del crédito, duración de contra-

¹⁹ 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 (art. 8).

to, 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 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 (art. 11), facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, «incluidas las consecuencias en caso de impago».

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 (art. 16).

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 declare, bien que se le ha suministrado aquella, sin que se aporte el documento en sí, o bien haber quedado informado de que aquella se encuentra accesible en la página web de la entidad, máxime cuando, al tratar de complementarse dicho argumento con la aportación del propio documento del que se afirma que era el publicado en la citada web con anterioridad a la contratación, se aprecia 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 averada en modo alguno.

A este respecto, procede traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, en la que se dictaminaba que la cláusula estandarizada que suele encontrarse incluida en los contratos de crédito para consumo por la cual el prestatario reconoce haber recibido la ficha de INE no puede invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. En opinión del Tribunal, corresponde al prestamista aportar la prueba del pleno cumplimiento de las obligaciones precontractuales prescritas en el artículo 5 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, ya que, de lo contrario, podría vulnerarse el principio de efectividad, razón por la que una cláusula como la indicada no debe permitir que el prestamista eluda sus obligaciones, constituyendo únicamente un indicio que este, en todo caso, tiene que confirmar con los medios de prueba pertinentes.

Han sido numerosas las reclamaciones interpuestas ante este DCMR en relación con la información que debe preceder a la suscripción de un contrato de préstamo para 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.

Debe igualmente advertirse de que no solo la omisión de acreditación de la entrega de la INE, sino incluso la falta de prueba en cuanto a la antelación con la que fue puesta a disposición del prestatario, podría suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia informativa y protección de la clientela, como sucedió en el expediente R-201701346, en el que dicho documento presentaba fecha idéntica a la del propio contrato.

Resulta 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, ya sea telefónica o a través de Internet, incluso cuando la entidad se vale para ello de los llamados «terceros de confianza», los cuales vienen emitiendo certificaciones de la contratación en las cuales no solo habrá de constar el contenido de la documentación preceptiva, sino también cuál fue la secuencia cronológica de los acontecimientos, esto es, la fecha y la hora en las que tuvieron lugar cada uno de los hitos en el proceso de información previa y formalización de la operación crediticia, pues este DCMR debe poder descartar que en las contrataciones de esta tipología se hayan producido situaciones indeseadas por la norma, como pudieran ser las de entrega y firma simultánea de la información previa y la documentación contractual.

Asimismo, estimamos esencial insistir en que las entidades de crédito han de cumplir con estas obligaciones de información precontractual también en el caso de que la contratación se efectúe a través de los denominados «prescriptores», establecimientos comerciales donde el prestatario adquiere los artículos de consumo que se dispone a financiar mediante los correspondientes créditos. Como no podría ser de otro modo, aun cuando sea este tercero el que recabe del comprador y prestatario la documentación precisa para el análisis de riesgos, esto no exime a la entidad de asegurarse de que su cliente conoce las condiciones de financiación con carácter previo a la firma de la operación. Así, en los expedientes R-201704671 y R-201708077 se concluyó que la reclamada podría haber incurrido en un quebrantamiento normativo, ya que no solo no había acreditado la entrega de la INE a los reclamantes, sino que, además, el único documento que parecía existir era una solicitud de financiación cuyos datos debía cumplimentar el prescriptor y donde se observaron omisiones tan relevantes como las del tipo de interés o la TAE.

b. Contratación

Los contratos, que deberán estar debidamente firmados, cumplirán, necesariamente, con los requisitos previstos en el punto 3 del artículo 7 («Información contractual») de la mencionada Orden EHA/2899/2011, complementados por los previstos 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. Las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

La LCCC regula así 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, las menciones preceptivas 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; la información sobre los derechos derivados de los contratos de crédito vinculados; el reembolso anticipado, etc.

Especial interés presentan, a nuestro juicio, determinados derechos que la LCCC concede a los consumidores y a los que el documento contractual habrá de hacer expresa referencia, como sucede con:

- El derecho de desistimiento, regulado en su artículo 28 como la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándose así a la otra parte contratante en un plazo de catorce días naturales desde la fecha de suscripción del contrato de crédito, o bien, si fuera posterior, desde la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales, sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna —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—.
- Y el derecho de reembolso anticipado, que el artículo 30 de la ley concede al consumidor para su ejercicio de forma total o parcial y en cualquier momento, sin justificación, dando lugar a una reducción del coste total del crédito (no solo por intereses), si bien el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que este se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo, con un límite máximo.

Se contempla un régimen de información específico para contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y los excedidos y descubiertos tácitos (arts. 17 a 20); y también se regula el derecho de poner fin a contratos indefinidos (art. 27) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (art. 31).

El régimen de la LCCC a este respecto es, en esencia, continuista con el contenido en su antecesora Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que aún ha resultado de aplicación para la resolución de algunas reclamaciones formuladas en el ejercicio 2017, en atención a la fecha de formalización de la operación.

Cabe añadir a lo anterior que, bajo uno u otro régimen, este DCMR ha venido entendiendo que, sin perjuicio del imperativo legal de hacer constar en el contrato sus elementos esenciales y condiciones financieras en los términos exigidos por los preceptos de aplicación, las exigencias de claridad en la redacción se extienden a la totalidad de su contenido, máxime en aquellos aspectos que pudieran afectar a la inteligibilidad por parte del cliente de las obligaciones asumidas por su parte.

A título de ejemplo, en el expediente R-201736188 el reclamante denunció que, habiendo contratado en 2007 un préstamo con vencimiento a diez años, tras alcanzarse la fecha prevista para su finalización, esta no se habría producido, lo que la entidad atribuyó al hecho de que, estando sujeto a un tipo de interés variable, los incrementos que experimentó en ese período dieron lugar a varias prórrogas del plazo inicial, en lugar de afectar al importe de la cuota. Sin embargo, examinado el contenido del documento contractual por parte del DCMR, se apreció que la cláusula relativa a la modificación de las cuotas de

amortización por variación del tipo de interés, en la que se preveía que si el nuevo fuera superior al hasta entonces vigente se mantendría la misma cuota prorrogando el plazo hasta el máximo establecido, vulneraba el principio de transparencia informativa y, con ello, se apartaba de las buenas prácticas financieras, por cuanto, entre otros motivos, esa referencia al plazo «máximo establecido» resultaba indeterminada, al no definirse en dicha estipulación ni hacer remisión en ella a otra cláusula del contrato. La situación de incertidumbre que con ello se crearía al cliente se habría visto agravada en el caso examinado, por cuanto, ya al hacer efectivas las modificaciones denunciadas, la entidad no informó al reclamante de que se vería ampliado el plazo de pago de la operación, como tampoco de la nueva fecha prevista para el vencimiento del préstamo, ni le facilitó el correspondiente cuadro de amortización revisado del préstamo, extremo este que podría ser constitutivo incluso de un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela.

En este orden de cosas, conviene insistir en que las obligaciones relativas a la forma y al contenido de estos contratos resultan de obligado cumplimiento, obviamente, con independencia de que su formalización se efectúe directamente con la entidad de crédito, haciendo uso de su red de oficinas o de los medios telemáticos dispuestos para su clientela a tal fin, o de forma indirecta, a través de los ya mencionados «prescriptores», los establecimientos comerciales que venden al futuro prestatario los bienes objeto de financiación.

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)²⁰ 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 Unión Europea el 9 de noviembre de 2016 resolviendo la cuestión prejudicial C 42/15,

20 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.»

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 supedita 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.

Como ya se ha indicado, este DCMR también ha tenido la oportunidad de analizar las formas de contratación electrónica con el concurso de una «tercera parte confiable» o «tercero de confianza», el cual se ocupa de poner a disposición del cliente las condiciones contractuales, 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 ha declarado 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 (arts. 7 y 16.1 de la LCCC) y de que contenga las condiciones financieras de la operación y otros elementos esenciales tasados (art. 16.2), respecto de lo cual la carga de la prueba se sigue atribuyendo al prestatario (art. 17).

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.

c. Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación

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 documen-

tos 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. Así, 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 permitirles que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario constituiría un impedimento a la transparencia informativa que quebrantaría las buenas prácticas y usos financieros.

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. El criterio que ha venido siendo difundido a este respecto por el DCMR es el de 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.

Intereses ordinarios

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 Unión Europea. Se establecen, así, parámetros armonizados 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).

En el expediente R-201707568, el cliente reclamó, debido a que la entidad calculó los intereses de su préstamo aplicando la fórmula de días naturales divididos entre días comerciales. Aunque tradicionalmente, como ya se ha explicado al abordar esta materia en relación con los préstamos hipotecarios, se había venido aceptando la utilización de una base de cálculo distinta en el numerador (el año natural de 365 días o de 366 si el año es bisiesto) y en el denominador (el año comercial de 360 días) en la fórmula de cálculo de intereses como un «uso bancario» establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras, en la actualidad, por los motivos expuestos en nuestra Memoria de 2016, este DCMR reputa contraria a una buena praxis financiera la utilización de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de intereses.

En el supuesto citado, en el contrato de préstamo no constaba claramente qué fórmula se emplearía para el cálculo de intereses, con lo que la entidad no solo se habría apartado de las buenas prácticas bancarias por no haber detallado de manera explícita si la base sería 360 o 365, sino que también cabría entender esa falta de precisión como una infracción de lo dispuesto en el artículo 7.3 b) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de

transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, que exige que los documentos contractuales relativos a, entre otros, servicios de préstamo y crédito recojan de forma clara los siguientes extremos: «[...] b) la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir de dicho interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.»

Intereses de demora

Mediante la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, confirmada por las sentencias n.º 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, 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 de dos puntos, 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 Tribunal Supremo estima que dicha cláusula, por abusiva, 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.

Comisiones y gastos

Por ello, este DCMR entiende que, aunque la competencia para declarar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales reside en los órganos jurisdiccionales, no constituye una buena práctica bancaria el mantener, con posterioridad al 22 de abril de 2015, la aplicación de una cláusula sobre intereses de demora que no tenga en cuenta la citada doctrina jurisprudencial.

Como es sabido, junto con los intereses asociados a la financiación bancaria, también las comisiones constituyen una contraprestación que reciben las entidades de crédito a cambio de los servicios prestados a sus clientes. Las más usuales de estas comisiones resultan comunes a la financiación hipotecaria, por lo que, en aras de la brevedad, nos remitimos a lo expuesto al respecto en apartados anteriores de esta Memoria.

Sí cabe significar, con respecto a los contratos regidos por la LCCC, que, en caso de reembolso anticipado, su artículo 30.2 dispone que el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro del período en el cual el tipo deudor sea fijo. Dicha compensación 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. Si el período no supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente. Este DCMR tiene declarado que, por lo demás, dentro de estos límites, la comisión por cancelación parcial o total anticipada aplicable será la que se haya pactado en el contrato correspondiente, lo que no supone sino una nueva manifestación del principio de autonomía de la voluntad que rige, en general, en la contratación bancaria.

Por otra parte, las entidades se encuentran facultadas para repercutir a sus clientes los gastos en que efectivamente incurran para poder prestarles sus servicios, debiendo cum-

plir con idénticos deberes de información con respecto a aquellos. En el expediente R-201733035, el reclamante había requerido a la entidad para que expidiera un certificado en el que se justificara que había pagado completamente el préstamo que le solicitó para financiar la compra de su vehículo con objeto de proceder a la cancelación de la inscripción de reserva de dominio que constaba en el Registro de Bienes Muebles, para lo cual la reclamada le exigió el pago de una comisión y la aportación de una nota simple informativa, exigencias que no constaban en el contrato suscrito.

Este DCMR observó que, aunque de la cancelación económica de la financiación otorgada para la adquisición de un vehículo no se deriva obligación alguna de la entidad de instar *motu proprio* el levantamiento de la reserva de dominio inscrita en el correspondiente registro, sino que es el cliente el que debe interesar dicho levantamiento solicitando a la entidad para ello la correspondiente carta de pago de la financiación, considerando, además, que la inscripción registral de dicha carga no es legalmente obligatoria ni constitutiva, sino voluntaria, una eventual comisión aplicada por la entidad únicamente se justificaría si remunerara la realización de las gestiones precisas, a petición del cliente, para la cancelación registral, además de ser exigible, claro está, el cumplimiento del resto de requisitos de información y transparencia predicables de cualesquiera comisiones.

Ahora bien, como quiera que los clientes pueden llevar a cabo por sí mismos los trámites necesarios para la citada cancelación, una vez obtenido el correspondiente documento de solicitud de cancelación de reserva de dominio emitido por su titular, de optar el prestatario por esta posibilidad, las entidades no estarían legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de dicho documento.

En el supuesto analizado, aunque la entidad accedió a retroceder al reclamante la comisión cargada por la emisión del controvertido certificado, se consideró que se había apartado de los buenos usos y prácticas financieros, toda vez que no justificó en modo alguno ante el DCMR el motivo por el cual pretendía hacer incurrir a su cliente en costes y gestiones aparentemente innecesarios para realizar el trámite en el que se encontraba interesado.

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

La LCCC 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 (art. 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 (art. 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 el 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 numerosos expedientes, citando a título de ejemplo el R-201701663.

e. 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, esta unas veces lo es en idénticas condiciones a las de la operación próxima a vencer o, en su caso, vencida, y otras implica una modificación de las condiciones hasta entonces vigentes, 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 este orden de cosas, procede hacer mención de las mejoras en la financiación bancaria destinada a las personas físicas que ejercen actividades económicas (art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo), microempresas, 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 constituyó 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 a 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 vengán 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 del documento 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://app.bde.es/clf_www/leyes.jsp?id=155613&tipoEnt=0.

Cabe señalar que en el ejercicio 2017 se han tramitado expedientes iniciados por reclamaciones relativas tanto a hechos acaecidos ya vigente la citada normativa como anteriores a su entrada en vigor. En particular, ha de mencionarse que, en supuestos como los abordados en los expedientes R-201700393 o R-201702166, en los que el cliente denunció la cancelación unilateral por la entidad y sin preaviso de su póliza de crédito, aunque el vencimiento de la que fue objeto de la primera reclamación se produjo cuando aún no había comenzado la vigencia de la ley en lo relativo a las obligaciones de preaviso y entrega de documentación, y que, con respecto a la de la segunda, la ley todavía no había entrado en vigor en el tercer mes anterior a su vencimiento, sí se entendió que existiría, no una infracción de tales normas, pero sí un quebrantamiento de las buenas prácticas y usos financieros, por no demostrar la entidad la existencia de contactos previos con el cliente, cuando se aproximaba el vencimiento de la póliza, comunicándole, bien que esta no se renovararía, o bien que resultaba necesario que aportara nueva documentación o garantías adicionales si deseaba lograr una posible renovación, máxime cuando la nueva ley y su desarrollo reglamentario ya habían sido publicados.

Por otra parte, en el expediente R-201706312, en el que el cliente mostraba su disconformidad con la conducta de la reclamada, con la que tenía contratada una póliza de crédito renovable semestralmente, por cuanto habría incurrido en demoras sistemáticas en la formalización de los sucesivos acuerdos de renovación que no encontrarían justificación —pues por su parte siempre se habría solicitado dicha renovación con meses de antelación a los vencimientos consecutivos— y a consecuencia de las cuales se le habrían originado descubiertos en cuenta por los que le habrían sido cargados pingües intereses de demora, el DCMR concluyó que la entidad se había apartado de las exigencias de una buena praxis bancaria en cuanto al cobro de esos intereses moratorios, aun

estando previsto contractualmente, ya que hizo recaer sobre su cliente la totalidad de las consecuencias de una dilación en el reintegro del saldo dispuesto sin moderación alguna, pese a que la propia entidad no mostró la debida diligencia en los procesos de renovación correspondientes, propiciando una mayor duración en el tiempo de la situación irregular.

f. 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 del DCMR, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

3.1.3 PRÉSTAMO
RESPONSABLE

Especial mención requiere el concepto de «préstamo responsable», introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (art. 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.

Puede citarse en este punto el dictamen emitido con respecto al expediente R-201710417, en el que el reclamante denunciaba que, habiéndole resultado técnicamente imposible, por causas no imputables a su persona, la contratación telemática de un préstamo que la entidad le había ofrecido como «preconcedido», se veía obligado a incurrir en una serie de trámites y gastos para la obtención de financiación sobre los que nunca fue advertido, infiriéndose de ello que entendió que no le hubiera sido necesario aportar documentación para el estudio de viabilidad de la operación si se hubiera formalizado el préstamo tal y como se le había ofrecido en un principio.

En este supuesto, se puso de manifiesto por este DCMR que la responsabilidad de las entidades de crédito en la concesión de financiación, en beneficio de los clientes y de la

estabilidad del mercado, constituye uno de los pilares de nuestro sistema financiero, por lo que la evaluación de la solvencia, esto es, del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo, resulta absolutamente ineludible, sin perjuicio de que cada entidad sea libre de determinar sus políticas de riesgo y los procedimientos de análisis de este para decidir libremente si acceder o no a cada solicitud de financiación que reciba.

De lo anterior se desprende que la calificación como «preconcedido» de un préstamo por parte de una entidad no justifica la omisión de las garantías de análisis de solvencia propias de una política responsable de concesión de créditos, sino que únicamente puede implicar que el procedimiento empleado para efectuar dicho análisis —que, insistentemente, sigue siendo preceptivo— resulte simplificado o abreviado con respecto al ordinario, lo que generalmente traerá causa de que el solicitante de la operación goza de un historial en la entidad de que se trate que permite a esta tener acceso a parte de la información económica y financiera de necesaria revisión por su parte, como puede ser la existencia de un flujo de ingresos recurrentes (habitualmente, una nómina o pensión domiciliadas en una cuenta en la propia entidad). No obstante, es el deber de cualquier entidad de crédito de la que se inste la concesión de financiación el recabar del peticionario una serie de información debidamente documentada acerca de su capacidad de pago, considerando su patrimonio, ingresos y otros gastos, sin limitarse a confiar en lo declarado por este.

La entidad reclamada fue objeto de nuestra censura por cuanto no acreditó que hubiera sentado claramente ante su cliente que cualquier crédito que pudiera concederle, fuera o no «preconcedido», requeriría de ese estudio de solvencia.

3.1.4 AVALES Y GARANTÍAS

a. Introducción

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.

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con la figura del aval, la garantía, la fianza o el afianzamiento²¹, 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 pactadas 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 co-

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.

misiones 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 que el aval sea ejecutable, 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 en relación con las cuales, por ello, han recibido un requerimiento de pago, al considerar estos garantes que la información recibida en cuanto a la deuda exigida es insuficiente.

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 en 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 garantía 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 aval²².
- 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.

- 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 (art. 1830 del Código Civil).

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

- 1 Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.
 - 2 Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.
 - 3 En el caso de concurso del deudor.
 - 4 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.

²² Esta distinción se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992, en la que 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».

- 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 (art. 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 a 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 5/2012²³ recogió el criterio mantenido por este DCMR, y lo hizo estableciendo lo siguiente sobre la información 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.

23 La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en 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 entregarse, 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 [...]»

- 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.
- 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.»

Así, no es infrecuente que surjan conflictos en relación con las siguientes circunstancias:

- 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.

Como ejemplo, en el expediente R-201703846, el reclamante, avalado ante un tercero por una entidad de crédito, reprochaba a su avalista el que le hubiera exigido el reembolso de lo abonado al beneficiario del aval por haberse hecho este abono años después del cese de la vigencia de la garantía. La documentación obrante en las actuaciones ponía de manifiesto que se emitieron dos avales, uno de ellos intervenido por fedatario público, el que fue objeto de ejecución, el cual se encontraba aún vigente al tiempo de efectuarse el pago, y otro cuyo contenido contradecía esta interpretación, induciendo al reclamante a pensar que el aval estaba sometido a un plazo de caducidad en vez de a un plazo de garantía. Por ello, no siendo de aplicación la citada normativa de transparencia dado el tiempo de emisión de la garantía, el DCMR consideró que la entidad había vulnerado las buenas prácticas y usos bancarios tanto por no haber facilitado a su cliente información precontractual ni explicaciones adecuadas antes de formalizar el aval como por no haber redactado de forma

clara los documentos por los que se rige el aval, otorgando dos cuyos términos se contradecían entre sí.

- 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 petionario 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 obligaciones 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 de 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.

Por ejemplo, en el expediente R-201701528 el reclamante reprochaba a la entidad avalista que en el año 2015 no tuviera cancelados tres avales a pesar de que en 2013 se devolvieron los documentos de aval originales y cesado en el cobro de comisiones por ellos, sucediendo que, dos años más tarde, sin previo aviso, la entidad de nuevo comenzó a cargarle comisiones. Aunque el avalado no acreditó la entrega de los originales, negada por la reclamada, sí probó el cese en el cobro de comisiones en el año 2013. La entidad no aportó copia de los avales ni justificó el motivo por el cual cesó en la aplicación de las comisio-

nes y posteriormente procedió a la regularización de todas ellas, por lo que su actuación, además de ser poco transparente con el cliente por no haber facilitado preaviso sobre esos cargos ni las correspondientes aclaraciones sobre su actuación, se consideró indicativa de que pudieran existir graves deficiencias de control interno por su parte, valiéndole esta conducta nuestro reproche por mala práctica bancaria.

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 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, 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 los vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas debían garantizar las cantidades entregadas más un cierto interés anual²⁴, 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 obligaba 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), exigieran la garantía correspondiente (seguro de caución o aval solidario), bajo su propia responsabilidad.

Asimismo, ha de recordarse que, de acuerdo con la normativa de procedimiento de este DCMR, nuestro análisis se ha circunscrito 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 de 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.
- Se ha de garantizar la devolución, cuando proceda, de las cantidades 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.

²⁴ El tipo de interés fue modificado por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, que sustituyó el tipo fijo del 6 % por «los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución».

- 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 adquirente, cuando, cumplidas esas condiciones, el adquirente rehúse recibir la vivienda.

Se determina además que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto tanto general como autonómica.

Las reclamaciones relacionadas con esta materia que han sido tramitadas por el DCMR durante el ejercicio 2017 se refieren y explican en el apartado d, «Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción», del epígrafe 3.2.3, «Depósitos a la vista».

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 novedad del año 2017, debemos hacer referencia al Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, en vigor desde el 26 de noviembre, que es el resultado de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/92/UE, sobre comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

Nos remitimos a lo expuesto, en cuanto a su contenido, en el apartado de Servicios de Pago.

3.2.2 ASPECTOS COMUNES

a. Identificación de los potenciales titulares

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.

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 admi-

nistración, 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

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.

En el expediente R-201706561, un titular de cuenta, que había sido incapacitado parcialmente por un juez para administrar su patrimonio, reclamaba contra el hecho de que la entidad bancaria no le permitiera disponer de más de 1.800 euros mensuales. Este DCMR consideró ajustada a las buenas prácticas la conducta de la entidad, porque se había limitado a cumplir las instrucciones dictadas por su hija, que fue nombrada curadora por sentencia judicial. Dicha sentencia había declarado la incapacidad parcial del reclamante y la necesaria asistencia de curador para sus actuaciones económicas de importancia. Si bien esa hija, en el momento de los hechos reclamados, ya había sido removida en el cargo de curadora, consideramos prudente la decisión de la entidad de mantener la discutida limitación de 1.800 euros por ella impuesta, hasta que el nombrado nuevo curador cursara instrucciones diferentes.

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. El DCMR ha venido señalando 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.

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 custodia 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 DCMR traen causa de las discrepancias existentes entre los progenitores en relación con las distintas interpretaciones que se efectúan de los términos del convenio regulador. En estos casos, el DCMR ha señalado que corresponde a los jueces y tribunales de justicia determinar el alcance de lo acordado.

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 el conflicto entre los interesados. Véase a estos efectos lo recogido al respecto en los casos de modificación del régimen de disposición.

También 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.

Además, la entidad debe proceder al bastanteo, asimismo, de todos los documentos que presenten sus clientes para modificar las condiciones de las cuentas. Así, en el expediente R-201739846, el administrador de una sociedad, cuyo nombramiento había sido inscrito en el Registro Mercantil, reclamaba contra la entidad por permitir la emisión de un cheque bancario por el socio único de la sociedad, habiendo presentado este como acre-

ditación de su poder de representación una escritura pública de nombramiento no inscrita.

La entidad alegó, por su parte, que el apartado 4 del artículo 58 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, establecía que «El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación» y que la emisión del cheque controvertido fue posterior a la formalización de la escritura de revocación de poderes del anterior administrador único.

El DCMR recordó el criterio que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo en lo referente al carácter no constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de administradores sociales, reflejado, entre otras, en su sentencia número 634/1993, de 14 de junio, que dispone que «[...] en todo caso, la inscripción no tiene carácter constitutivo o de validez del nombramiento de los administradores sociales o directores gerentes».²⁵

El DCMR decidió, por lo tanto, que carecía de competencias para apreciar la pretendida invalidez del documento notarial a la vista de una posible discordancia del nombramiento de administradores con el contenido del Registro Mercantil.

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 intere-

25 Esta sentencia hace alusión, asimismo, al artículo 11.2 de la derogada Ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada (cuyo literal se encuentra incorporado en el artículo 214.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). En efecto, el Tribunal Supremo recuerda que: «El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación, y deberá ser presentado para su inscripción, en el Registro Mercantil...» La Dirección General de los Registros y del Notariado también se pronunció, en su Resolución de 29 de septiembre de 2016, sobre esta cuestión, pudiendo destacar de ella el siguiente párrafo: «Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción.»

ses 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 de 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 el 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 a la conservación de documentos. La identificación deberá realizarse mediante documentos fehacientes. A tal efecto, establece el reglamento²⁶ 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 de la relación

²⁶ 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.

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 el expediente de reclamación R-201730296, un potencial cliente había intentado abrir una cuenta y reclamaba porque decía que se la cerraron automáticamente después de abrirla. Este DCMR no apreció vulneración de las buenas prácticas en la conducta de la entidad, ya que consideró justificado el motivo que alegaba para no abrir la cuenta, en particular que no había podido aplicar las medidas de diligencia previstas en la Ley. Recordábamos a las partes que incluso el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, que introdujo la obligación de ofrecer cuentas de pago, en su artículo 4, permite la *denegación del acceso a una cuenta de pago básica* en caso de que el potencial cliente no aporte la información que le requiera la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo —si bien advertíamos de que citábamos esta norma a título informativo, porque aún no estaba en vigor en el momento del hecho reclamado—.

b. Comisiones e intereses.
Información pública
y ante el Banco de España

En relación con las comisiones e intereses, se debe 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—, 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 (arts. 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,



Detalle de la antigua sala del Archivo Histórico.

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 (anexo 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 (art. 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, 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 anexo 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 gas-

tos 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 determinar 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 expresarlos 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.
- 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, la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, 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

te comprensible y visual, se ofrezca en el mismo formato, clasificando los productos con una escala de colores y numérica, que puede ser sustituida por una solo numérica, 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 (LSP), 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 (bajo la forma tanto 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 del 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, en relación tanto con la información y con las explicaciones previas al contrato como con el contenido del contrato. La letra que se ha de utilizar en cualquier documento de información al cliente, en fase tanto 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 (art. 20 de la LSP).

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 del 5 de noviembre), ya citada, conocida como «Orden de los Semáforos» o «de los Números», por cuanto establece una clasificación de los productos financieros mediante una escala de seis colores y seis números (del 1 al 6), que puede ser sustituida por una escala solo numérica. Por ejemplo, el número 1 sería de aplicación a los depósitos bancarios a la vista o a plazo en euros, mientras que las cuentas denominadas en moneda distinta del euro entrarían en la clase 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 contempla incluir en la información relativa a las principales características del producto un indicador de riesgo.

En el expediente R-201721598 un cliente que había contratado un depósito a plazo en libras esterlinas reclamaba por no haber recibido en ningún momento información detallada, ni en su apertura o vencimiento ni en cada liquidación. Manifestaba que la entidad nunca le había entregado un documento con todos los datos —como valor de la divisa, comisiones o intereses liquidados o IRPF retenido— y esa carencia de información (sobre la pérdida) le había ocasionado un problema con la Agencia Tributaria. Este DCMR concluyó apreciando mala práctica y posible incumplimiento de la normativa, al constatar que la entidad no había informado al cliente, ni antes de contratar el depósito ni en el propio contrato ni en un momento posterior, sobre los términos en que prestaría el servicio de cambio de divisa, previo e indispensable (ya que la cuenta asociada estaba abierta en otra moneda distinta de la libra esterlina), para que pudiera conocer si el depósito se adaptaba a sus necesidades. El contrato solo indicaba el día en que se compraría y se vendería la divisa, pero no el tipo de cambio o los criterios para su determinación. La entidad tampoco demostró haber cumplido su deber de informar en cada liquidación.

En ese caso se comprobó que el depósito en divisa había sido contratado antes de la entrada en vigor de la Orden de los Semáforos (y de la consiguiente obligación de advertir del riesgo que dicha norma introduce). No obstante, teniendo en cuenta que esa normativa posterior calificaría los productos de este tipo como de alto riesgo (en una escala de riesgo del 1 al 6, los depósitos en moneda distinta del euro quedarían incluidos en el 6), este DCMR apreció que la falta de transparencia detectada en este caso sobre las condiciones del depósito en libras esterlinas resultaba especialmente notoria.

Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Ni el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011 ya citada 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 ban-

carios 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 consultarlo²⁷.

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 se justifique que estos, antes de contratar, 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 (véanse 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, etc.).

Y, así, durante 2017 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 les 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.

Resulta oportuno comentar que durante el año 2017 se ha podido constatar un mantenimiento de la tendencia a la comercialización de cuentas a la vista sin comisiones aparejada al incremento de los requisitos de vinculación para mantener la gratuidad de este tipo

²⁷ 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 cuentas. Se han recibido reclamaciones en las que la disconformidad con la actuación de la entidad se centra en el hecho de que ha procedido a modificar unilateralmente (aumentándolos) los requisitos de vinculación necesarios para mantener la exención de comisiones. En algunos casos la reclamación se originaba por la cancelación unilateral de dichas cuentas, ofreciendo la entidad otras cuyas condiciones resultan más gravosas para los clientes. En todos estos casos, este DCMR ha venido señalando que las entidades financieras son libres de modificar en cualquier momento las condiciones de los contratos de duración indefinida siempre que respeten las exigencias de notificación previa establecidas por los propios contratos, por la normativa vigente y por los criterios de buenas prácticas del DCMR.

Como ejemplo de esta tipología de reclamaciones, cabe citar el expediente R- 201706628, en que un cliente cuestionaba que no le habían aplicado los beneficios de exenciones y bonificaciones en su cuenta a pesar de que cumplió los requisitos de vinculación que le indicaron; afirmaba que hasta un momento posterior no le explicaron el requisito por el cual no le computarían sus transferencias periódicas, y solicitaba que le aplicaran retroactivamente los beneficios desde su contratación hasta el momento en que se lo explicaron. Si bien la entidad no pudo aportar prueba de haber cumplido con sus obligaciones informativas antes de contratar la cuenta, este DCMR consideró ajustada a las buenas prácticas su actuación, globalmente considerada, porque decidió atender la petición del reclamante de aplicación de los beneficios a su cuenta con carácter retroactivo, rectificando su actuación y reliquidando la cuenta desde su contratación no solo hasta el momento en que pidió el reclamante —aquel en que ya le explicaron bien los requisitos—, sino incluso hasta un momento posterior.

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 la mayoría de los expedientes de reclamación presentados en el ejercicio 2017 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 en las 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, bien porque puso de manifiesto su interpretación o su conocimiento discrepantes respecto a los 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 facilitó al cliente en su día, fechada y con la firma del cliente en señal de su recepción.

Formalización 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.

Las entidades deberán entregar al cliente un ejemplar del documento contractual con suficiente antelación a la fecha en que quede vinculado por el contrato marco u oferta o, si esto no es posible porque el contrato se haya 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.

Cuentas en divisas

Este DCMR estima que, en este tipo de cuentas, las entidades deben velar por que 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 R-201703676 se pudo comprobar que la documentación que recogía las condiciones de un contrato de cuenta en divisas no incluía ninguna previsión con respecto a la forma de disposición de la divisa, su conversión y los costes que ello pudiera suponer, según la modalidad de reembolso elegida (transferencia, obtención de billetes o conversión a otras divisas), por lo que el DCMR concluyó que podría haberse producido un quebrantamiento de la normativa de transparencia.

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 suceder a lo largo de cada relación. De no ser así, las buenas prácticas exigen que, en el momento de constatarse la ausencia de un pacto contractual preciso, 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 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 a recibir una copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, en papel o en 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 interve-

nidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido; en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

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 segundas²⁸.

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 las 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 las 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 que contradice los principios de lealtad hacia su cliente, así como de claridad y transparencia, que deben regir las relaciones entre las partes.

Durante 2017 hemos tramitado expedientes de reclamación cuyo objeto fue que la oficina bancaria no había atendido la solicitud de su cliente de entrega de copia de su contrato de cuenta. En muchos casos, las entidades han alegado la antigüedad de los contratos o su extravío a consecuencia del cierre de sucursales o, en general, como resultado de procesos de fusión de entidades. Este DCMR ha insistido en la importancia de custodiar adecuadamente los documentos que recojan las condiciones contractuales tal y como prevé la normativa de aplicación. Hay que recordar, además, que las entidades deben estar en condiciones de facilitar a sus clientes, en el momento en que lo soliciten, copia de los contratos formalizados, tal y como se prevé en la norma novena de la Circular 5/2012. Por este motivo, el DCMR concluyó apreciando posible quebrantamiento de la normativa 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 percepción de comisiones, intereses, gastos, etc.

Disposición de fondos.
Posibles incidencias

El titular de un depósito de dinero en una entidad de crédito es acreedor de esta en cuanto al saldo resultante, pudiendo disponer de los fondos por los medios expresamente

²⁸ 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.

acordados en el contrato, debiendo incorporar, no obstante, estas disposiciones la autorización del interesado como manifestación de su voluntad dispositiva.

Autorización de operaciones

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 en el epígrafe 3.4, «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 tiene 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 el 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 personas que, con el consentimiento expreso de los titulares, pueden disponer, con carácter general, del saldo existente en la cuenta, pudiendo a tal fin firmar los cheques, los reintegros y cuantos documentos sean necesarios. Por el contrario, no están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni para cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni para 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, si así se ha previsto en el contrato, lo cual no supon-

drá ningún perjuicio para el resto, pues sin todos ellos el autorizado no podrá disponer de la cuenta, a no ser que se haya pactado otra cosa entre todos los titulares.

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 los intereses de ellos, 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 sea mancomunada, bastaría con que cualquiera de los titulares manifestase por escrito al banco su voluntad en ese sentido para que la revocación fuese 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 DCMR 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 circunstancias 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-201726055, se consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias por no acreditar haber adoptado las máximas cautelas en la verificación de la identidad de las personas que habían firmado un documento de baja como autorizada de la reclamante, puesto que reconoció que la persona que había entregado dicho documento no había sido la firmante del documento y titular de la cuenta. No obstante, el DCMR indicó que carecía de competencias para determinar si se había producido un caso de suplantación de identidad y de falsificación de la firma, tal y como pretendía la parte reclamante, o no.

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 muy general. En estos supuestos, este DCMR ha considerado que la exhibición de ese poder general no es suficiente para que la entidad permita disponer de los fondos de una determinada cuenta corriente, pues para ello sería preciso que se dé 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 identifique de forma específica la cuenta concreta sobre la que se pueden 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 de adoptar cualesquiera otras cautelas que estimara convenientes en orden a asegurar que entrega los fondos a una persona con poder para disponer de ellos. De lo contrario, las entidades no sabrían con seguridad si el poder exhibido se mantiene aún vigente o, por el contrario, ha sido revocado, extremo que en muchas ocasiones no puede ser verificado en el mismo momento de su exhibición.

Disposiciones en efectivo

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 3.4.7, titulado «Ingresos, retiradas en efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja».

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, ante el DCMR se han planteado casos motivados por la negativa de alguna entidad a permitir el reintegro de 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 de dinero 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.

*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. Las entidades deben, por tanto, atender, mediante cualquiera de los medios previstos en el contrato, las órdenes de pago que cursen sus clientes con cargo a los fondos que tengan disponibles, sea cual sea el importe de aquellas, no existiendo, por otra parte, normativa alguna que establezca la obligación por parte de los clientes de comunicar con una determinada antelación 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 cuantía importante. 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 a la entrega en efectivo —emisión de cheque bancario por parte de la entidad, transferencia, 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.

El criterio expuesto en el párrafo anterior es aplicable a las cuentas a la vista en las que se acuerde la posibilidad de disposición del saldo mediante disposiciones de dinero en efectivo, esto es, mediante billetes y monedas, puesto que nada impide a las entidades de depósito acordar libremente con sus clientes la forma en que se pueda disponer de los saldos depositados en las cuentas.

No obstante, en el caso de que se trate de cuentas a la vista, no se podrían establecer limitaciones a las disposiciones del saldo de la cuenta; por ejemplo, preavisos obligatorios para disposiciones de un determinado importe. Así, en el expediente R-201721806 se consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al introducir en un contrato denominado como cuenta corriente a la vista una exigencia de preaviso de dos días para retiradas de efectivo por importe superior a 6.000 euros, lo que venía a desnaturalizar las características propias de una cuenta a la vista.

Posibles incidencias en los apuntes en cuenta

Con carácter general, en todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y sobre 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.

Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores

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, por lo 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 con 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 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. En última instancia, correspondería a los tribunales de justicia la apreciación de la existencia de una posible aceptación tácita de los apuntes anotados en cuenta una vez transcurrido un período de tiempo dilatado.

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 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 3.4, «Servicios de pago».

Deber de diligencia en el traslado de cuentas

Como novedad del año 2017, se ha de citar el actual procedimiento para llevar a cabo el traslado de las cuentas detallado en el capítulo III del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, 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 13 establece, entre otras cosas, que dicho traslado requiere la solicitud expresa de todos los titulares, debiéndose indicar en la solicitud la fecha de ejecución, que no podrá ser inferior a seis días hábiles desde que el proveedor de servicios de pago receptor reciba la información necesaria, un plazo máximo de dos días hábiles para que este solicite al transmisor la información necesaria, y un plazo máximo de cinco días hábiles para que este último envíe la información necesaria.

Anteriormente, el artículo 15.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ya regulaba el deber de las entidades de colaborar activamente y de 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.

Asimismo, en la norma sexta, apartado 2.1 i), de la misma circular se incluye, dentro de la información precontractual que deben facilitar las entidades de depósito, la adhesión a los «Principios comunes para el traslado de las cuentas bancarias», diseñados para su aplicación a nivel comunitario por el Comité Europeo de Industria Bancaria (EBIC, en sus siglas en inglés), debiendo indicar la entidad de forma destacada, en caso de no haberse adherido, este último aspecto.

Este DCMR ha venido indicando que, dado que el procedimiento de traspaso de la cuenta involucra, por un lado, a dos entidades y, por otro, 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 este fue efectuado, la demora y cuantos datos sean necesarios para comprobar si el procedimiento se realizó correctamente, toda vez que el DCMR solo puede pronunciarse sobre operaciones concretas y debidamente documentadas.

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 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. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 3.4, «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 a 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 campaña de que se trate y que el reclamante no cumplía, que justifiquen debidamente la previsión contractual sobre la forma de proceder en tales supuestos de incumplimiento y, finalmente, que 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 Social, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y de las demás prestaciones periódicas que vayan 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.

Bloqueo de la cuenta

En lo que a bloqueo de cuentas se refiere, este DCMR entiende que las medidas que impliquen restricciones de los derechos de los clientes (como el 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 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 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 y de la 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 para sus clientes, sin mediar la debida comunicación sobre la circunstancia del bloqueo, 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 y la 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 de 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 de 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 conllevarán, 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 las entidades, a su vez, 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 de las 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

de medidas de bloqueo por parte de las entidades 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.

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 se han planteado por este motivo 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 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, para que un contratante pacte expresamente con el banco que este pueda compensar los saldos positivos con los negativos de varias cuentas, así como para 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 que no se hubieran comprometido todos ellos a responder solidariamente o a autorizar la compensación de las deudas de cualquiera de ellos con los activos de los demás.

En definitiva, para saber si la compensación está bien o mal operada, hay que estar al contenido de las cláusulas contractuales de los contratos que se aporten en cada expediente.

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, y a salvo de lo establecido por la normativa tributaria, que la propiedad de los fondos allí depositados pertenezca ni a todas ellas ni a 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 por que, 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 que establece el artículo 1137 del Código Civil para las obligaciones plurales.

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 to-

dos 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 no indique nada 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 pactados en el contrato.

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.

Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta

Abierta la cuenta con una u otra forma de disposición, puede darse la circunstancia de que las partes decidan su modificación por algún motivo.

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.

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 recibe 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.

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; esta cuestión no resulta pacífica, en la medida en que no ha tenido un tratamiento uniforme por parte de la doctrina o de los tribunales de justicia. El DCMR considera que, cuando se dan controver-

sias 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 ha resuelto este DCMR 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 eran prestatarios 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 ha sido considerado por este DCMR, en esos supuestos, 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, por imperativo legal, incluirá 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 una 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 acepte la modificación, el derecho de rescindir el contrato de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para tal modificación.

En el expediente R-201701633 se planteaba la falta de comunicación de las modificaciones de un contrato de cuenta. El defensor del cliente había dado la razón parcialmente a la parte reclamante al no haber quedado acreditado que la notificación de las modificaciones se hubiera realizado con la antelación prevista en la normativa vigente. El DCMR estimó, además, que, dado que dicha notificación se había realizado por el canal de banca electrónica y la entidad no había podido acreditar que se hubiera convenido dicho medio de comunicación (puesto que constaba que las comunicaciones se remitían por correo ordinario), se podía haber producido un quebrantamiento de la normativa de transparencia. 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 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 venían disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad.

En varios expedientes resueltos en 2017, las entidades habían procedido a modificar las condiciones de obligado cumplimiento por los clientes para la obtención de determinados beneficios en sus cuentas. Al respecto, este DCMR ha venido sosteniendo que las entidades financieras pueden modificar las condiciones de los contratos de duración indefinida siempre que cumplan con los requisitos de notificación previa establecidos en los propios contratos y en la normativa aplicable. Así, en el expediente R-201705122, la entidad modificó unilateralmente las condiciones que debía cumplir el cliente para poder disfrutar de una exención en la comisión de mantenimiento pactada. El DCMR pudo comprobar que, si bien la modificación había sido adecuadamente notificada al reclamante, esta fue aplicada a liquidaciones que correspondían a un mes posterior a la entrada en vigor de la modificación, por lo que no se podía considerar la actuación de la entidad ajustada a la normativa de transparencia.

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, para negarse a la baja del cotitular, invoque razones tales como la existencia de saldo deudor en la cuenta, o la existencia de contra-

tos 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.

Liquidación de la cuenta

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 percepción de comisiones, bien por conceptos que los clientes no comprenden, bien por conceptos no incluidos en los contratos, o bien 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 si 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—.

Cobro de comisiones. Casuística

Comisión de mantenimiento

La comisión de mantenimiento de cuenta remunera el servicio prestado e incluye una serie de operaciones que podemos calificar como «servicio de caja básico» y que, en la mayor parte de las entidades, incluye los ingresos y los reintegros en efectivo o las 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 (por ejemplo, si una comisión se carga semestralmente, la fecha de la comisión de mantenimiento de referencia, a efectos del cómputo de los dos meses de antelación que establece el artículo 22.1 de la LSP 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 que los titulares de cuentas renuncian 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 se 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. No es extraño que en algunos casos las entidades excluyan 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 de 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).

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 corresponde 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 entrada en vigor de 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 utilicen 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 que no tengan otros usos se consideraría apartado de las buenas prácticas bancarias o, en su caso, de la normativa de transparencia de aplicación.

En los expedientes R-201704487 y R-201705642 se estimó que las entidades contra las que respectivamente se reclamaba se habían apartado de las buenas prácticas bancarias; en el primer caso, por no aportar documentación que permitiese comprobar si la contratación de la cuenta vinculada a la operación de préstamo se había establecido como obligatoria en este último contrato; y, en el segundo, porque se procedió a adeudar una comisión de mantenimiento por una cuenta que se utilizaba de forma exclusiva para la gestión de un préstamo hipotecario suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la norma.

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 una 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 se haya informado debidamente al cliente acerca de esta.

Comisión por emisión de cheque bancario

En algunos expedientes resueltos en 2017 se ha planteado la disconformidad con el cobro de una comisión por la emisión de un cheque bancario. La emisión de un cheque bancario consiste en la compra por un cliente, con cargo a sus propios fondos, de un cheque en el que la entidad consta como libradora y librada. Son cheques aceptados en el tráfico como documentos de pago muy seguros por ser el obligado en la promesa de pago contenida en el documento una entidad de crédito. Este DCMR ha venido considerando que la emisión de un cheque bancario es un servicio que, como tal, puede ser retribuido a través de una comisión siempre y cuando se informe sobre esta con carácter previo. Es el caso del expediente R-201701450, en el cual la reclamante indicaba que no había sido advertida de la existencia de la comisión; sin embargo, dado que la entidad acreditó haber informado sobre el coste de la emisión del cheque con anterioridad mediante un documento firmado por la reclamante en el que constaba la existencia de la comisión y su importe, este DCMR consideró que la entidad no se había alejado de las buenas prácticas bancarias.

Gestión de efectos

En algunos casos se ha suscitado la duda acerca de si la entidad de depósito obra adecuadamente al hacer recaer sobre su cliente el coste del timbre de los pagarés ingresados para su abono en cuenta. Esta es la problemática planteada en el expediente R-201701458, en el que el reclamante consideraba que no resultaba ajustado a la normativa el cobro de timbres por el ingreso de pagarés «no a la orden».

El DCMR, una vez hecha la advertencia de que en el fondo de la reclamación subyacía una cuestión tributaria y, por lo tanto, no bancaria, recordó que el artículo 76 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, establece que no están sujetos al impuesto los pagarés cambiarios expedidos con la cláusula «no a la orden». En el caso analizado el reclamante manifestaba haber sobreimpreso la cláusula «no a la orden» en los pagarés, mientras que la entidad alegaba que, en los casos en que se había impreso dicha cláusula, no existía salva alguna, fechada y firmada. No se pudo apreciar mala práctica bancaria en el caso examinado puesto que la entidad acreditó haber advertido de que en el caso de pagarés sin cláusula «no a la orden» estos se encuentran sujetos al pago del impuesto de actos jurídicos documentados que la entidad procedería a liquidar por cuenta del cliente, sin poder determinar, por exceder de las competencias del DCMR, la validez de la cláusula sobreimpresa por el reclamante en los documentos.

*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 pactadas, 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 en el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011—, 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 de 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 siempre que, por otra parte, se verifiquen los requisitos que, para el cobro de comisiones, deben reunirse con carácter general —y que ya han sido expuestos—, no resultaría contrario a las buenas prácticas y usos financieros el adeudo de estas comisiones al titular de la cuenta.

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 3.4, 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 un elevado coste para ellos.

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 ope-

raciones, la entidad incurre en unos gastos de los que se resarce, bien a través del cobro de una comisión de ingreso o de 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 expresamente en dichos contratos en divisas 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 se celebran dichos contratos, de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa.

La entidad que ofrece 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, en estos casos, no cabe la aplicación de un inexistente tipo de cambio o comisión de cambio (salvo, claro está, que el reintegro se pretenda hacer en otra moneda), sino, exclusivamente, una comisión por la manipulación de billetes extranjeros.

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 la comisión debidamente recogida 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 si quiera 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.

A título de ejemplo, de entre los numerosos expedientes tramitados en el ejercicio 2017, puede citarse el expediente R-201703160, en el que se observó que, si bien las comisio-

nes por reclamación de impagado en préstamo habían sido adecuadamente pactadas en contrato, la entidad se había alejado de las buenas prácticas bancarias, puesto que había adeudado a su cliente 26 comisiones por aquel concepto, sin haber acreditado gestiones efectivas para la recuperación de la deuda más allá de la emisión de una carta.

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 (art. 19 de la LSP), 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 a la obligatoria o más frecuente que esta, o por la transmisión de información 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 acordados 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 una 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.

La cuestión relativa a los tipos de interés de los descubiertos, que 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 de los productos contratados en determinadas condiciones, 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 incurren en una mala práctica bancaria cuando:

- Diseñan una campaña publicitaria en la que se prevé 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 no podían beneficiarse de la promoción, por lo que estos 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 trasposos 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 mantendrían la cuenta o las domiciliaciones.

Por último, cabe indicar que, en 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 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 de reclamación R-201702411, un cliente manifestaba que, cuando la Administración Tributaria le facilitó su información fiscal, descubrió que un bono regalo de una noche en un parador nacional que había utilizado tras serle entregado por su entidad debido a su antigüedad como cliente era considerado un rendimiento en especie de su cuenta a la vista que cotizaba en el IRPF. Reclamaba afirmando que la cotización le supuso un sobreprecio en el regalo sobre el cual no había sido informado y calificaba de «engaño» o «estafa» la actuación de su entidad bancaria. Este DCMR apreció vulneración de las buenas prácticas por considerar que la entidad no había informado debidamente al cliente ni sobre el motivo de la entrega ni sobre sus consecuencias fiscales. Asimismo, se recordó a la entidad que, en el momento de entregar el bono a su cliente, debió haberle comunicado que lo consideraría como un rendimiento de la cuenta, así como los importes concretos que imputaría como rendimiento en especie o entrega a cuenta, que comunicaría a la Administración Tributaria. También advertimos acerca de la obligación que tenía la entidad de facilitar al cliente, tras la entrega del regalo, un documento con el detalle de la liquidación del rendimiento en especie, incluyendo todos los datos que enumera el ane-

jo 4 de la Circular 5/2012, como la identificación del bien, su valor atribuido, el ingreso a cuenta o el rendimiento fiscal atribuido.

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 (art. 1.4 de la LSP).

Se debe indicar aquí, a los efectos que nos ocupan, que el ámbito subjetivo de aplicación de la 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, textos a los que nos remitimos en aras de la brevedad.

Además del contenido de la LCCC, se incluyen 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 art. 20 de la LCCC).
- Las entidades deberán facilitar a los clientes, en cada liquidación de intereses o de 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 pueda 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, para el caso de descubiertos tácitos.

Liquidación por descubierto.
Intereses y comisión por descubierto.
Límite

Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, está en su legítimo derecho de exigir el pago de los intereses y de las 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 20.4²⁹ 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.

²⁹ Artículo que debe interpretarse en relación con el artículo 32 de la misma ley, que regula el cálculo de la TAE.

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, 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 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 en la LCCC, para el descubierto tácito en cuenta a la vista de consumidores, al que se ha hecho referencia anteriormente (art. 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

Información sobre operaciones asentadas en la cuenta.
Acreditación de operaciones

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.

La OSP obliga a las entidades a facilitar al titular de la cuenta de pago, ya intervenga como ordenante o ya 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 (OTP, art. 15.1, párrafo segundo) y en la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012.

Este DCMR entiende 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 in-

formación, 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 en el uso bancario tiene gran relevancia la remisión de extractos, por cuanto en ellos se solicita la conformidad del cliente con la información remitida, y —una vez transcurrido determinado plazo— su abstención o silencio podrían ser considerados 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 alto coste evidente 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 OTP, 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 memorias precedentes 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/2899/2011 dispone que las entidades han de remitir anualmente a sus clientes, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recojan las comisiones y los gastos devengados y los 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 devengado en el ejercicio anterior.

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 del saldo, pues en tales casos la cuenta seguiría habilitada para soportar movimientos. La entidad, en los supuestos en que la cuenta no está cancelada, puede legítimamente, pese a no registrar movimiento alguno, percibir comisiones de mantenimiento, dentro de los límites del contenido del contrato formaliza-

do. 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; 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.

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 de las entidades comprende el facilitar a los titulares información sobre la existencia 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 en ella no se ha efectuado ninguna gestión durante 20 años, de manera que su saldo pasaría a ser propiedad del Estado (art. 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 potestativo para ellas, por tanto, el inicio de tal procedimiento de declaración de abandono.

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 afecta a los reclamantes, cabe señalar que el artículo 3, «Comprobaciones y notificaciones», de la citada orden desarrolla las obligaciones de comprobación de abandono y de 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.

- 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.

No procederá efectuar la notificación citada cuando su coste supere, previsiblemente, el importe de los fondos en presunción de abandono.

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 (art. 21, apartados 1 y 4, 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.

También puede ocurrir que las entidades decidan cancelar unilateralmente una cuenta si no pudieran aplicar las medidas de diligencia debida que prevé la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Véase a este respecto lo indicado más arriba con respecto al bloqueo de las cuentas.

Por el contrario, el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, y el proveedor de servicios de pago procederá al cumplimiento de la orden de resolución antes de transcurridas 24 horas desde la solicitud, 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 seis meses y se hubiera resuelto transcurrido este plazo. 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 instrumentos de pago asociados a la cuenta, tales como talonarios de cheques o tarjetas.

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 2017 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 solicitud de cancelación.

Este DCMR ha tenido oportunidad 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 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 la 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, de que debía dejar el saldo necesario para atenderlos, la conducta de la entidad resulta apartada de las buenas prácticas.

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 dicha facultad de cancelación por parte de los autorizados estuviera expresamente prevista en el contrato de cuenta.

Otra cuestión diferente es 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 se le atribuyan en el contrato. Sobre los problemas que pueden plantearse en el caso de que solo alguno de los titulares desee cancelar la cuenta o desee darse de baja en ella, nos remitimos a lo indicado en el apartado «Modificación de titulares», dentro de «Modificaciones contractuales».

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; sin embargo, si acceden a la cancelación de la cuenta, no estarían, en modo alguno, habilitadas para reabrir la posteriormente.

d. Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

Como se explicaba en el apartado del epígrafe del «Activo» titulado «Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas», los promotores-vendedores de viviendas en construcción están obligados a percibir las cantidades anticipadas por los compradores a través de una entidad financiera; además, deben 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 referida cuenta debe funcionar de manera que las cantidades depositadas en ella —que son, como se ha indicado, las anticipadas al promotor por los compradores, a cuenta del precio de su futura vivienda— resulten separadas de cualesquiera otros fondos pertenecientes al promotor, y de ellas únicamente se podrá disponer para las atenciones de pagos derivadas de la construcción de las viviendas de la promoción en cuestión.

Las obligaciones anteriores resultan de las previsiones contenidas en su día en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (derogada en enero de 2016³⁰), que actualmente se halla incorporada a la disposición adicional primera de la 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 sobre la conducta de aquellas desde el estricto punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios.

La expresión «bajo su responsabilidad», que contenía la Ley 57/1968 y que 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 artículo 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

30 La Ley 57/1968, de 27 julio, derogada por la letra a) de la disposición derogatoria tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE de 6 noviembre), el 1 de enero de 2016. Téngase en cuenta que dicha disposición derogatoria tercera ha sido introducida por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE de 15 de julio de 2015).

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):

«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.»

Por otro lado, resulta necesario mencionar también la sentencia del Tribunal Supremo 502/2017, de 14 de septiembre, que delimita esta responsabilidad de la entidad al estimar que «la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que impone dicha ley».

En las reclamaciones presentadas ante este DCMR en el ejercicio 2017, relacionadas con la temática que nos ocupa, se ha analizado en cada caso la conducta de las entidades depositarias de los fondos teniendo en cuenta la jurisprudencia descrita, si bien en gran parte de los casos, al haber transcurrido más de seis años desde la fecha de los hechos reclamados, por razones competenciales no ha podido emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

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, y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio—, 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 de 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 puede consultarlo³¹.

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 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. Como se ha referido anteriormente, en el epígrafe relativo a «Depósitos a la vista», la Orden de los Semáforos o de los Números exige que para los depósitos a plazo se incluya el indicador que resulte procedente (el 1 sería de aplicación a los depósitos bancarios en euros, mientras que las cuentas denominadas en moneda distinta del euro entrarían en la clase 6).

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, en su apartado 2.2, al cual nos remitimos, el contenido mínimo de la información precontractual que se ha de facilitar al cliente antes de contratar depósitos a plazo.

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 DCMR 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 resaltarán

³¹ La información sobre comisiones y sobre 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.

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 relacionado 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 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.

Formalización del contrato.
Contenido

En relación con el contenido mínimo del contrato, este se regula con todo detalle en el artículo 7, apartado 3, de la orden y en la 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 las fechas del devengo y de la liquidación de intereses; la fórmula o los métodos de liquidación utilizados; las comisiones y los gastos; la duración del depósito y, en su caso, las condiciones para su prórroga; los derechos y las obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés; los derechos y las obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito, y el coste total que supondría el uso de tales facultades.

De dicho contenido resulta destacable 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 las 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).

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 de poner a disposición de este una copia siempre que lo solicite. Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido; en dicho caso, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo.

Para controversias planteadas en relación con depósitos formalizados bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de las memorias precedentes de este DCMR.

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 sus clientes 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 cliente 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, contruidos 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).

En el expediente R-201703342 constaba en el documento contractual, correspondiente a un depósito, que se había introducido un pacto manuscrito, validado mediante sello de la entidad, por el que se modificaban las condiciones para obtener una determinada bonificación en la cuenta del reclamante, sin que posteriormente hubiese un acuerdo entre las partes en cuanto a su aplicación. El DCMR consideró que se podría haber producido un quebrantamiento de la normativa aplicable con la inserción manuscrita de un concepto que resultaba innecesario para la correcta aplicación e interpretación del contrato.

c. Liquidación del depósito.
Tipo de interés

Los tipos de interés y las 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 las explicaciones adecuadas sobre los requisitos o las 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 verificar en el expediente 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 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).

Para los supuestos posteriores a dicha fecha, 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, respectivamente, las específicas informaciones precontractual y contractual exigibles.

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, opte por buscar otra alternativa de rentabilidad con tiempo suficiente, para no perder la remuneración de sus fondos durante un determinado número de días.

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 pla-

zos que las partes se confieren tanto 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.

El artículo 8.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, establece 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, la Circular del Banco de España 5/2012, en desarrollo de la orden, estableció en su norma undécima, apartado siete, 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.

En el expediente de reclamación R-201702486 el titular de un depósito a plazo reclamaba porque la entidad se lo había renovado automáticamente, según él sin previo aviso y sin su consentimiento ni conocimiento, y aseguraba que, por su edad, necesitaba disponer del dinero a la mayor brevedad posible. La entidad entendía que había cumplido sus obligaciones informativas solo por el hecho de que el contrato de depósito tenía marcada la casilla de renovación automática, alegando que era el propio reclamante el que debía haberle comunicado que no deseaba renovar. Sin embargo, este DCMR concluyó que la entidad no había cumplido con sus obligaciones y se había apartado de las buenas prácticas bancarias por no remitir al cliente una comunicación con las condiciones de renovación del depósito, obligación que resultaba de la Circular 5/2012 y del propio contrato de depósito, y por no incluir de forma resaltada en la información precontractual el plazo y las condiciones a que quedaría sujeto el depósito tras la renovación.

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 las obligaciones de las partes (artículo 7.3 de la orden); que 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); y que 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.

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 norma sexta de 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, no estando contemplada en contrato la cancelación anticipada, la entidad hubiera accedido a ella y hubiera 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 afecta a la obligación de la entidad de 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.

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.

- 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 como tal penalización en el contrato.

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 establecido contractualmente), la entidad deberá proceder a efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro al cliente del nominal y de 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 establece la propia ley.

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 correspondiente 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. En estos casos podría ser exigible a las entidades que, si sus clientes les señalan la concurrencia de las condiciones necesarias para considerar aplicables estas limitaciones, desarrollasen alguna actuación frente al organismo embargante para advertir de ello, no siendo en ningún caso responsables del resultado de dicha actuación ante el referido organismo.
- 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 apartado c siguiente, en relación con los embargos judiciales).
- Se hace preciso que las entidades aporten la orden de embargo (si se trata de embargo telemático, al menos impresión del «detalle de las operaciones practicadas» en el que figure el órgano emisor de la orden y la fecha de esta), así como comunicación a su cliente de la retención que de dicha orden se deriva,

y, en su caso, acreditación de que el efectivo adeudo en cuenta se hizo respetando el plazo que pudiera existir para que el interesado tuviera la posibilidad de 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 del 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 el hecho de 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 —desde la óptica de las buenas prácticas bancarias— 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. 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 si la oficina correspondiente no recibe comunicación en contrario del órgano de recaudación.

Habrá que estar en cada caso al tipo de deuda con la Administración de la que parta 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-201727059 un cliente reclamaba por un embargo en su cuenta, manifestando que se había efectuado sin previa comunicación de la retención y dejando su cuenta con saldo negativo, de modo que, para solucionarlo, la entidad le devolvió un recibo más de un mes después de cobrarlo. Este DCMR apreció mala práctica en la conducta de la entidad por no trabar el saldo de forma inmediata en el momento de recibir la orden, sino que permitió el cargo posterior de un recibo de una compañía telefónica, que redujo el saldo. Ello motivó el posterior descubierto cuando la entidad pretendió cumplir la diligencia, siendo ya el saldo inferior. Este DCMR también recordó que, según la buena práctica bancaria, la entidad debería haber notificado el embargo a su cliente, lo que no quedaba demostrado en ese caso porque la comunicación que aportó la entidad aparecía remitida, no al cliente, sino a la oficina o sucursal bancaria, «para su entrega al cliente».

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 el depósito embargados.

Una vez que la entidad financiera recibe la orden judicial de embargo emitida por el juez competente, lo primero que debe hacer para cumplir eficazmente dicha orden es la retención e inmediata 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 embargo³². La entidad financiera ha de consignar, pues, sin dilación alguna, la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y las 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.

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.

3.3 Expedientes de testamentaría

Tras el fallecimiento de un cliente de una entidad de crédito, esta, a instancia de los herederos, pone en marcha un proceso, comúnmente denominado en el ámbito bancario «de testamentaría». Dichos procesos, que se siguen ante las distintas entidades en las que el difunto tenía sus posiciones bancarias³³ (bienes o deudas), dan lugar cada año a numerosos conflictos entre las entidades de crédito y su clientela.

³² 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.

³³ En el caso de que se desconociera en qué entidades mantenía posiciones el fallecido (depósitos, préstamos, etc.), previa acreditación de la condición de heredero, puede solicitarse a la Administración Tributaria los datos sobre los rendimientos financieros que se le hubieran imputado al fallecido, los cuales deberían haber sido

Así, durante el ejercicio 2017 fueron analizados y resueltos por el DCMR un total de 526 expedientes de reclamación relacionados con algún aspecto de esta materia. Respecto a la tramitación de los expedientes de testamentaría, conviene recordar que en España las normas de Derecho sucesorio común contenidas en el Código Civil³⁴ 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 civil³⁵. La antedicha normativa ha de ser tenida en cuenta tanto por la entidad a la hora de tramitar la testamentaría como por este DCMR en el momento de analizar su actuación en relación con los hechos reclamados.

Dicho lo anterior, y centrándonos en el derecho sucesorio común, debemos partir de la premisa de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

3.3.1 DERECHO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS POSICIONES DEL CAUSANTE

Sin perjuicio de los derechos sucesorios que corresponden a los herederos, es preciso que, en caso de fallecimiento del titular de una cuenta, las entidades se aseguren de que quienes acuden a ellas solicitando información ostentan efectivamente la condición de herederos.

a. Legitimidad para solicitar información

Con carácter general, los legitimados para acceder a la información de las posiciones del causante son los herederos. El hecho de que la información ya haya sido proporcionada por la entidad a un heredero no obsta para que la misma información sea solicitada por cualquier otro heredero que, acreditando su condición, así la solicite (R-201722945 y R-201725882). A este también se le deberá facilitar.

En este punto debemos tener en cuenta los supuestos en los que los herederos no cuentan con plena capacidad de obrar, pues, de conformidad con el Derecho civil, si bien la personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento, la plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad.

En este sentido, los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y, de la misma forma que los incapaces, deben actuar a través de sus representantes legales. Por regla general, serán los padres o progenitores (quienes, en principio, ostentan la patria potestad) los legítimos representantes de los hijos menores no emancipados.

En el expediente R-201731981, el DCMR estimó prudente y, por tanto, acorde con las buenas prácticas y usos financieros que la entidad negase la información a la reclamante cuando esta ostentaba la condición de menor de edad —o a su hermano, que aún se encontraba en dicha situación—, pues para acceder a esa información era preceptiva la intervención de su representante legal.

b. Cómo acreditar la condición de heredero

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

comunicados a esta por la entidad o entidades donde tuviera cuentas. No existe en el Banco de España registro alguno de las cuentas o productos bancarios que los clientes mantienen con las entidades de crédito.

³⁴ Código Civil, libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», título III, «De las sucesiones», artículos 657 a 1087.

³⁵ Véanse artículos 13 al 16 del Código Civil.

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 —cuando el causante ha fallecido sin testar—, la declaración de herederos abintestato. En este último caso, el documento que se ha de presentar a las entidades debe incorporar el acta de conclusión de la declaración de herederos abintestato³⁶.

Un ejemplo ilustrativo de la debida conclusión de la declaración de herederos abintestato es el expediente R-201700037, en el que la parte reclamante no aportó el acta de notoriedad que debía poner fin al expediente notarial de declaración de herederos, resultando que en el acta aportada podía verse que el notario declaraba que había sido requerido para instruir acta de notoriedad y que en el plazo de 20 días hábiles procedería a emitir acta de conclusión de este procedimiento —previo juicio de notoriedad sobre la declaración y previo reconocimiento de los sucesores y de sus derechos en la sucesión—. Por ello, no constando en el expediente el acta definitiva que declarase su derecho a suceder al difunto, no se estimó la actuación de la entidad —en su negativa a proporcionar información al supuesto heredero— contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

En cuanto al procedimiento que han de seguir las entidades para recabar la acreditación de la condición de heredero, este DCMR ha manifestado que, una vez acreditada la condición de heredero en una concreta oficina o sucursal, no se entiende ajustado a las buenas prácticas que la acreditación de tal condición deba reiterarse en otras sedes de la misma entidad de crédito a las que acudan los herederos.

En lo relativo a este particular —solicitud de acreditación interoficinas—, en el expediente R-201700970 la entidad sostenía que para acceder a los datos desde otra oficina —distinta de la que ya había comprobado la condición de heredero— el reclamante debía acreditar de nuevo su condición de heredero, que sería de nuevo comprobada, lo cual también demoraría la entrega de la información. Al respecto, este DCMR manifestó que, si bien la sucursal habitual debía realizar el alegado control del peticionario de la información, no podía colegirse la misma conclusión respecto de la exigencia de reiterar la acreditación de su condición de heredero en cada oficina, pues la entidad opera como una sola persona jurídica frente a los terceros operadores del mercado, incluidos los usuarios y los clientes de los servicios que ofrece. Por este motivo, parecería lo más razonable que, conocida y acreditada ante la entidad la referida condición de heredero, dicho trámite surtiera efecto en las distintas sucursales de la entidad, debiendo habilitar la entidad los sistemas que estimara convenientes a efectos de la comprobación interoficinas de la cualidad de heredero de un difunto cliente ya acreditada.

Por último, respecto de la acreditación de la condición de heredero, en el presente ejercicio se ha planteado ante el DCMR como particularidad el supuesto de premoriencia del heredero. Así, en el expediente R-201614162 el causante, en su testamento, había instituido heredera a su hija; sin embargo, esta había premuerto al causante, habiendo instituido herederos a sus hijos. Por ello, la reclamante (nieta del causante de la herencia cuya controversia se planteaba) invocaba su derecho a la herencia de su difunto abuelo.

36 El procedimiento de declaración de herederos abintestato se inicia mediante acta, a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo a juicio del notario (art. 55.2 de la Ley del Notariado), y termina según lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley del Notariado: «Ultimadas las anteriores diligencias y transcurrido el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del Notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización».

Por su parte, la entidad requería que la parte reclamante aportase un acta de notoriedad en la que se manifestase explícitamente quiénes eran los descendientes de la heredera premuerta al causante.

Planteados así los hechos, el DCMR trajo a colación que en el supuesto de premoriencia de un heredero instituido como tal en testamento, como aquí sucede, las distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁷ distinguen entre la existencia o no de descendientes, de forma que:

- para justificar la eficacia del derecho a acrecer, en caso de no existir descendientes, se requiere una prueba fehaciente —acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos—;
- sin embargo, en el caso de existir descendientes, como aquí sucedía, se produce un llamamiento directo, siendo suficiente, en este segundo supuesto, acreditar el fallecimiento del heredero premuerto, así como la filiación de los descendientes, a través del certificado de nacimiento.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalan que los sustitutos vulgares están directamente llamados a la herencia, por lo que no puede decirse que no queden debidamente acreditados estos extremos, en la medida en que los sustitutos no se limitan a manifestar que lo son, sino que lo justifican fehacientemente.

De ello se deriva que, una vez justificada la premoriencia del heredero sustituido y el nacimiento de los descendientes sustitutos —mediante los certificados de defunción y nacimiento, respectivamente—, no resulta necesario probar el hecho negativo de la inexistencia de otros descendientes mediante acta de notoriedad, testamento o acta de declaración de herederos, imponiendo a los herederos una prueba de hechos negativos que la ley no exige.

A lo anterior habría que añadir que no puede desvirtuarse la eficacia del testamento y condicionarla a la existencia, en estos casos, de un acta de notoriedad, ni cabe presumir la existencia de otros descendientes cuando, ni del título sucesorio, ni de la partición, ni de los libros registrales, resulten indicios para suponer su existencia.

Por ello, este DCMR, apoyándose en el citado razonamiento, consideró que la exigencia de la entidad relativa a que la parte reclamante realizase un acta de notoriedad en la que se manifestase explícitamente cuáles eran los descendientes de su madre, declarando el hecho de quiénes eran sus hijos, no estaba justificada, concluyendo que el proceder de la entidad en relación con la cuestión planteada no se había ajustado a las buenas prácticas y usos financieros.

c. Qué información tiene derecho a obtener el heredero

En relación con el contenido de la información que han de facilitar las entidades a quienes acrediten ser herederos de sus clientes fallecidos, es criterio ya conocido del DCMR el considerar que las entidades han de facilitar a estos la información que les sea requerida, tanto sobre las posiciones que mantuviera el causante a la fecha del fallecimiento como la relativa a los movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento, con las salvedades que efectuaremos.

³⁷ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 3 de febrero de 2012 y 29 de enero de 2016.

Tanto la normativa de transparencia como los criterios de buenas prácticas de este DCMR concretan los deberes de información de las entidades de crédito para con los herederos de la siguiente manera:

- 1 La normativa de transparencia³⁸ y protección a la clientela establece que las entidades deben facilitar a los herederos, sin dilación injustificada, tanto el certificado de posiciones del causante a fecha del fallecimiento como los movimientos habidos en la cuenta con posterioridad a la fecha del fallecimiento.
- 2 Desde la perspectiva de las buenas prácticas y usos financieros, cabe exigir a las entidades, además, que, con las matizaciones que se indicarán a continuación, atiendan las peticiones de movimientos de las cuentas referidas a un período temporal anterior a la fecha del fallecimiento y no muy lejano a ella, situando este período, de forma aproximada u orientativa, en el año anterior al óbito, para, de este modo, facilitar a los herederos, entre otras cuestiones, el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Por lo que respecta a la información relativa a los movimientos habidos en las cuentas con anterioridad al fallecimiento, el DCMR ha matizado lo siguiente:

- Las solicitudes de información han de concretarse, sin que sea admisible que estas se refieran a períodos indeterminados.
- 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.

Así, en el expediente R-201733511, la parte reclamante solicitaba los movimientos, desde el año 2004, de unas cuentas canceladas en el año 2010 y 2012, cuando el fallecimiento se había producido el 29.9.2016, alegando que, desde esa fecha, se podrían haber producido diferentes movimientos que afectarían a la conformación del caudal relicto. En este supuesto, el DCMR consideró que dicha solicitud excedía, con mucho, el plazo razonablemente señalado por este DCMR de un año anterior al óbito, ello con independencia de los motivos por los cuales se requiriese la citada información, recordándose que las controversias entre los interesados relativas a la herencia de su causante son cuestiones de naturaleza jurídico-privada entre los herederos, que se deben plantear, en su caso, ante los tribunales de justicia.

- En el caso de solicitar extractos más allá del año anterior al fallecimiento, la entidad no se encuentra obligada, al amparo de la normativa de transparencia

38 La Orden EHA/2899/2011 dispone en su artículo 8.5: «Las entidades de crédito deberán facilitar la información que permita a los herederos de un cliente, una vez acreditada tal condición, conocer su situación patrimonial en la entidad de crédito al tiempo del fallecimiento del causante». Mientras que el apartado 4.a) de la norma quinta de la Circular 5/2012 concreta los deberes de las entidades de la siguiente forma: «Facilitar sin dilación injustificada la información que permita a los herederos de un cliente —ante su petición y una vez acreditada tal condición— conocer la situación patrimonial del causante en la entidad al tiempo de su fallecimiento y con posterioridad al mismo».



Detalles de la antigua sala del Archivo Histórico.

y de las buenas prácticas, a proporcionarlos, aun cuando facilitar esta información será, en cualquier caso, una buena práctica bancaria. En este supuesto —información más allá del año anterior al fallecimiento—, se entendería razonable la pretensión de la entidad de cobrar una comisión por facilitar dicha información y documentación adicionales, la cual debe ser correctamente informada con carácter previo a su cobro.

Tratándose de cuentas de titularidad plural, si existiera oposición expresa del cotitular o cotitulares supervivientes 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 las que deben actuar estas en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares supervivientes y terceros—.

A título de ejemplo del criterio anterior, cabe señalar el expediente R-201738857, en el que el DCMR estimó que la conducta de la entidad, al negar información a un heredero sobre la base de la oposición de un cotitular de la cuenta, se apartaba de las buenas prácticas, en la medida en que no acreditó la oposición expresa del cotitular superviviente a proporcionar la información de las cuentas del causante con anterioridad al fallecimiento, sin que este DCMR admitiese como suficiente una carta —redactada por la entidad— en la que comunicaba al heredero la oposición del cotitular.

En cuanto al suministro de información sobre movimientos concretos habidos en la cuenta, habrá de valorarse si dicha información afecta o no a terceras

personas, en orden a la protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), siendo que, de afectar la información solicitada a terceras personas, la negativa de la entidad a atender dicha solicitud no puede estimarse contraria a las buenas prácticas y usos financieros; por ejemplo, acerca de una orden de transferencia realizada desde la cuenta del difunto, solicitándose información de la cuenta beneficiaria y de su titular.

Así, en el expediente R-201700605 el reclamante solicitaba información relativa al ordenante de una transferencia recibida por su madre con anterioridad al fallecimiento, concluyendo el DCMR que la actuación de la entidad no podía estimarse contraria a lo establecido por la normativa de transparencia ni a los criterios de buenas prácticas y usos financieros, puesto que, habida cuenta de que la información requerida afectaba a terceras personas, no podían obviarse las obligaciones que incumbían a la entidad en relación con la protección de datos de carácter personal, así como el deber de secreto bancario que había de guardar la entidad en relación con sus clientes.

Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio

Un supuesto específico que se ha planteado en este ejercicio en relación con la solicitud de información por parte de los herederos sobre las posiciones del causante fue aquel en el que este era socio de una sociedad y los herederos de aquel solicitaron información sobre las cuentas de dicha sociedad.

A este respecto, este DCMR ha considerado que los herederos del socio ostentan legitimidad para obtener información sobre las cuentas de la sociedad, pues suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, ello con la debida observancia del régimen legal aplicable al tipo de sociedad — toda vez que en algunos tipos societarios existen limitaciones a la transmisión de los derechos societarios *mortis causa*—, así como de lo establecido en los estatutos de la sociedad.

A título de ejemplo, en el expediente R-201700218 las reclamantes solicitaban, en su condición de herederas, certificados de una cuenta, alegando la entidad que la cuenta no pertenecía a la fallecida, sino a un tercero. En este caso, vista la documentación, se comprobó que el tercero titular de la cuenta era una persona jurídica cuyos estatutos establecían que esta se había constituido con dos socios, la causante y el hermano de las reclamantes.

Este DCMR concluyó que, como herederas de la socia propietaria de la sociedad, las reclamantes tenían interés legítimo en informarse sobre el saldo de la cuenta de la sociedad y que, por tanto, la negativa de la entidad a facilitar certificación del saldo se apartaba de las buenas prácticas bancarias.

Entrega de contratos a herederos

En 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 estipular 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 de poner a disposición del cliente copia de aquel, siempre que este lo solicite. Dicha obligación, 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 re-

querimiento. Debemos matizar en este punto que la obligación de entrega de contratos no se circunscribe únicamente a los contratos de cuenta corriente o depósito a plazo, sino también a aquellos que documenten operaciones de financiación (contratos de préstamo) o de garantía (contratos de aval).

En ocasiones, ante la solicitud de los herederos de contratos o información concreta sobre operaciones de financiación o de garantía, las entidades exigen a estos que, con carácter previo, lleven a cabo la aceptación de la herencia. Sobre el particular, este DCMR ha indicado que, dado que la aceptación de la herencia conlleva la asunción por los herederos de los derechos y obligaciones del causante, resulta imprescindible para estos, antes de llevar a cabo la aceptación de la herencia, no solo obtener información sobre las posiciones que mantenía el causante a fecha de fallecimiento, sino también aquella otra información y aquella documentación que les permitan conocer el caudal relicto, los derechos y, sobre todo, las obligaciones que asumirían en caso de aceptar la herencia, siendo, por tanto, procedente y legítimo el acceso a dicha información, con carácter previo a la aceptación de la herencia, si así se solicitara, por lo que la negativa de las entidades a proporcionarla, antes de llevarse a cabo la aceptación de la herencia, podría quebrantar las normas de transparencia y protección a la clientela.

Un ejemplo de la aplicación de este criterio lo encontramos en el expediente R-201718089, en el que un heredero mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a proporcionarle información completa sobre el contrato de aval en que su causante era avalista, haciendo notar que en el certificado de posiciones no se especificaban los detalles de la referida obligación.

El DCMR manifestó que el contrato de aval, al formar parte de la herencia yacente³⁹, constituía una obligación para los herederos del causante que aceptasen la herencia pura y simplemente. En consecuencia, se estimó que la entidad contra la que se reclamaba podía haber quebrantado las normas de transparencia y protección a la clientela, al no constar acreditado que informara al instituido como heredero, de forma clara y completa, de las posiciones pasivas de la causante.

En otro caso analizado en este ejercicio (R- 201704868), las herederas solicitaban que la entidad les entregase una copia de la escritura de préstamo hipotecario suscrito por su causante, alegando que habían aceptado la herencia tácitamente desde el momento en que pasaron a hacerse cargo del pago de las cuotas de aquel. En este caso, este DCMR manifestó que, desde el fallecimiento del deudor, la deuda pasa a formar parte de la masa hereditaria, que se constituye como comunidad de bienes hasta que se acuerde la partición y adjudicación de los bienes de la herencia. Así, fallecido el titular del préstamo, son los herederos los que, sucediéndose en los derechos y obligaciones del causante, se encuentran legitimados —una vez acreditada su condición— para solicitar a la entidad la información que precisen respecto de esta cuestión.

39 Sobre la necesaria inclusión de los avales vivos en el pasivo de la herencia, *vid.* sentencia núm. 419/2014, de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid: «si realmente está acreditada la existencia del aval, en cuanto obligación de garantía que es, habrá de convenirse que el mismo no se extingue con el fallecimiento de la avalista, debiendo incluirse, en definitiva, en el pasivo de la herencia. Es norma sabida que la herencia comprende, como expresa el artículo 659 CC, todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte. Téngase en cuenta, ex art. 1847 CC, que si la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, a sensu contrario, si la obligación del deudor persiste, también persistirá la obligación del avalista. Se extinguirá la garantía, visto su carácter accesorio respecto de la obligación principal, por las mismas causas que las demás obligaciones, y en el art. 1156 CC, no se pauta tal efecto extintivo para el caso de fallecimiento o muerte del obligado».

d. Comisiones por la entrega de información a herederos

La entidad aportaba al expediente copia de la escritura de compraventa del inmueble; sin embargo, en ella no constaban las condiciones del préstamo objeto de reclamación por ser una escritura de compraventa suscrita entre el causante y la promotora, por lo que este DCMR emitió un pronunciamiento contrario a la entidad al no haber proporcionado información a las herederas sobre las condiciones financieras del préstamo, bien mediante la entrega de una copia de la escritura de préstamo al promotor (eliminando los datos no relevantes y referidos a terceros), bien mediante un documento que recogiera detalladamente las condiciones de la deuda.

En cuanto a la procedencia o no del cobro por parte de las entidades de una comisión por proporcionar información a los herederos, debemos distinguir entre los distintos tipos de información que la entidad puede facilitarles.

Certificado de posiciones

Por lo que respecta a la solicitud por parte de los herederos del certificado de posiciones del causante, a la fecha del fallecimiento, el DCMR ha indicado en numerosas ocasiones que la percepción de una comisión por dicho concepto no se ajusta a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que la entrega de dicho certificado deviene del cumplimiento de una obligación impuesta a la entidad por la normativa de transparencia [artículo 8.5 de la Orden EHA/2899/2011 y apartado 4.a) de la norma quinta de la Circular 5/2012] y, además, dicho 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.

Así, por ejemplo, en el expediente R-201736505 el DCMR estimó que la entidad reclamada había quebrantado las buenas prácticas bancarias al cobrar una comisión por certificar las posiciones de la causante a la fecha de su fallecimiento.

Movimientos posteriores al fallecimiento

De la misma forma, este DCMR ha indicado que no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias el que las entidades perciban una comisión por facilitar información sobre los movimientos habidos en las cuentas del causante con posterioridad al fallecimiento, por cuanto, al igual que en el caso anterior, dicha entrega de información, a solicitud de los herederos, trae causa de una obligación legal establecida en el apartado 4.a de la norma quinta de la Circular 5/2012, al indicar que las entidades deben facilitar información sobre la situación patrimonial del causante al tiempo del fallecimiento y con posterioridad a él.

Movimientos anteriores al fallecimiento

Respecto de las solicitudes de información sobre los movimientos acaecidos en cuenta corriente con anterioridad a la fecha de fallecimiento, cabe distinguir dos supuestos:

- Por lo que se refiere a la información relativa a los movimientos habidos en la cuenta durante el año anterior al fallecimiento, el DCMR considera que, dado que dicha información puede resultar necesaria para el cumplimiento de una obligación legal como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros cabe exigir a las entidades que no cobren una comisión por la entrega de esta información.
- Ahora bien, en aquellos casos en los que la información solicitada sobre movimientos anteriores al fallecimiento se extienda más allá del año anterior al óbito, y teniendo en cuenta que la entrega de dicha información no viene recogida en la normativa de transparencia ni cabría serle exigida desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este DCMR considera que no ha lugar a emitir

un pronunciamiento contrario a las buenas prácticas bancarias en aquellos casos en los que la entidad perciba una comisión por facilitar información adicional, esto es, retrotrayéndose más allá del año anterior al óbito; ello con independencia de considerar que entregar dicha información sin coste alguno constituye una muy buena práctica bancaria.

En consecuencia, la normativa de transparencia no exige la entrega de información relativa a los movimientos anteriores al fallecimiento, si bien en el caso de los movimientos habidos en el año anterior al óbito cabe exigirle a las entidades, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, que faciliten dicha información sin coste alguno; sin embargo, en aquellos casos en los que la solicitud de información se retrotraiga a períodos anteriores al año del fallecimiento, estas podrían percibir la comisión que por facilitar dicha información adicional tengan establecida, siempre y cuando la referida comisión sea debidamente informada, con carácter previo, el peticionario de información.

- e. Exigencia de la petición de tramitación de testamentaría junto con la solicitud del certificado de posiciones u otra información

Otra de las incidencias de las que este DCMR ha tenido conocimiento es el hecho de que, en ocasiones, la solicitud de información se vincula a la prestación del servicio de testamentaría, de tal forma que los herederos, al solicitar en las entidades la emisión del certificado de posiciones de su causante, han de cumplimentar un impreso de solicitud en el que, además, se contiene el encargo de la tramitación del expediente de testamentaría, a pesar de no resultar de su interés, al menos en ese momento, dicho servicio y de conllevar el cobro de una comisión, sin que los reclamantes puedan discernir si la comisión obedece: 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 parece excesivo, atendiendo a la petición de la mera emisión de un certificado.

En estos casos, este DCMR ha señalado que la obtención del certificado de posiciones del causante y su consiguiente emisión por parte de la entidad no debe condicionarse en modo alguno a que los herederos 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 tramitación del expediente de testamentaría.

En línea con lo que venimos exponiendo, en el expediente R-201723251 el heredero denunciaba que, al solicitar a la entidad un certificado de posiciones a fecha del fallecimiento de su causante, esta condicionó su entrega a la firma de una solicitud de tramitación de testamentaría, lo que comportaba el cobro de una comisión de 80,01 euros.

Examinada por el DCMR la literalidad del documento de «Solicitud Tramitación de Sucesión Hereditaria», se consideró que la comisión de 80,01 euros englobaba tanto la emisión del certificado de posiciones del causante como la tramitación del expediente de testamentaría, 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 efectuar tal solicitud, esto es, desvinculando tal petición de la tramitación de la testamentaría, considerándose su proceder contrario a las buenas prácticas y usos financieros.

3.3.2 TRAMITACIÓN DE LA HERENCIA

a. Aceptación de la herencia

Una vez recabada la información sobre las posiciones que ostentaba el causante frente a la entidad, para llevar a cabo la disposición de los fondos los herederos habrán de acreditar su derecho a la adjudicación concreta de estos. Para ello, los herederos habrán de aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de dichos fondos.

La aceptación de la herencia es una declaración en virtud de la cual el sucesor manifiesta su deseo de convertirse en heredero del fallecido, pudiendo realizarse de manera pura y simplemente o a beneficio de inventario.

En cuanto al acto mismo de aceptación de la herencia, este puede efectuarse de forma expresa o de forma tácita⁴⁰ (esto es, cuando la aceptación se sobreentiende por la realización de aquellos actos destinados a tomar posesión de los bienes por aquellos llamados a la herencia).

En ocasiones, ha sido objeto de discrepancia entre las entidades y los herederos la negativa de estas a considerar que la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones implicaba la aceptación tácita de la herencia. Sobre el particular, este DCMR concluyó, en los expedientes R-201605324 y R-20171122, entre otros, que la negativa de las entidades reclamadas no podía considerarse contraria a las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 1998, entre otras, tiene declarado que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significan, por sí solas, aceptación de la herencia, obedeciendo su actuación a la prudencia y a la cautela con las que deben actuar estas en supuestos como el que nos ocupa, siendo la aceptación de la herencia, como es, requisito imprescindible para disponer de los fondos depositados en la entidad.

Por último, en relación con la aceptación de la herencia, el DCMR ha informado a los reclamantes, cuando así lo ha estimado oportuno, de la modificación operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, de diversos preceptos del Código Civil; entre ellos, y por lo que ahora interesa, del artículo 1005 de dicho cuerpo legal, que establece que 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 la herencia o a beneficio de inventario, o repudiarla, indicando el notario en dicha comunicación que, si no manifestare su voluntad en plazo, se entenderá aceptada aquella pura y simplemente.

b. Partición y adjudicación de bienes

Con independencia de la aceptación de la herencia, no puede obviarse el hecho de que la comunidad hereditaria está formada por todos los herederos, resultando que todos ellos 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 de la adjudicación) de cualquiera de los bienes concretos de la herencia, sería necesaria la unanimidad de todos ellos.

40 La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1992 indica que: «[l]a aceptación tácita se realiza por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de “aceptar” la herencia, o sea, aquellos actos que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia».

c. Forma del documento
particional

Por lo que se refiere a la partición de la herencia, es preciso señalar que, de conformidad con el Código Civil, la partición de la herencia puede ser testamentaria (realizada por el propio causante en su testamento), convencional⁴¹ o, según la nueva redacción dada al artículo 1057 del Código Civil por la Ley 15/2015, sin testamento, sin que hubiera en él contador-partidor designado o hallándose vacante el cargo. En este caso, tanto el letrado de la Administración de justicia del juzgado competente como el notario pueden —a petición de los herederos y de los 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 en la Ley del Notariado—, requiriendo la partición así realizada la aprobación del letrado de la Administración de justicia o del notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

En cuanto a la forma del documento de aceptación, partición y adjudicación cuando nos encontramos ante una partición convencional —por acuerdo de los herederos—, debe precisarse que esta podrá formalizarse tanto en documento notarial como en documento privado, siempre que, en este último caso, venga firmado por todos los herederos o por sus representantes y se lleve a cabo el reconocimiento de firmas mediante la pertinente diligencia. En consecuencia, este DCMR ha venido considerando una conducta contraria a las buenas prácticas la exigencia de que la aceptación y partición de la herencia se formalicen en documento público.

En relación con esta cuestión, en los casos en los que la entidad se ha negado a poner a disposición de los herederos los saldos adjudicados, alegando 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, este DCMR ha manifestado 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. Por ello, el DCMR ha estimado el proceder de la entidad contrario a las buenas prácticas bancarias al no encontrar justificada dicha imposición en lo que se refería a los productos bancarios, sin perjuicio de que, en el caso de que los adjudicatarios de los inmuebles quisieran inscribir las adjudicaciones en el Registro de la Propiedad, sería necesario elevar a público el documento de partición y adjudicación.

Por otro lado, por lo que respecta a los documentos privados de aceptación y partición de herencia, este DCMR ha declarado (R-201718084) que el trámite de reconocimiento de firmas puede realizarse mediante:

- La personación en la oficina de los herederos, sin que quepa exigir por parte de la entidad que todos los herederos realicen el trámite al mismo tiempo, esto es, en unidad de acto.
- La legitimación de firmas ante notario si la personación en la oficina no le resulta factible al heredero.

d. Contenido del documento
particional

En cuanto al contenido del documento de aceptación, partición y adjudicación, debemos resaltar la necesidad de que este contenga la adjudicación de bienes concretos a cada

41 El artículo 1058 del Código Civil dispone: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

uno de los herederos, de forma que las entidades puedan ejecutar la partición ajustándose a los exactos términos del documento.

En relación con este particular, es criterio de este DCMR que, cuando los saldos de las cuentas no se encuentran relacionados dentro del inventario y de la adjudicación de la testamentaría de los causantes o no coinciden con los expresados en dicho documento, es necesario que se lleve a cabo una adición de dichos bienes y se proceda a la adjudicación y partición de los mismos entre los herederos, así como que se efectúe el pago del Impuesto de Sucesiones que, en su caso, corresponda, y que no se satisfizo en su momento. Este sería el criterio aplicable en los casos en los que, por ejemplo:

- al haberse modificado los saldos depositados en la entidad en el momento de efectuar el reparto respecto de los que existían a la fecha del fallecimiento y se reflejaron en el documento de partición y adjudicación, aumentando o disminuyendo estos⁴², las entidades necesitan recabar de los herederos instrucciones adicionales de reparto, o
- en los que el documento contiene la partición y no la adjudicación de bienes concretos, por lo que resulta necesario requerir a los herederos para que aporten un nuevo documento, relacionando las adjudicaciones concretas de los bienes de la herencia depositados en la entidad.

Así, en el expediente R-201612892, analizada la escritura de adjudicación por título sucesorio, el DCMR apreció la alegación efectuada por la entidad reclamada, considerando su actuación acorde con las buenas prácticas bancarias, en la medida que resultaba necesario que los herederos facilitaran a esta instrucciones adicionales de reparto, determinándose, de manera concreta, la parte de saldo depositado en cada una de las cuentas que existían en la entidad que cabía atribuir a cada uno de los herederos, ya que la escritura no lo establecía, siendo, además, que los saldos inventariados en la misma no se correspondían con los saldos actuales. De ello se derivaba la exigencia de la entidad de recabar de los herederos instrucciones adicionales y complementarias de reparto suscritas, en prueba de conformidad, por todos ellos.

Otra de las incidencias derivadas de la presentación del documento de partición que ha sido abordada por este DCMR es aquella en la que la entidad niega la disposición de herencia, a pesar de haber sido presentado documento de partición de herencia, alegando que uno de los herederos revocó la partición en un momento posterior a su firma.

e. Revocación del documento particional

En estos casos, el DCMR sostiene que habrá de estarse al caso concreto, evaluando el tipo de testamentaría ante la que nos encontramos (testamentaría, convencional, etc.), así como el contenido del cuaderno particional, a fin de comprobar si el mismo contiene o no condiciones suspensivas o de otra índole que habiliten a los herederos a dejar ineficaz la partición con posterioridad a su firma, entendiéndose por ineficacia un concepto que en-

42 En este sentido, el artículo 1079 del Código Civil dispone: «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.»

Además, resulta de interés citar la sentencia del Tribunal Supremo n.º 2968/2015, de 16.6.2015, respecto de las adiciones particionales: «La doctrina actual de esta Sala que a efectos de partición, a que se remite la liquidación de gananciales, la omisión de bienes, siempre que sean de importancia no esencial, se puede adicionar al amparo del artículo 1079 y la diferencia de valoración se puede corregir: si es superior al cuarto, por medio del artículo 1074 del Código Civil. Siempre en interés del principio del *favor partitionis* y reiterando lo declarado jurisprudencialmente.»

globa todos aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico sanciona con la privación de efectos al negocio particional.

De no concurrir condición alguna, el DCMR ha estimado que, en los supuestos en los que la partición es realizada por todos los coherederos de mutuo acuerdo —convencional—, nos encontramos ante un supuesto de declaración de la voluntad plurilateral, destacando en estos casos el carácter o naturaleza contractual de la partición con sometimiento a las reglas generales de los contratos. Así pues, el consentimiento de los coherederos es el punto de partida tanto de la existencia de la partición, como de su validez (art. 1261 CC)⁴³.

Este criterio encuentra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁴, que ha declarado que en este tipo de supuestos no puede acogerse la pretensión de nulidad por contradecir la doctrina que impide ir contra los propios actos, pues el consentimiento prestado libre de vicios es inatacable después. Ello sin perjuicio de que, tal y como ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁵ —y así ha sido puesto de manifiesto en nuestros informes—, la partición, como negocio jurídico, puede padecer los vicios que ocasionen su ineficacia o permitan su impugnación, resultando que en el caso de una partición realizada por los coherederos, le corresponden los vicios de los negocios *inter vivos*⁴⁶.

Ahora bien, tanto la nulidad como la anulabilidad requieren la acción de impugnación, mientras que la de rescisión requiere la acción de rescisión, acciones estas que deben ser planteadas ante los tribunales de justicia, sin que en ningún caso quepa su apreciación por otras instancias.

A título de ejemplo de lo anterior, podemos mencionar el expediente R-201706223. En este caso, la entidad negaba la disposición de fondos a una de las herederas, alegando que al día siguiente de haber sido suscrita la partición por todas las herederas, una de ellas revocó el consentimiento dado al documento particional. Este DCMR entendió apartada de las buenas prácticas la actuación de la entidad al proceder al bloqueo de los fondos, a pesar de contar con un documento particional firmado por todos los herederos que establecía el reparto de los mismos; y ello por cuanto la competencia para declarar la ineficacia de estos actos —ya sea por nulidad, anulabilidad o rescisión— corresponde en exclusiva a los tribunales de justicia.

Sin embargo, y por ello decimos que resulta necesario atender al caso concreto, en el expediente R-201720002, la entidad negaba a la reclamante la disposición de los fondos alegando que una de las herederas había revocado el documento particional, argumentando que la revocación se amparaba en que la reclamante había incumplido el pacto de elevación a público del cuaderno particional, pacto que constaba en el documento privado de partición y adjudicación suscrito por las partes.

43 En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por la STS 1701/2014, de 19.2.2014: «La partición convencional, partición realizada por los herederos (artículo 1058 del Código Civil) es decir, por los propios interesados por sí mismos y con absoluta libertad, sin límite alguno, que se ha considerado de naturaleza contractual (sentencias de 8 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1997) o negocio jurídico plurilateral (sentencia de 20 de enero de 2012), y en todo caso obliga a los herederos partícipes de la misma a aceptar y cumplir lo pactado.»

44 Así lo dispone la STS de 30 de abril de 1960 (RJ 1960/1699).

45 STS de 27.5.1998.

46 En este sentido, hay que señalar que el CC no contiene una regulación específica sobre la ineficacia de la partición, sus diferentes categorías y las causas que la originan. De la misma forma, el CC no regula de manera general la ineficacia de los negocios y actos jurídicos, sino que la regulación más completa se encuentra en los contratos y por ende hay que acudir al régimen jurídico de la nulidad, anulabilidad y rescisión.

En este caso, el DCMR entendió que, si bien la partición no requiere para su eficacia la formalización del cuaderno particional en documento público, tal condición había sido acordada por las partes en el propio documento privado de partición, constando a su vez en un acta judicial de formación de inventario, por lo que este DCMR se abstuvo de pronunciarse sobre si el pacto de elevación a público del cuaderno particional condicionaba o no la eficacia de la partición, pues las funciones del DCMR no se extienden a la resolución de discrepancias que se enmarcan en el ámbito del derecho privado.

f. Impuesto sobre sucesiones

En el marco del proceso de testamentaría que nos ocupa, las entidades exigen la justificación del pago o exención del impuesto sobre sucesiones, salvando así 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.

Así, la citada ley y su Reglamento establecen que «los intermediarios financieros no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice».

El DCMR ha indicado al respecto que la salvaguarda de tal responsabilidad no puede llevar a la conclusión de que las entidades se encuentran habilitadas para bloquear el saldo de la cuenta mientras 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.

Por otro lado, para soslayar el posible perjuicio de los herederos que necesiten disponer de los bienes depositados en entidades bancarias sin que estas se conviertan en responsables subsidiarias del impuesto, el Reglamento anteriormente citado tiene regulado un régimen de liquidación parcial o autoliquidación (arts. 78, 86.2 y 89)⁴⁷ mediante el cual se

47 «Artículo 78. Liquidaciones parciales a cuenta.

1 Los interesados en sucesiones hereditarias podrán solicitar de la oficina competente, dentro de los plazos establecidos para la presentación de documentos o declaraciones, que se practique liquidación parcial del impuesto a los solos efectos de cobrar seguros sobre la vida, créditos del causante, haberes devengados y no percibidos del mismo, o retirar bienes, valores, efectos o dinero que se hallasen en depósito, o bien en otros supuestos análogos en los que, con relación a bienes en distinta situación, existan razones suficientes que justifiquen la práctica de liquidación parcial.

2 Para la práctica de las liquidaciones parciales, los interesados deberán presentar en la oficina competente un escrito, por duplicado, relacionando los bienes para los que se solicita la liquidación parcial, con expresión de su valor y de la situación en que se encuentren, del nombre de la persona o entidad que, en su caso, deba proceder al pago o a la entrega de los bienes y del título acreditativo del derecho del solicitante o solicitantes.

3 A la vista de la declaración presentada, la oficina girará liquidación parcial, aplicando sobre el valor de los bienes a que la solicitud se refiere, sin reducción alguna, la tarifa del impuesto y el coeficiente multiplicador mínimo correspondiente en función del patrimonio preexistente.

4 Ingresado el importe de la liquidación parcial, se entregará al interesado un ejemplar del escrito de solicitud presentado con la nota del ingreso. La presentación de este escrito acreditará, ante la persona que deba proceder a la entrega o al pago, que, fiscalmente, queda autorizada la entrega, el pago o la retirada del dinero o de los bienes depositados.

5 Las liquidaciones parciales que se giren con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo tendrán el carácter de ingresos a cuenta de la liquidación definitiva que proceda por la sucesión hereditaria de que se trate.»

«Artículo 86. Régimen de autoliquidación: Requisitos. [...]

puede obtener la disposición de los fondos y bienes depositados a través del ingreso del importe de la liquidación parcial o autoliquidación parcial que corresponda, ingreso que cumple, además, la función de extinguir la responsabilidad subsidiaria de las entidades bancarias.

Otra de las cuestiones que se plantean ante este DCMR son los supuestos de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto. Así, en la normativa tributaria se prevé la posibilidad de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto, pero no existe una previsión similar a la mencionada en el párrafo anterior en cuanto a la extinción de la responsabilidad subsidiaria de la entidad por la sola presentación de la correspondiente solicitud.

Por lo tanto podemos afirmar, sin perjuicio de lo que pudiesen resolver, en su caso, la administración tributaria o los tribunales de justicia, que las entidades de crédito que entreguen fondos depositados en ellas por los causantes a los herederos y a los legatarios son responsables subsidiarias del pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, responsabilidad que se extingue únicamente mediante el ingreso del importe de la liquidación parcial o autoliquidación parcial que corresponde o, por supuesto, mediante el pago de la liquidación definitiva que corresponda.

g. Forma de disponer de los fondos

En cuanto a la forma de disponer de los fondos de la herencia, una vez finalizada la testamentaría, los herederos han de dar instrucciones a la entidad respecto a la forma en la que desean que les sean entregados los fondos, lógicamente en función de sus necesidades e intereses —efectivo, traspaso o transferencia, cheque bancario, etc.—, sin que quepa en ningún caso que la entidad imponga el medio de disposición.

Las entidades deben ofrecer un medio gratuito de disposición, resultando que solo en el caso de que los herederos elijan otro medio distinto podrán estas percibir la correspondiente comisión al efecto (por ejemplo: emisión de transferencia, cheque bancario, etc.).

Así, es frecuente que, tratándose de cuantías no muy elevadas, los interesados opten por la entrega del dinero en efectivo por ventanilla, siendo que, en estos casos, comoquiera

2 No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se admitirá la autoliquidación parcial referida a una parte de los bienes y derechos en aquellos supuesto en los que, según el artículo 78 de este Reglamento, se admite la práctica de liquidación parcial a cuenta.»

«Artículo 89. Autoliquidaciones parciales a cuenta.

1 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de este Reglamento, tratándose de adquisiciones por causa de muerte, los sujetos pasivos, previa conformidad de todos en caso de ser más de uno, podrán proceder a la práctica de autoliquidación parcial del impuesto a los solos efectos de cobrar seguros sobre la vida, créditos del causante, haberes devengados y no percibidos por el mismo, o retirar bienes, valores, efectos o dinero que se encuentren en depósito, o bien en otros supuestos análogos en los que, con relación a otros bienes en distinta situación existan razones suficientes que justifiquen la práctica de autoliquidación parcial. Los sujetos pasivos que presenten la autoliquidación parcial deberán proceder posteriormente a presentar la autoliquidación por la totalidad de los bienes y derechos que hayan adquirido, en la forma prevista en los artículos 86 y 87 anteriores.

2 La autoliquidación deberá practicarse aplicando, sobre el valor de los bienes a que se refiera, sin reducción alguna, la tarifa del impuesto y los coeficientes multiplicadores mínimos correspondientes en función del patrimonio preexistente.

3 Ingresado el importe de la autoliquidación parcial en la forma establecida en el artículo 87 de este Reglamento, se presentará en la oficina competente un ejemplar del impreso de autoliquidación donde conste el ingreso, acompañado de una relación por duplicado en la que se describan los bienes a que se refiera, su valor y la situación en que se encuentren, así como el nombre de la persona o entidad que deba proceder al pago o a la entrega de los bienes, y del título acreditativo del derecho del solicitante o solicitantes, devolviéndose por la oficina uno de los ejemplares de la relación con la nota del ingreso.

4 El ingreso efectuado en virtud de autoliquidación parcial tendrá el carácter de ingreso a cuenta de la liquidación definitiva que proceda por la sucesión hereditaria de que se trate.»

que la entidad no presta ningún servicio adicional más allá de su mera entrega, no estaría legitimada para cobrar comisión alguna, en la medida en que no está sino cumpliendo con la obligación legal de reintegro de fondos a los herederos del depositante.

Sin embargo, si la entidad, por cualquier circunstancia, como puede ser en los supuestos de importes elevados, determinase que la disposición en efectivo no es posible, debe habilitar otro medio gratuito por el que disponerlo —cheque bancario o transferencia, por ejemplo—.

Sería una cuestión distinta que los herederos cursaran órdenes a la entidad para que los fondos les fueran abonados en una cuenta determinada —obviando la forma de disposición gratuita ofrecida—, suscribiendo a tal efecto la correspondiente orden de pago a una cuenta de otra entidad, dando lugar a la prestación por parte de esta de un servicio adicional que, como tal, puede ser retribuido mediante el cobro de una comisión.

De la misma forma, en los supuestos en los que los reclamantes han planteado que, para poder disponer de los fondos de la herencia, la entidad les requería la apertura de una cuenta corriente en la entidad, este DCMR ha manifestado que, dado que para la apertura de una cuenta corriente se debe contar con el consentimiento expreso de ambas partes (entidad y cliente), tal imposición no resulta ajustada a las buenas prácticas, recordando además que, una vez resuelto el expediente de testamentaría, es su obligación poner a disposición de los herederos los fondos depositados en la entidad en la forma que estos determinen y conforme a las adjudicaciones establecidas.

Puede resultar también que los herederos opten por un cambio de titularidad de la cuenta, reemplazando al fallecido por los herederos, o incluso puede darse el caso de que una cuenta haya sido adjudicada de forma que se diferencie el usufructo de la nuda propiedad. En estos casos, es criterio de este DCMR que las entidades, como profesionales expertas que son de su operativa, deben contar con los medios para reflejar tal situación, facilitando el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

A título de ejemplo, en el expediente R-201727539, la parte reclamante sostenía que la entidad no permitía a los herederos el cambio de titularidad de la cuenta, mientras que aquella, por su parte, argumentaba que, por razones operativas, no era posible reflejar en las cuentas corrientes lo dispuesto en el cuaderno particional —nuda propiedad de los hijos y usufructo del cónyuge viudo—, de forma que entendía que las partes debían proceder de nuevo a un acuerdo privado entre los herederos que dispusiese el reparto de los fondos.

En aplicación del criterio expuesto, este DCMR resolvió que no cabía alegar razones de índole operativa para llevar a cabo una práctica que, por otra parte, resultaba habitual entre las entidades financieras con motivo de la tramitación de las testamentarías, como era el hecho de que se le adjudicara el usufructo a una de las partes y la nuda propiedad a otra, declarando el proceder del banco reclamado contrario a las buenas prácticas y usos financieros.

h. Deber de diligencia

Las entidades han de actuar con la máxima diligencia en la tramitación de los expedientes de testamentaría, 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. El plazo de tramitación debe contarse desde que los herederos hayan presentado toda la documentación necesaria al respecto y firmado la solicitud de tramitación de la testamentaría.

Sobre este particular, se han planteado casos ante este DCMR en los que la parte reclamante infería que era obligación de la entidad instar unilateralmente el expediente de testamentaría al tener noticia del fallecimiento de un cliente. En estos supuestos, este DCMR ha aclarado que solo se inicia el expediente cuando los herederos suscriben el pertinente documento de solicitud de tramitación de la testamentaría.

Así, en el expediente R- 201614277, la parte reclamante denunciaba una falta de diligencia por parte de la entidad al no haber procedido a la tramitación de la testamentaría, afirmando la entidad que dicho encargo no había tenido lugar. En ese caso, puesto que no obraba en el expediente documentación que acreditase el encargo de la tramitación de la testamentaría, este DCMR no emitió un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada.

i. Comisión por tramitación 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 lo relativo al cobro de comisiones.

Ahora bien, por lo que se refiere a la concreta comisión por tramitación de testamentaría, esta se ha venido justificando en la existencia de un servicio prestado por la entidad a los herederos, consistente en el análisis de la documentación aportada por los interesados en la herencia, de forma que, dependiendo de la política 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.

Por su parte, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCMR ha señalado que la citada comisión no debe percibirse 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 no ha lugar el cobro de importe alguno por dicho certificado, por derivar su entrega del cumplimiento de una obligación legalmente establecida.

Por otro lado, al igual que en el ejercicio 2016, durante el año 2017 se han presentado varias reclamaciones en las que los reclamantes denunciaban la percepción de 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 del importe en cuenta de la comisión que, tras pedir explicaciones, habían sido informados de que el adeudo se correspondía con el cobro de una comisión por la tramitación del expediente de testamentaría. Describían los reclamantes que la entidad, tras pedirles determinada documentación, recogía su conformidad al cobro de tal comisión 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 concreto, en los expedientes R-201717601 y R-201724977 —entre otros—, se denunciaba el procedimiento seguido por la entidad para recabar la firma y en definitiva el consentimiento de los interesados al cobro por la prestación del servicio de tramitación de testamentaría. Teniendo en cuenta, además, que no era la primera vez que se sometía al DCMR esta cuestión —R-201612678, entre otras—, se estimó que la entidad debería de

haber descrito en sus alegaciones, y acreditado, que el consentimiento prestado a través de los medios digitales que había empleado 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 incumbían a la entidad por razón de la normativa de transparencia de operaciones y de protección de la clientela y las buenas prácticas bancarias; ello con independencia de que la firma digital implicase garantía de no repudio, de conocimiento inequívoco de quién era el emisor del documento y de la integridad del documento, esto es, que el documento firmado fuera el original y que nadie había alterado o modificado su contenido después de su firma, estimándose dicha actuación contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

3.3.3 INCIDENCIAS DERIVADAS DEL FALLECIMIENTO SOBRE PRODUCTOS CONCRETOS

Hasta ahora todo lo expuesto se ha centrado en el derecho de información así como en el derecho de disposición de los herederos, sin embargo, el fallecimiento de un titular de productos bancarios puede dar lugar a diversas incidencias durante la tramitación de la herencia, de forma que este DCMR viene resolviendo las reclamaciones presentadas dependiendo del tipo de producto ante el que nos encontremos con los criterios que se exponen a continuación.

a. Cuenta corriente

En este apartado nos referimos a las disposiciones singulares efectuadas estando la herencia indivisa. Es criterio reiterado del DCMR el considerar que no constituye una mala práctica que las entidades admitan disposiciones singulares antes de la adjudicación de la herencia, siempre y cuando:

Disposiciones singulares.
Pago de gastos con cargo
a la herencia yacente

- i) estas vengan autorizadas expresamente por todos los herederos. En el expediente R-201516811, la parte reclamante pretendía que la entidad efectuase un reparto diferente del estipulado en la escritura de partición del saldo de la cuenta que la difunta tenía abierta en esa entidad, aportando como justificación del nuevo reparto un documento que no venía suscrito por todos los herederos. Este DCMR manifestó que entendía que el criterio de exigir la unanimidad de todos los herederos para permitir a un heredero disponer de bienes concretos antes de la partición, resultaba aplicable al caso, en tanto en cuanto el heredero pretendía que se procediese a un reparto diferente a lo dispuesto en la escritura de partición;
- 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.

Por lo que se refiere a las reclamaciones presentadas en relación con solicitudes de devolución de recibos domiciliados en cuentas de titulares fallecidos realizadas por los herederos, el DCMR entiende, con carácter general, que dichas solicitudes deben ser realizadas por todos los herederos tras acreditar estos debidamente su condición, siempre que dichos recibos se refieran al mantenimiento de los bienes que constituyen la herencia yacente o a los gastos de entierro y funeral.

Por el contrario, en el caso de los recibos domiciliados que tienen por objeto el pago de gastos que solo benefician a terceros y no el mantenimiento de bienes de 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) su adeudo debe realizarse solo si se cuenta con el consentimiento de todos los herederos. En el expediente R-201718325, la reclamante denunciaba que la entidad había continuado adeudando las cuotas de un préstamo hipotecario asociado a la cuenta de su marido fallecido, aun teniendo en cuenta que esa vivienda hacía meses que ya no figuraba a nombre del fallecido, entendiéndose esta que dichos pagos no podían exceder la cantidad que, según el cuaderno particional, pertenecía a los hijos y a la viuda.

En este caso, el DCMR entendió que, en aplicación de los artículos 1112 y 1257 del Código Civil, según los cuales todas las deudas de naturaleza patrimonial son transmisibles —salvo las que hubieran sido contraídas en atención a la persona del deudor (*intuitu personae*) o las que el negocio generador declare intransmisibles—, la deuda del causante formaba parte de la herencia yacente, y ello con independencia de quién ostentase la posesión del inmueble con base en el artículo 104⁴⁸ y el artículo 105⁴⁹ de la Ley Hipotecaria.

Así, el DCMR determinó que, mientras la herencia yacente no se liquidase y en tanto los derechos como las cargas no adquiriesen la nueva titularidad con motivo de la adjudicación de la herencia, las obligaciones contractuales del pago de las cuotas del préstamo hipotecario formaban parte de la herencia yacente y, por tanto, habrían de seguir devengándose con cargo a la cuenta domiciliada, no apreciándose mala práctica bancaria por parte de la entidad reclamada.

En el expediente R-201700658, la parte reclamante mostraba su disconformidad con el cargo en la cuenta del titular fallecido de recibos correspondientes a un plan de pensiones y a un seguro de vida contratados en su día por el causante, estimando este DCMR que la actuación de la entidad en este punto era contraria a las buenas prácticas y usos financieros pues, conocido el fallecimiento del titular de la cuenta por haberle sido entregado certificado de defunción del mismo, el hecho de que esta continuara adeudando en la cuenta los recibos correspondientes durante tres años después del óbito —resultando obvio que los contratos de ambos productos, desde el fallecimiento del causante, carecían de causa por su propia naturaleza—, no tenía justificación.

Disposición de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular

Numerosas son también las reclamaciones que se presentan ante el DCMR en las que se cuestionan disposiciones realizadas en la cuenta con posterioridad al fallecimiento del causante, bien por cotitulares, bien por autorizados por el titular en vida para operar con las cuentas. Para el análisis de los casos que tienen que ver con las discrepancias de esta naturaleza se toma en consideración si la cuenta afectada por la disposición es de titularidad única o de titularidad plural, así como, en este último caso, si el régimen de disposición pactado para la cuenta es indistinto o también llamado solidario o, por el contrario, es conjunto o también llamado mancomunado.

Cuentas con un único titular

En las cuentas de titularidad única, ante el fallecimiento del titular, las entidades deben requerir, para la realización de nuevas operaciones con cargo a la cuenta, la autorización de aquellos a los que ahora pertenecen los fondos —sus herederos—, salvo que, como se

48 El artículo 104 de la Ley Hipotecaria dispone que: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.»

49 El artículo 105 de la misma Ley establece que: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.»

ha indicado anteriormente, estando la herencia indivisa, se tratara de disposiciones singulares con las características y requisitos ya indicados (gastos de sepelio, operaciones ordenadas en vida por el causante —con las matizaciones que hemos expuesto—).

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 que hubiera sido 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 extingue por la muerte del mandante⁵⁰.

Así, en los casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas por haber sido efectuadas por un autorizado, 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 que son ajenas tanto la entidad de crédito como el DCMR.

Cuentas con varios titulares

En el caso de una cuenta de titularidad plural, como se ha avanzado, debe atenderse al régimen de disposición pactado en el contrato de cuenta, distinguiendo entre cotitularidad indistinta o solidaria y conjunta o mancomunada, así como a las concretas disposiciones que contenga el contrato de cuenta —si es que existieran— respecto del fallecimiento de uno de los titulares.

Régimen de disposición indistinto o solidario

Cuando nos encontramos ante una cuenta indistinta o solidaria, es criterio reiterado del DCMR considerar que cualquiera de los titulares de la cuenta puede disponer de ella como si fuese el único titular, estando, pues, 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 titulares⁵¹.

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. Sin embargo, 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,

⁵⁰ Véase el artículo 1732 del Código Civil.

⁵¹ Véase la *Memoria de Reclamaciones, 2013*, pp. 261 y 262.

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.

El criterio del DCMR se sustenta en la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal Supremo al respecto, de las que destacan la sentencia de 27 de febrero de 1984 —objeto de numerosos estudios doctrinales—, así como las de 11 de julio y 19 de octubre de 1988, y la de 7 de julio de 1992. Del contenido de dichas resoluciones se derivan los fundamentos en los que se basa el criterio del DCMR:

- a) El régimen de solidaridad de la cuenta no decae ante la muerte de uno de los cotitulares: «(...) Para resolver ese pretendido problema —muerte de uno de los titulares indistintos— no hay ninguna previsión de este tipo, porque no hay tal problema en realidad, ya que la solución está en la normativa del derecho sucesorio, concretamente en el artículo 661 del Código Civil, pues es inadmisibles sostener que la solidaridad activa desaparece con la muerte de uno de los acreedores; ningún precepto legal lo establece ni se deduce de la reglamentación legal de la solidaridad.(...)» [STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1992].

En el mismo sentido resuelven la STS (Sala de Civil) de 27 de febrero de 1984 y la STS (Sala de lo Penal) de 11 de julio de 1988.

- b) No cabe hacer presunciones sobre la propiedad de los fondos por parte de la entidad: «(...) El mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá facultades dispositivas frente al banco depositario del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (...)» [SSTS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 31 de octubre y 7 de junio de 1996, 29 de mayo de 2000, 14 de marzo y 12 de noviembre de 2003 y 15 de febrero de 2013].
- c) Las entidades no pueden proceder al bloqueo total de la cuenta: «(...) Así las cosas, es evidente que la “Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián” debió atender el requerimiento de reintegro que le formularon los herederos de don Ignacio B. A., cumpliendo naturalmente las disposiciones fiscales pertinentes (...)» [STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1992].
- d) Las discrepancias que puedan surgir respecto a la propiedad de los fondos deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales competentes: «(...) el ingreso de la cantidad en cuestión en la libreta tan mencionada con el aspecto expreso de solidaridad indudablemente determina, cumplidos los aspectos convenidos para su devolución, e impone a la entidad bancaria que la aceptó con ese carácter su devolución al impositor que lo solicite (...), sin perjuicio, claro está (...) tanto de las posibles acciones que pudieran asistir a los herederos (...), cuando a los que correspondan y consiguientes facultades que asistan a la Administración (...)» [STS (Sala de lo Civil) de 27 de febrero de

1984]. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS (Sala de lo Civil) de 24 de marzo de 1971, 19 de octubre de 1988 y 19 de diciembre de 1995.

No obstante, cabe matizar que dicha argumentación se sostiene, como se ha dicho anteriormente, 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 hayan revocado de forma expresa aquella ante la circunstancia sobrevenida del fallecimiento.

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.

Cancelación de la cuenta

Tras el fallecimiento del titular de una cuenta a la vista, la resolución del contrato puede efectuarse tanto a instancias de la entidad como de los demás 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, mientras que, 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 en lo relativo a la cancelación de la cuenta para el caso de fallecimiento del titular o de uno de los titulares.

Comisión de mantenimiento de la cuenta, desde el fallecimiento hasta la cancelación

Cuestión recurrente viene siendo la discrepancia mostrada por los herederos en relación con el cobro de comisiones de mantenimiento de la cuenta desde que se produce el fallecimiento del titular hasta que se lleva a cabo la cancelación de la cuenta, como

así quedó reflejado en los expedientes R-201610166, R-201739842 y R-201804584, entre otros. En este sentido, el DCMR ha señalado que la comisión de mantenimiento suele retribuir el servicio prestado a los titulares del depósito consistente en el mantenimiento de los registros (informáticos o de cualquier otra naturaleza) que la entidad debe habilitar para el funcionamiento del depósito, el servicio de caja básico asociado (ingresos en efectivo, 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 la emisión de las informaciones y de documentos (de movimientos y/o liquidaciones) que obligatoriamente deban facilitar a sus clientes mientras la cuenta no sea cancelada.

De ello se deriva, con carácter general, que las entidades se encontrarían legitimadas para cobrar a su cliente el importe de la comisión de mantenimiento mientras la cuenta permanezca vigente —aunque esta presente saldo cero— y, por tanto, no haya sido cancelada, con independencia del fallecimiento de su titular; ello, claro está, dentro de los límites establecidos en el contrato formalizado por las partes y cumpliendo lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela para su cobro y, en su caso, de modificación de las condiciones contractuales (art. 22 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago).

*Baja de la cuenta de cotitular
fallecido*

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 tramitación de la testamentaría de aquel, justificándose la liquidación o exención del impuesto correspondiente, así como que dicha actuación esté refrendada por todos sus herederos.

Así, en el expediente R-201804997, el DCMR concluyó que la exigencia de la entidad reclamada de llevar a cabo la resolución del expediente de testamentaría del cotitular fallecido, con carácter previo a atender la solicitud de baja de titularidad, no resultaba contraria a lo establecido por la normativa de transparencia ni contravenía las buenas prácticas bancarias.

Bloqueo de la cuenta

Como ya se ha expuesto, 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 la solidaridad activa de la cuenta no se extingue con la muerte de uno de los titulares.

Ahora bien, en este punto abordamos el supuesto de que el bloqueo de la cuenta se produzca a raíz de que existieran discrepancias internas entre el/ los titular/es sobreviviente/s y los herederos del titular fallecido. De ser así, el DCMR ha señalado que, en caso de que se cuestione la propiedad de los fondos depositados en la cuenta en orden a disponer de ellos, o de que dichas discrepancias 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.

Así, el DCMR ha señalado que, salvo que existiera previsión contractual al respecto, una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias exige que, desde el momento en el que la entidad de crédito recibe comunicación de uno de los titulares o de los herederos del titular fallecido —que debe ser acreditada— solicitando el bloqueo de la cuenta indis-

tinta, por existir discrepancias en relación con la propiedad de los fondos depositados en ella, u órdenes contradictorias, no cumplimente 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, se ha considerado 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 a los 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 el expediente R-201738126, la reclamante estimaba que, a raíz del fallecimiento de su padre, cotitular indistinto de la cuenta, la entidad debería de haber bloqueado esta, una vez le fue entregado el certificado de defunción; sin embargo, en aplicación del criterio expuesto, el DCMR consideró que la entidad no había quebrantado la normativa de transparencia ni las buenas prácticas bancarias por no llevar a cabo el bloqueo automático de la cuenta, en la medida que hubiera supuesto privar al otro cotitular indistinto supérstite de su derecho a disponer de los fondos, máxime cuando no existía en el expediente la más mínima evidencia de que, a esa fecha, se estuviera llevando a cabo la tramitación de la testamentaría de su causante, ni tampoco que los interesados hubieran solicitado a la entidad la adopción de alguna medida cautelar, invocando la existencia de conflicto de intereses entre cotitulares y/o herederos.

b. 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 las obligaciones contraídos por el causante y, por lo que ahora interesa, los términos y las 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.

Respecto de estos contratos, varias son las cuestiones que se han planteado ante este DCMR, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Disposición del depósito a plazo —con posterioridad al fallecimiento— por un cotitular indistinto: en estos casos el DCMR ha venido manifestando que habrá de estarse a lo dispuesto en el contrato de depósito a plazo en relación con los requisitos para su cancelación —necesidad, o no, de consentimiento de ambos titulares—.

Con carácter general, si no se establecen limitaciones a la cancelación —o previsión expresa para el caso de fallecimiento de un cotitular—, y tratándose de un depósito a plazo con régimen de disposición indistinto, dado que por su propia naturaleza la disposición de los fondos implica, *de facto*, la cancelación del depósito —a diferencia de los depósitos a la vista—, cabría entender que un cotitular indistinto, por sí solo, y a falta de otra previsión contractual, pudiera disponer del depósito y, por ende, cancelarlo.

- Cancelación anticipada por parte de la entidad de un depósito a plazo con motivo del fallecimiento del causante: un caso particular del presente ejercicio ha sido el expediente R-201613844, en el que la parte reclamante denunciaba que la entidad había cancelado un depósito a plazo contra la voluntad de los herederos. Por su parte, la entidad alegaba que dicho contrato fue cancelado con motivo del fallecimiento del causante, no siendo posible cambiar su titularidad. Así planteados los hechos, este DCMR manifestó que, a salvo de lo que al respecto pudieran establecer los órganos judiciales competentes, no podía compartir la actuación de la entidad reclamada de cancelar anticipadamente el depósito por el solo hecho de fallecimiento del titular o, en su caso, de uno de los cotitulares, salvo que así lo hubieran solicitado de manera clara e inequívoca los herederos quienes, por el contrario, manifestaron de forma expresa su voluntad de que dicho depósito no fuera cancelado, considerando por tanto la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas bancarias.

c. Préstamos hipotecarios
y otras deudas

En ocasiones se plantean reclamaciones ante este DCMR en relación con las incidencias que se derivan del fallecimiento de quien fuera deudor en un préstamo hipotecario. En estos casos, debe indicarse, en primer lugar, que la deuda pasa a formar parte de la herencia yacente, la cual se constituye como comunidad de bienes hasta que se acuerde la partición y adjudicación de los bienes y deudas de la herencia, previa a su aceptación por los herederos, claro está, subsistiendo la deuda en los términos en que estuviera pactada hasta que se produzca su total amortización.

A colación de lo anterior, no se debe dejar atrás que según reza el artículo 661 del Código Civil «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones», de lo que se deriva que se da una circunstancia subrogativa que opera *ope legis*, por imperio de la ley, con independencia de la voluntad del prestamista y de los prestatarios, de forma que la entidad debe incorporar a todos los herederos en la titularidad del préstamo hipotecario, salvo negociación y acuerdo explícito con la entidad para que uno o varios herederos se adjudiquen la deuda.

Así, en las reclamaciones que se han planteado en las que uno de los herederos alegaba que era el único titular del préstamo hipotecario fruto del acuerdo establecido entre los herederos en el cuaderno particional, este DCMR ha resuelto que, no habiendo intervenido la entidad en ese acuerdo —asunción del préstamo por uno sólo de los herederos—, encontraba la cuestión fuera del ámbito de aplicación del artículo 1257 del Código Civil, según el cual: «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley», de forma que, según nuestro derecho común, los herederos 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 su responsabilidad solidaria frente a la entidad.

Consecuencia de lo anterior es que dicho pacto privado únicamente vincula a los herederos, sin que quepa producir los efectos de una subrogación *ope legis* y por ende no resulta oponible a la entidad, en tanto esta no preste su consentimiento de forma expresa.

Por otro lado, cuando se produce la subrogación de uno o varios herederos por fallecimiento del deudor hipotecario 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, no siendo aplicable este criterio, en coherencia con lo expuesto en los párrafos precedentes, en los supuestos en que, habiendo varios herederos, no todos ellos adquieren la deuda debido a que la entidad acepta que solo una parte de los herederos y no la totalidad se subroguen en la deuda.

3.3.4 DERECHOS DE LOS LEGATARIOS Y USUFRUCTUARIOS

Hasta aquí se han abordado algunas de las incidencias que pueden afectar a los herederos con motivo de la tramitación de la testamentaria; sin embargo, los herederos no son la única figura jurídica presente en el derecho de sucesiones, resultando que los llamados a la herencia pueden serlo a título de legatarios, legitimarios de legítima estricta, usufructuarios, etc.

a. Legatarios

Comenzando con la figura del legatario, cabe señalar que 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 general, este DCMR viene estimando que para que la entidad permita la disposición de los saldos al legatario debe exigirle 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.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, puede citarse el expediente R-201723245, en el que la reclamante había sido designada por el causante en su testamento como legataria, resultando que acudió a la oficina con intención de obtener información relativa a los productos de los que el causante era titular en la entidad. En este caso, este DCMR resolvió que, en aplicación del criterio citado, eran los herederos quienes debían solicitar la información a la entidad y, a su vez, eran estos los que debían dar cumplimiento al legado establecido por el causante y, en su caso, dar a la legataria la información requerida, resultando que el deber de información a la parte legataria incumbía a los herederos.

b. Legatarios de legítima o legitimarios

Por otro lado, al igual que en el ejercicio anterior, durante el año 2017 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 de 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 que se plantean el DCMR analiza cada caso atendiendo a las circunstancias concretas, resolviendo en función de ellas y poniendo el énfasis en analizar si las entidades actúan de manera arbitraria o carente de justificación, o si, por el contrario, los motivos por ellas invocados encuentran 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.

Información

Durante el ejercicio también se han presentado reclamaciones en las que se planteaba qué información se ha de facilitar a los legatarios de legítima. En este sentido, comenzamos por señalar 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. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la existencia del régimen de legítimas supone que el testador no puede disponer de la cuota reservada a los legitimarios. De lo anterior 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, 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.

En el expediente R-201701930 —en ese mismo sentido nos pronunciamos en el expediente R-20171359—, la parte reclamante denunciaba la negativa de la entidad a atender su petición de entrega de documentación sobre los movimientos de las cuentas de la causante. Por su parte, la entidad reclamada manifestaba que la parte reclamante no era

heredera sino legataria de una legítima estricta, por lo que entendía que debía reclamar su legado y cualquier información a los herederos de la causante.

El DCMR, conforme a la normativa y a las designaciones testamentarias, estimó, salvo superior criterio al respecto de los tribunales de justicia, que la reclamante ostentaba la cualidad de legitimaria de su causante, habiéndole legado en el testamento la legítima estricta, sin que en ninguna otra cláusula o mención del testamento se le otorgase la condición de heredera.

No existiendo, pues, acreditación de la condición de heredero de la parte reclamante, sino de legataria de legítima estricta, el DCMR entendió que no cabía censurar la actuación de la entidad, pues si bien es cierto el innegable interés de los legitimarios en 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, pudiera efectuarse por el legitimario, designado a título de legatario, directamente a los herederos y, en su caso, a través de la autoridad judicial, que valorará la procedencia o no de una solicitud de esta naturaleza.

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.

Disposición de 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 doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notario (DGRN)⁵² 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 su intangibilidad.

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 disposición 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 les 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.

c. Usufructuario

Otra figura relevante que se presenta en el ámbito de la testamentaria, y que ha sido objeto de reclamaciones ante este DCMR, en cuanto a sus derechos sobre la herencia, es la del usufructuario.

Respecto del análisis del derecho de usufructo consecuencia de la sucesión hereditaria, con carácter general, se han de referir los artículos 839 y siguientes del Código Civil, en virtud de los cuales los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte del usufructo,

⁵² Resoluciones de la DGRN de 13 de junio de 2013 y de 13 de febrero de 2015.

asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial, quedando afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge mientras esto no se realice, siendo dicho acuerdo competencia única y exclusiva de los herederos.

Ahora bien, debemos señalar la importancia que tienen los concretos términos en los que se establezca el derecho de usufructo, tanto si se recoge como disposición testamentaria como si se efectúa en un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, debiendo estarse, igualmente, a lo que resulte de la aceptación, partición y adjudicación de herencia, a saber: i) usufructo universal y vitalicio, sobre la totalidad de la herencia; ii) usufructo sobre bienes concretos; iii) usufructo en el que se releva, o no, la obligación de hacer inventario y constituir fianza; iv) usufructo viudal (1/3 de los bienes de la herencia), etc.

Es decir, no cabe establecer, *a priori*, una pauta común de actuación, sino que este DCMR analiza cada caso en función de las especialidades expuestas y dentro de los límites competenciales del DCMR.

Usufructo de dinero o cuasi usufructo

Así por ejemplo, se ha planteado en este ejercicio ante este DCMR reclamación por la que el nudo propietario denunciaba que la entidad había permitido la disposición de los fondos por parte del usufructuario (R-201727539).

En este caso concreto, analizada la documentación obrante en el expediente se observó que, en el testamento, la causante había legado a su esposo el usufructo universal vitalicio de toda la herencia. Posteriormente, ese derecho hereditario quedó concretado en el documento de aceptación, partición y adjudicación de herencia, siendo adjudicatario el cónyuge viudo del usufructo de la mitad del metálico depositado en varias cuentas. Sin embargo, el nudo propietario de dichas cuentas exponía que el usufructuario solo tenía derecho a los beneficios —de la cuenta— no a la disposición del bien en sí mismo. Así los hechos, la cuestión jurídica a analizar se circunscribía a la facultad de disposición del usufructuario sobre los fondos de las cuentas corrientes.

Las cuestiones relativas al derecho de usufructo y más concretamente al usufructo de dinero, también llamado cuasiusufructo, resultan complejas de afrontar. Con carácter general, el Tribunal Supremo parte de la admisión de este tipo de usufructo —el cuasi usufructo—, como significa su sentencia de 3 de marzo del 2000 al decir que «la Jurisprudencia⁵³ y la doctrina de la Dirección General de los Registros⁵⁴ vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición».

Por su parte, el derecho positivo a través del artículo 482 del Código Civil dice que: «si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituir las en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

53 Sentencias, entre otras, de 22 de marzo de 1890, 19 de noviembre de 1898, 10 de julio de 1903, 14 de abril de 1905, 1 de octubre de 1919, 5 de marzo de 1926, 1 de febrero de 1927, 8 de junio de 1948, 28 de mayo de 1954, 24 de febrero de 1959, 19 de enero y 17 de mayo de 1962, 9 de diciembre de 1970, 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1991.

54 Resoluciones, entre otras, de 23 de julio 1905, 29 de noviembre 1911, 12 de enero 1917, 22 de febrero 1933, 9 de marzo 1942 y 8 de febrero 1950.

En el ámbito más concreto de la materialización del usufructo del dinero, la jurisprudencia menor, esto es, las sentencias de Audiencias Provinciales, han declarado la facultad de disposición de los fondos de las cuentas corrientes por parte del usufructuario y los derechos de los nudos propietarios. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de junio de 2012⁵⁵ establece que el usufructo de dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el artículo 482 del Código Civil, siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo la de pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio, y concluye que los herederos como nudos propietarios ostentan al aceptar la herencia, un derecho de crédito sobre el usufructuario para la restitución del dinero a la extinción del derecho de usufructo, mientras que considera que, entre las facultades del usufructuario, se encuentra la de la disposición del dinero como tal, al ser inherente a este usufructo.

En definitiva, al amparo del análisis normativo y jurisprudencial expuesto, este DCMR concluyó en el citado expediente que el usufructuario del dinero tenía la facultad de disposición, ostentando los nudos propietarios un derecho de crédito frente al usufructuario, de forma que, cuando tuviera lugar la extinción del usufructo, su valor, que correspondía a los nudos propietarios y dispuesto por el usufructuario, podría ser reclamado por aquellos a los herederos del usufructuario.

Cautela socini

Otro caso particular que se ha presentado en este ejercicio es el expediente R-201732265, en el que una cónyuge viuda reclamaba a la entidad la disposición de los fondos de la cuenta de su difunto esposo, resultando que la entidad le exigía la previa aportación del escrito que le habilitase a tal disposición firmado por el heredero con el acuerdo sobre reparto de bienes.

La reclamante mostraba su disconformidad con tal exigencia alegando la existencia de disposición testamentaria que le permitía la toma de posesión directa de todos los bienes en usufructo, sin necesidad de contar con la aprobación del heredero para la toma de posesión.

Una vez analizado el testamento del causante, este DCMR advirtió que nos encontrábamos ante una disposición testamentaria conocida doctrinalmente como «cautela socini» en virtud de la cual el testador lega al cónyuge viudo el usufructo universal y vitalicio de todo el patrimonio hereditario, con relevación de la obligación de hacer inventario y prestar fianza, imponiendo a los herederos forzosos que no lo aceptaran la limitación de recibir solo lo que por legítima estricta les corresponda.

Esta previsión testamentaria, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010, es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor porción de la herencia que la que le correspondería por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. En definitiva, supone que el testador atribuye a los legitimarios un valor superior a su legítima pero enteramente gravado, con la carga de soportar el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes. Sentado lo anterior, cabe señalar que la cautela socini:

55 En el mismo sentido se han manifestado las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de febrero de 2002, de Valencia de 10 de noviembre de 2005, de Burgos de 24 de septiembre de 2007, de Palma de Mallorca de 31 de marzo de 2009 y de Granada de 24 de octubre de 2011.

- No supone la eliminación del trámite de aceptación de la herencia según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de junio de 2013⁵⁶.
- La propia naturaleza de la disposición reconoce el derecho de oposición de los herederos resultando que impone a los herederos que no aceptaran la herencia la limitación a recibir solo lo que por legítima estricta les corresponda. Así lo expone la sentencia citada en el anterior párrafo⁵⁷, entre otras. Dicho en otras palabras, los herederos pueden no aceptar el gravamen que supone el usufructo.

Por lo expuesto, este DCMR entendió que la negativa de la entidad a permitir el acceso de los fondos sin la previa aceptación del heredero resultaba acorde con el deber de diligencia exigible para proteger los derechos del heredero, que pudiera verse perjudicado por disposiciones indebidas del caudal hereditario.

3.4 Servicios de pago

Los servicios de pago que se prestan 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 ya mencionada LSP, en vigor desde 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.

Cuentas de pago básicas,
traslado de cuentas de pago
y comparabilidad de comisiones

Dentro de las novedades regulatorias acaecidas en el año 2017 en este ámbito de los servicios de pago, hemos de hacer especial mención del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabili-

56 La STS de 10 junio de 2013 dice: «Con carácter general, si bien es cierto que no cabe desconocer el peculiar proceso adquisitivo que en el ámbito sucesorio dispensa nuestro Código Civil al legado de cosa específica y determinada del testador (artículo 882 del Código Civil), no obstante, procede señalar que dicha peculiaridad no altera o afecta a los presupuestos que, precisamente en la dinámica del proceso sucesorio, permiten operar el citado efecto adquisitivo, esto es, al *ius delationis*, que informa y posibilita el derecho a adquirir la herencia, y a la aceptación de la herencia, como presupuesto lógico o conceptual de la propia adquisición hereditaria. Desde esta perspectiva rectora, particularmente de la razón de equivalencia entre la unidad orgánica del fenómeno sucesorio y el *ius delationis*, que esta Sala ha resaltado recientemente, SSTS de 20 de julio de 2012 [núm. 516/2012 (RJ 2012, 9001)] y 30 de octubre de 2012 (núm. 624/2012), la adquisición del legatario legítimo viene previamente delimitada por el fundamento testamentario que informa la vocación o llamamiento a la herencia. En el presente caso, dicho fundamento ha realizado, de forma válida, las alternativas atributivas que pudieran derivarse de la aceptación de la herencia conforme a la aplicación de la cautela socini establecida; condicionándose, de este modo, el ulterior proceso adquisitivo que resulte del juego de la opción elegida por el legatario, en donde el acrecimiento a favor de los legitimarios conformes no supone una vulneración del régimen adquisitivo de los legados, sino una consecuencia directa de la ordenación dispositiva querida por el testador.»

57 «En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta [STS de 6 de mayo de 2013, núm. 280/2013 (RJ 2013, 8072)] no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (artículo 813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legatario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese, que en el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículos 1056 y 1075 del Código Civil).»

dad de comisiones, en vigor desde el día siguiente a su publicación, que es el resultado de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/92/UE sobre comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

El ámbito de aplicación del Real Decreto-ley se extiende a todos aquellos clientes o potenciales clientes personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, estableciendo el derecho de estos consumidores al acceso a cuentas de pago básicas, que se definen como aquellas cuentas denominadas en euros y abiertas en entidades de crédito, que permiten prestar al menos los servicios de apertura, utilización y cierre de la cuenta, así como el de depósito de fondos, la retirada de dinero en efectivo y las siguientes operaciones de pago en la Unión Europea: adeudos domiciliados, pagos mediante tarjeta de débito o prepago y las transferencias.

Esta norma establece la obligación, dirigida a todas las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago, de brindar este tipo de cuentas a los potenciales clientes indicados que residan legalmente en la Unión Europea, sin que pueda supeditarse su acceso a la adquisición de otros servicios y quedando restringida su denegación a tres motivos tasados: que el cliente ya sea titular en España de una cuenta de esta tipología, que la apertura de la cuenta sea contraria a los intereses de la seguridad nacional o de orden público, o que el cliente no aporte la información requerida por la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

El Real Decreto-ley establece que por orden ministerial se desarrollarán las disposiciones en él contenidas y se fijarán las comisiones máximas que se podrán cobrar por la prestación de los servicios que como mínimo deben estar ligados a una cuenta de pago básica, pudiendo determinarse que no conlleve cargo alguno para determinados clientes, así como diferentes regímenes de comisiones en función de la especial situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera de los potenciales clientes.

Los proveedores de servicios de pago también deberán facilitar el traslado eficaz y ágil de las cuentas de pago, colaborando activamente e intercambiando toda la información que resulte necesaria, entre sí y con el propio cliente.

Por otra parte, con motivo de la publicación de la citada norma, el Banco de España ha puesto a disposición del público, en su sitio web, www.bde.es, un listado de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, incorporando así la terminología normalizada recogida en el Reglamento delegado de la Comisión Europea, publicado el 11 de enero de 2018, la cual deberá ser utilizada por las entidades en su información contractual, comercial y publicitaria con los clientes.

Dicho listado se compone de los siguientes servicios: i) mantenimiento de la cuenta; ii) emisión y mantenimiento de una tarjeta de débito; iii) emisión y mantenimiento de una tarjeta de crédito; iv) descubierto expreso; v) descubierto tácito; vi) transferencia; vii) orden permanente; viii) retirada de efectivo a débito mediante tarjeta en cajeros automáticos; ix) retirada de efectivo a crédito mediante tarjeta en cajeros automáticos; x) servicio de alertas (SMS, email o similar); xi) negociación y compensación de cheques, y xii) devolución de cheques.

Otra novedad introducida por la norma con el fin de facilitar la comparabilidad entre cuentas, es la próxima puesta a disposición por parte del Banco de España de un sitio web de

acceso gratuito que permitirá comparar las comisiones aplicadas por las diferentes entidades por los servicios más representativos. Además se prevé la posibilidad de que otros operadores establezcan sitios webs de comparación, previa comunicación a este organismo supervisor.

3.4.1 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 (SEPA⁵⁸, 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 repercute.
- 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.

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.

⁵⁸ 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>.

Sin embargo, si el acreedor y el 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-BE, 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 este DCMR se compensan y liquidan a través del sistema de TARGET2-BE, toda vez que se trata de un sistema de liquidación bruta (sin compensación previa) y en tiempo real, destinado a procesar grandes pagos. No obstante, TARGET2-BE 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-BE.

En las tarjetas de crédito, sin embargo, los flujos son compensados por los propios esquemas de tarjetas y liquidados en TARGET2-BE.

Los servicios de pago más usuales, a los que vamos a hacer referencia en esta Memoria, son el pago mediante tarjeta 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.

3.4.2 ASPECTOS COMUNES

a. Condiciones contractuales

Conforme a lo previsto en la disposición transitoria tercera de la LSP, todos los contratos que las entidades tengan suscritos con su clientela para la regulación de las condiciones en las que ha de tener lugar la prestación de los servicios de pago deben estar adaptados a lo previsto en dicha norma 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...).

Transparencia, integridad

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:

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 adoptados, las entidades deberían tratar de llegar a una solución 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 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 oportunos, posibilitándoles su comprobación y verificación, si bien, en estos casos, y dado que ha de suponerse que a lo largo de la relación contractual la entidad ha estado cumpliendo 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— los proveedores de servicios de pago deben 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 proporcionar:

- i) información general al usuario con carácter previo a la celebración del contrato marco — artículo 11 —;
- ii) a solicitud del ordenante, información con carácter previo a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco, en el caso de haber sido iniciada por aquel — artículo 14 —,
- iii) información al ordenante y al beneficiario tras la ejecución de la operación — 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 Orden EHA 2899/2011 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 OSP establece que el usuario de servicios de pago tendrá derecho a recibir, en cualquier momento de la relación contractual, copia de las condiciones pactadas en el contrato marco.

c. Modificación de las condiciones del contrato marco

Tras la entrada en vigor de la LSP, según dispone su artículo 22, 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 y de manera clara y legible, con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación.

Su aplicación será 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

Nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el epígrafe «Cancelación de la cuenta» del apartado 3.2.3.c «Depósitos a la vista. Vida. Operativa y funcionamiento de la cuenta».

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.

f. Uso no autorizado

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 que:

- 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.
- Se fija un plazo máximo general para comunicar a la entidad que se ha producido una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, estableciéndose el plazo en trece meses desde la fecha de adeudo o abono.
- El límite de responsabilidad se aplicará, entre 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 o el ordenante de una transferencia— 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 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 (art. 29 de la LSP).

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 provee-

dor 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 (art. 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.

Si el uso no autorizado fuese consecuencia de la pérdida o extravío del instrumento de pago, el ordenante soportará hasta un máximo de 150 euros de las pérdidas derivadas de dicha utilización, salvo que esta se debiese a la actuación fraudulenta o negligente del ordenante, aspecto que tratamos con mayor detalle en el apartado «Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído», dentro del epígrafe 3.4.3.e. «Pagos con tarjeta no autorizados».

3.4.3 TARJETAS

a. Gastos y comisiones

Emisión, renovación y mantenimiento

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 3.4.2 («Aspectos comunes»), punto e («Comisiones y gastos»).

Entre los servicios retribuíbles 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, así como el haber informado a su cliente de los gastos y comisiones que se derivarían por la emisión, la renovación y el 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 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 incluida en el apartado c) del epígrafe 3.2.3.

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.

Por otra parte, y a efectos de comprobar la acomodación de esta comisión a la normativa, es preciso determinar —si lo hubiere— cuál es el servicio prestado por la entidad que justifique dicha comisión, lo que podría resultar especialmente dudoso en aquellos casos en los que la entidad financiera prevea, además de esta comisión, el cobro por reclamación de posiciones deudoras.

Los contratos de tarjeta de crédito 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.

En las tarjetas de débito, con carácter general y salvo cualquier otra disposición en el contrato, su límite natural es el saldo de la cuenta asociada y, en las 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 (arts. 22 de la LSP y 11.1, 12.6 y 17 de la OSP), la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y la 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 LCCC⁵⁹, en tanto la tarjeta va a servir como forma de disposición de un crédito.

El cambio en las circunstancias que determinaron la fijación del límite 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).

En los contratos de tarjeta debe establecerse un límite de utilización que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en los casos de uso fraudulento de la tarjeta, en el que este límite opera como un límite de garantía.

No obstante, no podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, circunstancialmente, 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 superar 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, que debería efectuarse en los términos y con los requisitos que exige la normativa de transparencia y protección de la clientela, señalados anteriormente.

59 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.

Una vez aclarado lo anterior, y respecto a la comisión que nos ocupa, 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 instituye la libertad de las entidades para pactar las comisiones que estimen oportunas. Las únicas limitaciones que, en principio, se establecen son que se correspondan con servicios solicitados por sus clientes y que sean efectivamente prestados. Además, aquellas 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.

Comisión por cancelación anticipada

La propia LSP reconoce en su artículo 21 la posibilidad de que en los contratos de duración indefinida las partes puedan pactar el derecho de una y otra a resolver el contrato en cualquier momento, debiendo la entidad avisar en dicho caso de tal intención a su cliente con una antelación mínima de dos meses. Véase a este respecto el epígrafe 3.4.2.d, sobre «Resolución del contrato».

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 lo expuesto también sobre el derecho a reembolso anticipado en el epígrafe 3.1.2 de esta Memoria, sobre préstamos con garantía personal. 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 desde la fecha del reembolso anticipado hasta la terminación acordada en el contrato. 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 dispone 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.

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» [art. 28.b)].

Sobre el particular, la LSP ha dispuesto [en su art. 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.

Envío por medios que no aseguran su recepción

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 accedido 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 (art. 85.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU).

Incremento unilateral de tipos de interés

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge en el artículo 22 de la LSP, nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado 3.4.2.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 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 a 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.

Bloqueo unilateral de tarjeta

En relación con el bloqueo del instrumento de pago (en este caso, la tarjeta), la LSP señala en su 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 justificadas 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 después⁶⁰.

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 realizar 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. Formas de pago de la deuda de la tarjeta

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 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.

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 tipología especial de tarjeta de crédito, cuya principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicial-

⁶⁰ Véase el artículo 27, número 3, de la LCCC, relativo a la resolución del derecho del consumidor a disponer de cantidades de un contrato de crédito de duración indefinida.

mente 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 características de este tipo de tarjeta son:

- La posibilidad de activar un crédito *revolving*. Frecuentemente ofrecen la posibilidad de operar alternativamente con la modalidad de pago diferido a fin de mes.
- El modo de pago asociado al crédito *revolving*: 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 reconstrucción del capital que se debe devolver en el crédito *revolving*: 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.

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 los préstamos, que se corresponde con el habitualmente más elevado riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

No existiendo a la fecha límite legal o jurisprudencial a los tipos de interés remuneratorios pactados por las partes en los contratos de tarjetas *revolving*, se ha de señalar, como se ha hecho en numerosos informes durante el 2017, que el DCMR carece de competencia para entrar a valorar y declarar el posible carácter usurario del tipo de interés fijado en dichos documentos contractuales a la luz de las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales, pues tal pronunciamiento les corresponde en exclusividad a estos.

En esta modalidad de tarjeta, su titular puede disponer de 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 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,

en Internet, o reintegros de cajero) implica que, ante elevados tipos de interés de la cuota de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realizará 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 ejemplo, 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.

El 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 facilitarle 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 añadido de 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 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 sobre el límite de crédito»).

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:

https://app.bde.es/asb_www/vencimiento.html#/principalVencimiento

Trasposos 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 mismas 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, 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 a la operación, 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 conocen y comprenden los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, puedan prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

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 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, de lo que 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 de afiliación del establecimiento a los sistemas de tarjetas suscrito por las partes, que constituye ley *inter partes* de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil. Por tanto, este DCMR entiende que, una vez que las entidades han cumplido las obligaciones que tienen como intermediarias en la operación, 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.

Por otra parte, cabe apuntar que las Directrices definitivas sobre la seguridad de los pagos en Internet —publicadas por la ABE en fecha 19 de diciembre de 2014 y dirigidas a las entidades financieras— establecen unos requisitos mínimos en el área de la seguridad de los pagos por Internet, entre los que se dispone que las soluciones ofrecidas por los comercios electrónicos de los proveedores de pago permitirán realizar la autenticación fuerte del titular de las operaciones de pago con tarjeta a través de Internet.

A este respecto, en el expediente R-201704070, un establecimiento comercial usuario de un TPV discutía los adeudos asentados en su cuenta por retrocesiones de operaciones facturadas por su negocio que habían sido denunciadas por los titulares de tarjeta como

fraudulentas. Si bien no emitimos un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad respecto de los adeudos discutidos al estimar que no contravenían lo pactado en el contrato de afiliación al TPV, sí mereció nuestra opinión desfavorable el hecho de que las partes hubiesen acordado en un anexo al contrato que el TPV virtual del cliente operara de forma no segura, sin que la entidad acreditara al respecto haber ofrecido al reclamante la contratación de soluciones de pago seguro, conforme disponen las citadas directrices.

«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, acercando simplemente la tarjeta al aparato y, en caso de que se trate de operaciones por importe superior a 20 euros, introduciendo además 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 las 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 en el ámbito de la política comercial y de funcionamiento operativo de la entidad en la que el DCMR no debe inmiscuirse.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el continuo proceso de innovación tecnológica característico de este siglo XXI no permanece ajeno al entorno financiero, de manera que es habitual que, en el ámbito de su operativa bancaria, las entidades incorporen novedades funcionales en los instrumentos de pago que comercializan con el objeto de incrementar la velocidad y la seguridad de las operaciones de pago.

En este supuesto específico, no consideraríamos ineludiblemente exigible que las entidades deban estipular en los contratos de tarjeta o en sus posteriores modificaciones, de una forma minuciosa y detallada, los aspectos concretos de progreso de que podrán ser dotados en este sentido —a lo largo de la relación contractual— los instrumentos de pago que emiten.

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 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—, debe introducir un código de identificación personal (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.

e. Pagos con tarjeta no autorizados

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, en el apartado 3.4.2.f, «Uso no autorizado».

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 (art. 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 establecimientos comerciales. En el primero de los casos, la entidad deberá acreditar mediante sus propios registros internos —o los de la entidad propietaria del cajero en que se llevó a cabo la operación, previa solicitud a esta de la correspondiente documentación justificativa— 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 aporte evidencia documental justificativa de la operación, especialmente de la referida a su autenticación, esto es, de la autorización otorgada a la operación por parte del titular conforme al modo pactado por las partes: autenticación mediante tecleo de PIN o mediante boleta firmada.
- Que contacte con el comercio para comprobar la versión de los hechos defendida por su cliente —que asevera que no autorizó la operación en cuestión— frente a la afirmación del propio comercio beneficiario del pago, recabando para ello cuantos elementos de prueba obren en poder de este. Y, ello, tanto en el supuesto de operaciones efectuadas presencialmente como a distancia, debiendo desplegar la entidad una especial diligencia en la averiguación de los hechos cuando esta resulte gravosa para el cliente, como ocurriría en el caso de operaciones realizadas en el extranjero.
- 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, no corresponde al DCMR efectuar dicha apreciación, 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 los 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.

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, tanto la autenticación por parte del titular (no olvidemos que en operaciones a distancia no se puede realizar una identificación presencial del portador de la tarjeta) como la autorización de la operación, copia de los registros internos que, a su vez, les facilitan las redes o las entidades globales. 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 recordar las ya citadas directrices de la ABE sobre la seguridad de los pagos por Internet, que fueron adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España en su sesión de 24.3.2015⁶¹. 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. Así, recomiendan con carácter general —salvo en ciertas excepciones⁶²— 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, un código o un 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.

61 Pueden consultarse en <https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Guias/Guias.html>.

62 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.

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 registradas.

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.

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, 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 en los que se han realizado operaciones de pago no autorizadas a través de Internet, tales como compras.

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.

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 (art. 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.

f. 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 al no estar sometidas aquellas a la supervisión del Banco de España, como es el caso de los programas de puntos de determinadas compañías aéreas, gasolineras, etc.

g. Dinero electrónico

La regulación de esta materia está contenida en la Ley de Dinero Electrónico (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. El desarrollo de la ley se produjo mediante el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

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 instrumentos de pago basados en una tarjeta (*card-based instruments*), que, con carácter general, y salvo las especialidades que cada sistema está desarrollando, adopta la forma de tarjeta prepago recargable. El dinero almacenado en esta se suele utilizar para compras al contado 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.

3.4.4 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 en euros que se inicien o se reciban dentro del ámbito de los 34 países del área SEPA.

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 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 estos objetivos, se prevé como obligatoria y como presupuesto indispensable la interoperabilidad de todos los sistemas de pagos minoristas de la UE, a través de unos requisitos técnicos comunes. Entre otras cuestiones, en el reglamento se prevé que las transferencias y los 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 del 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 de dicha conversión. 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 de la Asociación Española de Banca (AEB): 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).

Rechazo de una orden de pago

En caso de que el proveedor de servicios de pago rechace la ejecución de una orden de pago, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la LSP, deberá notificar al usuario de servicios de pago tanto dicha negativa como, en la medida de lo posible, los motivos de esta, a fin de que se puedan rectificar, en su caso, los errores de hecho que lo hayan originado.

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, y para el caso concreto de los recibos domiciliados: 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). Otras causas podrían ser el fallecimiento del deudor o la simple orden de este de no pagar el recibo.

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, han comenzado a usar el adeudo domiciliado SEPA de manera puntual. Hemos de precisar que no existe impedi-

mento 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 y 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, evitando de esta forma el cursar a la entidad B orden de transferencia, en orden a eludir los mayores costes que, en ocasiones, esta le puede comportar.

A este respecto, en el expediente R-201706553, la reclamante mostraba su malestar con la falta de disponibilidad de dos cantidades recibidas en su cuenta hasta transcurridos unos días desde la fecha de abono. Dichos fondos provenían de otra cuenta de la que aquella también era titular y con cargo a la cual había emitido sendas órdenes de transferencia mediante adeudo domiciliado.

Tras analizar el contrato de cuenta, este DCMR observó que una de sus cláusulas fijaba, para las aportaciones de fondos procedentes de adeudos domiciliados, un plazo de indisponibilidad contrario al principio de inmediata disponibilidad establecido en el artículo 43.1 de la LSP, que señala que el proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del primero. Por este motivo, concluimos que en dicho expediente la actuación de la entidad reclamada fue contraria a las buenas prácticas bancarias.

Con motivo del pronunciamiento emitido en esa ocasión, recordamos que la utilización de adeudos domiciliados en sustitución de las desaparecidas aportaciones de fondos no exime a las entidades de ajustar su actuación a lo dispuesto por la normativa de servicios de pago, por lo cual no se podría haber considerado acorde con esta el plazo de indisponibilidad previsto en el contrato suscrito por la entidad con su cliente.

Y en el expediente R-201700730, el reclamante discrepaba de la devolución de una orden de transferencia de fondos iniciada por la entidad beneficiaria, que fue rechazada por la entidad a la que se dirigía. Esta esgrimía que dicha devolución había tenido su origen en una cláusula contractual que establecía que la concreta modalidad de cuenta personal contratada no admitía la domiciliación de cargo o abono alguno. Negando el reclamante que dicha información le hubiese sido proporcionada al momento de contratar la cuenta en cuestión, sin que la entidad acreditase haber facilitado a su cliente información previa a la celebración del contrato, en la cual se indicara tal limitación en la operativa de la cuenta mencionada, consideramos que el proceder de la entidad podría ser constitutivo de un quebrantamiento normativo.

3.4.5 TRANSFERENCIAS

Las transferencias son operaciones de pago nacionales o transfronterizas, iniciadas por el ordenante, que da instrucciones a su proveedor de servicios de pago a fin de que, de conformidad con aquellas, 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 interban-

caria, de forma residual, a través de TARGET2-BE 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 Operaciones⁶³, 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 su operativa de sistemas y servicios, establecida de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica⁶⁴, 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, apunta 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.

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.

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-201700504 resultó devuelta una transferencia internacional en divisa ordenada por el reclamante. La entidad beneficiaria extranjera le informó de que la devolución se debió a la ausencia de algún dato en la orden de transferencia, que no habría sido proporcionado por la entidad ordenante nacional.

Esta alegó que había remitido toda la información necesaria para la correcta ejecución de la transferencia, por lo que desconocía por qué el banco de destino la había rechazado. Este DCMR observó que en la operación intervino un corresponsal de la reclamada que al rellenar el mensaje SWIFT de la transferencia pudo haber omitido algún dato, lo que habría supuesto su devolución. Por este motivo, se emitió una opinión contraria a la actuación de la entidad al no acreditar que ante la reclamación de su cliente hubiera comprobado que el SWIFT emitido por su corresponsal había sido cumplimentado sin incidencia, como tampoco que hubiese solicitado explicaciones sobre el asunto a dicho corresponsal y/o realizado gestiones en defensa de los intereses de su cliente al objeto de conocer el motivo de devolución de la transferencia.

63 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.

64 Publicado en el *BOE* de 11 de enero de 2013.

a. Identificador único

Según dispone el artículo 2 de la LSP, el identificador único consiste en una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago, a su cuenta de pago en una operación de pago o a ambos, y que vendría dado por el número de cuenta facilitado para la ejecución de la orden de pago.

En este sentido, la normativa de servicios de pago tampoco establece el deber de las entidades de comprobar que el nombre del beneficiario se corresponde con el del titular del número de cuenta de destino de la transferencia ni otros datos adicionales, más allá de la coincidencia del IBAN beneficiario con el indicado en la orden de pago.

Así, 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.

Cabe mencionar que la transferencia constituye un mandato de pago irrevocable y, por lo tanto, las cantidades abonadas en cuenta al beneficiario no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento de este o la preceptiva orden o mandato legal o judicial, no estando, por tanto, facultadas las entidades para realizar una retrocesión de transferencia sin el consentimiento del titular beneficiario.

No obstante, se exige que la entidad realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo repercutir por dichas gestiones, los gastos de recuperación que, en su caso, hubieran pactado las partes en el contrato marco (art. 44 de la LSP).

b. Irrevocabilidad de las transferencias

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.

c. Gastos de la operación

Con carácter general, en toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión en divisas, el beneficiario correrá con los gastos cobrados por su proveedor de

servicios de pago y el ordenante asumirá los cargados 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 estén en España y que 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 intermediarios 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, al igual que el principio de igualdad de importes transferidos e importes recibidos reflejado en el artículo 38 de la LSP.

Según esto, y en aras de la transparencia, es criterio reiterado de este DCMR considerar que, si por razones operativas fuera necesaria la participación 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 cuando la entidad ordenante no pueda precisar o especificar con exactitud a cuánto ascenderán tales gastos.

d. Comisiones

En este epígrafe, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 3.4.2.e, «Comisiones y gastos».

e. 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 un día más 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. Este tipo de transferencias se pueden tramitar a través de TARGET2-BE y también a través de SEPA.

f. Pagos inmediatos

En la era de la digitalización de la economía surge la necesidad de dotar de una mayor celeridad al procesamiento de los pagos, que tenga como resultado la inmediata disponibilidad de los fondos transferidos, como alternativa al dinero en efectivo.

Según la definición desarrollada por el Consejo de Pagos Minoristas en Euros, los pagos inmediatos son «las soluciones de pagos minoristas electrónicos disponibles 24/7/365 que conllevan el intercambio interbancario de la orden de pago y el abono de los fondos al beneficiario de manera inmediata o casi inmediata, facilitando al ordenante la confirmación de la operación en cuestión de segundos».

Como consecuencia, el dinero transferido se encuentra disponible en escasos segundos en la cuenta del beneficiario.

Bajo esta premisa, el 21 de noviembre de 2017 el Consejo Europeo de Pagos puso a disposición de los proveedores de servicios de pagos de la zona SEPA el nuevo esquema SEPA *Instant Credit Transfer* (SCT Inst).

La implementación de este cuarto esquema es opcional para los proveedores y permite efectuar, a cualquier hora del día, los 365 días del año, transferencias inmediatas en euros, tanto a nivel nacional como entre países de la zona SEPA, cuyos fondos están disponibles en la cuenta del beneficiario en un tiempo inferior a diez segundos, con el único límite cuantitativo de 15.000 euros por operación.

Desde febrero de 2018 se han adherido a este esquema numerosas entidades bancarias españolas, que ya ofrecen a sus clientes este servicio de transferencias instantáneas.

Como indicábamos, los proveedores de servicios de pagos no están obligados a ofrecer pagos inmediatos a sus clientes, si bien en el ánimo de facilitar que un mayor número de proveedores ofrezcan dicha prestación, el BCE está desarrollando el servicio de liquidación de pagos instantáneos TARGET (TIPS, por sus siglas en inglés, TARGET *Instant Payment Settlement*), que hace posible que los proveedores de servicios de pago liquiden los pagos de forma inmediata y segura en menos de diez segundos.

En este mismo entorno, ha visto la luz «Bizum», proyecto conjunto de solución de pagos de la banca española, que nace como una iniciativa de innovación digital caracterizada por la inmediatez de los pagos efectuados a través de su plataforma.

Se trata de un servicio que permite a sus usuarios realizar transferencias instantáneas entre particulares a través del teléfono móvil, con el único requisito de haber indicado previamente a su respectivo banco un número de móvil, al que se encontrará vinculada una cuenta bancaria de su titularidad. Deja de ser necesario, por tanto, proporcionar en la operación datos identificativos de la cuenta bancaria —como el número de cuenta (IBAN)— del otro usuario.

Bizum admite la posibilidad de enviar o pedir fondos en tiempo real por parte del usuario que inicia el pago, solicitando el sistema en ambos casos autorización a la persona en cuya cuenta se cargará el importe de la transferencia.

Resultan aplicables a las transferencias realizadas por Bizum las disposiciones de la mencionada LSP, así como también la Orden EHA/1609/2010, dado que no dejan de ser mandatos de pago irrevocables, por lo que una vez dada la orden, y en aras de la seguridad del tráfico mercantil, no cabe su retrocesión sin el consentimiento del destinatario de los fondos.

En este sentido, en el expediente R-201734577, la reclamante señalaba haber dado autorización al pago por Bizum a favor de una tercera persona que le vendería un teléfono móvil, con la que contactó a través de una página web de compraventa de objetos de segunda mano. Sin embargo, dicha transacción comercial habría resultado fraudulenta, lo cual la interesada puso en conocimiento de la policía y de su entidad.

Si bien en el informe este DCMR explicó que corresponde a los tribunales de justicia determinar las consecuencias jurídicas de la actuación presuntamente fraudulenta del anunciante, emitió una opinión contraria a la actuación de la entidad por cuanto esta, ante la denuncia de su cliente, no acreditó haber realizado —conforme demanda la buena praxis— esfuerzos razonables para recuperar los fondos de la operación de pago poniéndose en contacto al efecto con la entidad beneficiaria del pago.

g. 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 el apartado 3.4.2.f, «Uso no autorizado».

Prueba de la autenticación y ejecución
de las operaciones de pago

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular dentro del apartado 3.4.3.e, «Pagos con tarjeta no autorizados».

Responsabilidad del proveedor de
servicios de pago por operaciones
de pago no autorizadas

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, en el apartado 3.4.2.f, «Uso no autorizado».

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 *online*, 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 los apartados 3.4.2.f «Uso no autorizado» y 3.4.3.e, «Pagos con tarjeta no autorizados».

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 reembolsarles 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.

Por el contrario, cuando, de una u otra forma, 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 AEB en su Circular número 1625, de fecha 17 de mayo de 2010, 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.»

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 a estos efectos el dato consignado en el campo «concepto» de la transferencia.

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 la cuenta del beneficiario no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento de este o la preceptiva orden o mandato legal. En caso de que el error en la ejecución de la transferencia sea atribuible a la entidad emisora de la operación, y el beneficiario de esta, tras la oportuna comunicación y retrocesión de la transferencia, muestre 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 de fuera de la zona SEPA, 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—, recogándose 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, este DCMR ha venido señalando 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 al buen funcionamiento del servicio prestado, exigiéndose que, en aras de la transparencia, dichos cambios sean debidamente informados a los clientes.

En el expediente R-201739069 se realizó una transferencia por duplicado que, según reconocía la entidad ordenante reclamada, se habría debido a un error de la oficina. En consecuencia, se inició el procedimiento interbancario de retrocesión de transferencia duplicada remitiendo el fichero de solicitud previsto en las Instrucciones SNCE/CE/13/002 y 13/003 a la entidad beneficiaria de la operación defectuosamente ejecutada.

Sin embargo, por medio de las claves introducidas por la entidad, en dicho documento se venía a decir que la retrocesión se instaba a petición del cliente emisor por motivos técnicos, en lugar de indicar que la peticionaria era en realidad la entidad ordenante con ocasión de la duplicidad por esta cometida, supuesto este último en que la entidad beneficiaria —al recibir el fichero— podría haber devuelto la operación sin que fuese preceptivo recabar el consentimiento del beneficiario. Dicha circunstancia, en conjunción con el supuesto de responsabilidad que establece el artículo 45 de la LSP para la entidad ordenante, nos llevó a emitir un pronunciamiento contrario a la actuación de esta.

3.4.6 ADEUDOS DOMICILIADOS

a. Consideraciones generales

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.

La LSP estableció un marco de actuación más transparente para el emisor y el 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.

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, este 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.

c. La orden de domiciliación o mandato

Por su secuencia, podemos decir que hay adeudos domiciliados puntuales y recurrentes.

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 su 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, por lo general, el acreedor. La entidad del acreedor o beneficiario 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 suscrito por firma autógrafa o por firma electrónica avanzada y es válido hasta que se produce una retirada del consentimiento, o su caducidad.

Desde 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. Así, el recibo no domiciliado no tiene cabida en SEPA, si bien pueden realizarse órdenes puntuales de este tipo de adeudos.

La única excepción contemplada por la LSP a la existencia de una orden de domiciliación tal y como la acabamos de definir, es la existencia de una orden tácita anterior a la entrada en vigor de la propia LSP, que tuvo lugar 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 de la fecha mencionada 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 a cada cargo en cuenta.

Los adeudos domiciliados corresponderán, bien a cobros puntuales —debiendo tener cada cobro puntual o único un mandato y un código de mandato diferente—, bien a cobros recurrentes.

En el expediente R-201725873, el reclamante denunciaba que a pesar de tener saldo suficiente en su cuenta, llegado el día de cargo de un adeudo domiciliado, la entidad procedió a su devolución.

Estimamos que el proceder de la entidad reclamada fue contrario a las buenas prácticas por cuanto, a pesar de la documentación existente relativa a la domiciliación del pago controvertido, aquella no justificó la exigencia adicional a su cliente de una especial autorización al cargo en cuenta de dicha operación, lo que en última instancia supuso la devolución del adeudo domiciliado.

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, siendo necesaria una autorización por cada adeudo. Estas formalidades tienen su expli-

cación en que, en este esquema, el deudor renuncia al derecho a ser reembolsado por su entidad financiera una vez cargado en cuenta el 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 hábiles.

e. El adeudo domiciliado básico SEPA

El adeudo domiciliado o 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 emiten 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 consignarse 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 pueda gestionar el cobro del adeudo domiciliado por el procedimiento normal, nos encontraremos ante lo que en el *rulebook* 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 se 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.

g. 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 ello en función de si el cargo en cuenta estaba o no previamente autorizado.

- Si el adeudo 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 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 a la 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 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 número 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 para con su cliente, 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 de error o de 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 DCMR, de recibos emitidos por la Seguridad Social o por la Agencia Tributaria, la devolución por el mencionado motivo 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 el cliente pretendía 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.

h. 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 a una orden de pago en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el artículo 37 de dicha norma. Su retirada implicará que toda operación de pago futura que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada. El punto 3 del citado artículo 37 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.

3.4.7 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.

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 en esta sede.

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 cuadro 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 que no incluya la mención «salvo recuento» o «salvo buen fin», y 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.

d. Billetes y monedas

Billetes falsos

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.

Se plantean en ocasiones discrepancias de los clientes y los 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, las entidades de crédito tienen la obligación de retirar de la circulación los billetes con apariencia de falsificados. 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, retirando de la circulación 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 que servirá como justificante del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades de crédito⁶⁵. 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 2169/2005 del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, por el que se modifica el Reglamento 974/98. En este sentido, el artículo citado *in fine* establece expresamente 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 exigen un servicio de caja diario, intensivo en consumo de recursos humanos y medios técnicos, y los clientes que no precisan de 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 dedicación singular en relación con los servicios de caja.

Normalmente, estos servicios específicos se concretan en atender, aceptar, recomtar, 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

⁶⁵ 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.

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 2169/2005, de 21 de diciembre, 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 monedas⁶⁶, las entidades las admitirían en condiciones distintas de 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

⁶⁶ 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.

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 hecho de 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.

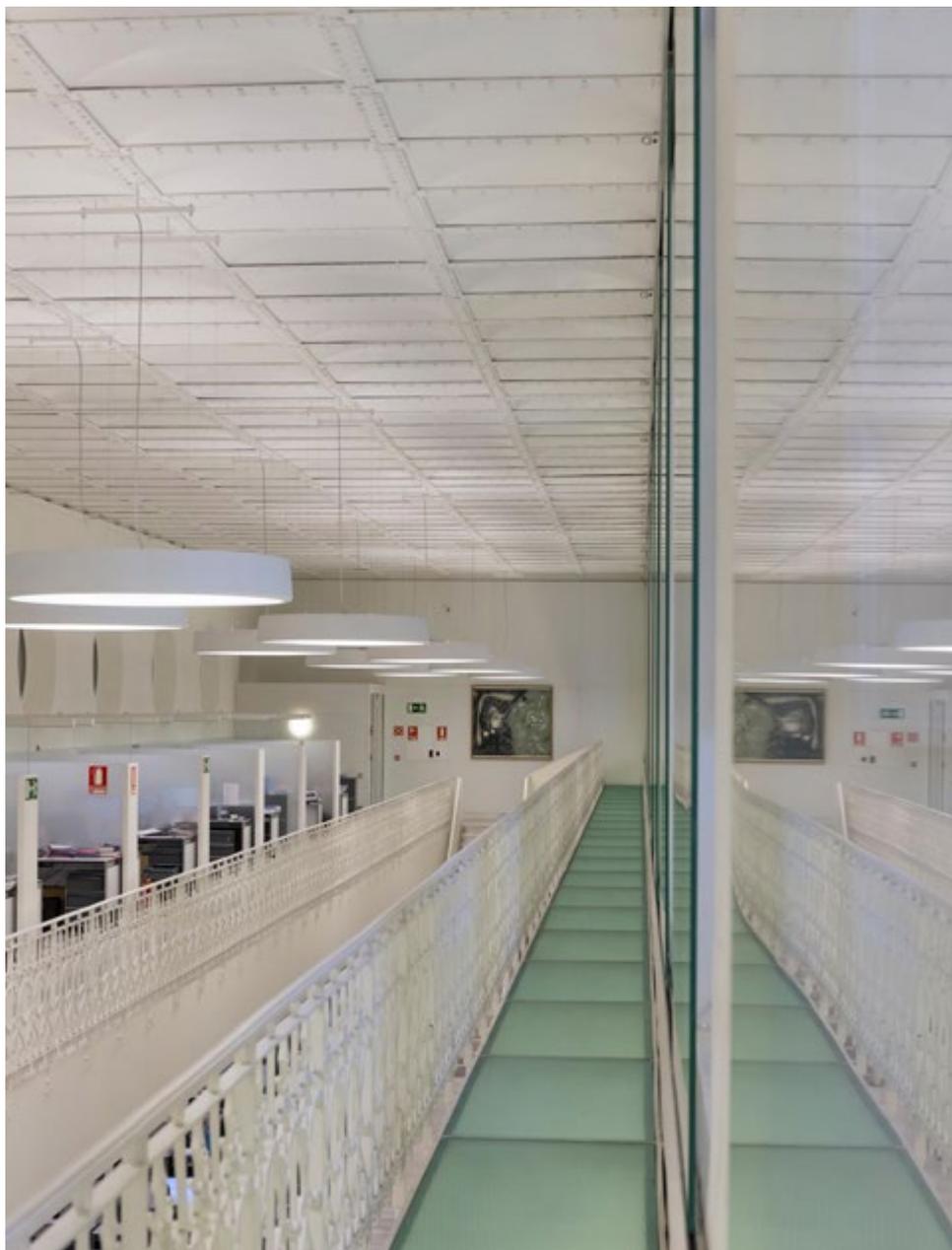
e. Comisión por ingresos en efectivo

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, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por efectuar dicho ingreso de efectivo, salvo que el ordenante pretenda un servicio añadido al del simple ingreso en la cuenta de un tercero, en cuyo caso la entidad podría cobrarle una comisión comunicándole previamente su existencia e importe. Por otra parte, entendemos que no puede considerarse una prestación 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 ese supuesto de hecho no puede ser conceptualizado 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 red de la entidad, pues, en ninguno de los dos casos, existe propiamente un movimiento efectivo de fondos y las operaciones informáticas que ha de efectuar la entidad son básicamente las mismas.



Vista lateral de la antigua sala del Archivo Histórico.

- 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 aplicables, 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 depositaría 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 prestado por aquella.

El servicio de caja es la causa del contrato de cuenta corriente bancaria, además de ser privativo y exclusivo de ella. Así, el contenido que define este contrato 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, que ha sido sustituida en gran medida por las tarjetas.

Sin embargo, la forma en que este servicio 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 la política comercial de la entidad establecer los servicios que ofrece, 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 el pago de recibos no domiciliados, por lo que adoptar para su admisión en ventanilla un horario más o menos amplio, o restringirlo, 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—, sin perjuicio del derecho de los clientes a disponer en todo momento de su saldo en cuentas a la vista.

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 aplicable⁶⁷, 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 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 sus 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,

67 A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las Administraciones Tributarias.

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 de la entrada en vigor de tales restricciones con la antelación exigible (dos meses, de conformidad con 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 refleja 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 afecten 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 citado artículo 42, 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 que es una limitación intrínseca a esa modalidad de ingreso, que se establece expresamente en el contrato.

- g. 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 por 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 determina 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.

3.5 Deudores hipotecarios sin recursos

3.5.1 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 régimen de alquiler.

Conviene recordar, de entrada, que en nuestro país la contratación está regida por el principio de libertad, consagrado en el Código Civil⁶⁸. Por ello, la concesión de un préstamo por una entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan en la política de riesgos y en el ámbito discrecional de las entidades, con carácter general.

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

⁶⁸ Conforme al artículo 1091 del Código Civil: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley y deben cumplirse a tenor de los mismos». Asimismo, el artículo 1166 dispone que: «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» y el artículo 1911, que: «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

desamparo, dado que 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, sensible a esta realidad, 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. Así, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Estas normas consagran una serie de medidas que se han dado en llamar «de préstamo responsable»⁶⁹, imponiendo 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 este apartado, 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 asumidos para la adquisición de su vivienda habitual. Estas medidas de protección deben conjugar el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, tal como consagra la Constitución en su artículo 47, con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los acreedores hipotecarios.

Igualmente debemos destacar los trabajos llevados a cabo por parte de la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) —institución dedicada, entre otras cuestio-

69 La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, 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».

nes, a la innovación financiera y a la protección de los consumidores a través de los subcomités en los que este DCMR participa—, que se han traducido en la publicación, el 1 de junio de 2015, de una directriz y de una opinión sobre esta cuestión⁷⁰.

Así, la directriz publicada⁷¹ sobre «Demoras y ejecución hipotecaria» 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;
- 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 sobre «Buenas prácticas para la evaluación de la solvencia crediticia de la hipoteca y demoras y ejecución hipotecaria, incluidas las dificultades esperadas en el pago de la hipoteca»⁷² 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.

a. Evolución normativa

La normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos inicia su andadura 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)⁷³, que contiene en el Anexo el Código de Buenas Prácticas⁷⁴ para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Este RDL 6/2012 sigue vigente, si bien se han aprobado modificaciones que refuerzan progresivamente las medidas adoptadas mejorando el contenido del Código y extendiendo

70 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>.

71 Esta directriz —*Guidelines on arrears and foreclosure*— surge 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.

72 La opinión publicada —*Opinion of the European Banking Authority on good practices for mortgage creditworthiness assessments and arrears and foreclosure, including expected mortgage payment difficulties*— 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.

73 En adelante, nos referiremos a él como RDL 6/2012.

74 En adelante, nos referiremos a él como «Código de Buenas Prácticas», «Código» o «CBP».

su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. Estas modificaciones, que serán objeto de análisis posteriormente, han sido incorporadas mediante las siguientes disposiciones:

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE del 15)⁷⁵.
- 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)⁷⁶, 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).
- Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, 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 social⁷⁷.

Esta normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos, de carácter tuitivo, se ha configurado como un código de voluntaria adscripción para las entidades acreedoras, que renuncian, para los específicos deudores y préstamos contemplados en la normativa, y no para otros, a ciertos derechos que frente al deudor en general les confiere el ordenamiento. Así, 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.

b. Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas

La adhesión de las entidades al Código se ha producido, para el caso de la versión original y la resultante de las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, mediante comunicación de las entidades a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Para las siguientes versiones del Código, es decir, aquellas que resultan de las modificaciones introducidas por el RDL 1/2015 y el RDL 5/2017, la propia norma —disposición adicional quinta, en el primer caso, y disposición adicional primera, en el segundo— indica que las entidades se considerarán adheridas a la última versión que en cada momento resulte vigente salvo que, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la correspondiente versión, la entidad que así lo estime comunique 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.

Mediante Resolución de 5 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 18 de septiembre) se ha publicado 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, resultando que 90 entidades están adheridas al Código en la redacción dada por el RDL 5/2017 y 3 han solicitado permanecer en el ámbito de aplicación de las versiones anteriores que correspondan —2 en la versión del RDL 1/2015 y tan solo una en la versión dada por la Ley 1/2013—.

75 En adelante, referida como Ley 1/2013.

76 En adelante, referido como RDL 1/2015.

77 En adelante, referido como RDL 5/2017.

Las adhesiones de las entidades serán por dos años prorrogables 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.

Así las cosas, y dada la coexistencia de distintas versiones del Código, el primer factor que cabe considerar a la hora de evaluar la actuación de una entidad, cuando esta recibe una solicitud de aplicación de las medidas en él contenidas, será la determinación de si la entidad en cuestión se encuentra adherida al mismo y la fecha de su adhesión, lo cual determinará cuál de las versiones le resulta aplicable.

c. Medidas del Código de Buenas Prácticas

Dicho esto, tres son las medidas que el CBP contempla: reestructuración de la deuda hipotecaria, quita y dación en pago de la vivienda habitual. Su aplicación será obligatoria para las entidades conforme a la versión del CBP a que hayan mostrado su adhesión, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el solicitante se encuentre incluido en el umbral de exclusión, en los términos definidos por la norma.
- Que el precio de adquisición de la vivienda habitual que constituye la garantía del préstamo o crédito hipotecario se encuentre dentro de los límites establecidos en el artículo 5.2 del RDL 6/2012.

Cumplidas estas condiciones, la entidad no podrá reconducir la solicitud de su cliente a una cuestión de política comercial y deberá aplicar las medidas contempladas en el CBP en los términos establecidos en el RDL 6/2012.

Tres son las fases de actuación que contempla el Código, las cuales, es importante advertir, son necesariamente consecutivas, de forma que se ha de observar el orden indicado y, solo en el caso de que alguna no resulte viable, procede el estudio de la siguiente:

- La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria. Esta medida no es 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 la anterior, el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de la deuda. Esta es la única medida potestativa para la entidad.
- 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 de la vivienda habitual 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 en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación. Esta medida 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.

Además de estas medidas que contempla el CBP, el RDL 6/2012 recoge otras ventajas aplicables a los deudores sin recursos, a saber, la limitación de los intereses moratorios, el alquiler social y una serie de ventajas fiscales y notariales.

Por otro lado, hemos de referirnos a que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, que introdujo el artículo 15 en el RDL 6/2012 —dedicado al régimen sancionador—, la apreciación de incumplimiento por parte de las entidades de su deber de publicidad e información de la existencia del Código (art. 5.9 del RDL 6/2012) así como de su deber de aplicar las medidas en él previstas a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión (art. 5.4 del RDL 6/2012) y el deber de las entidades adheridas de remisión al Banco de España de la información que les requiera la Comisión de Control sobre el CBP (art. 6.5 del RDL 6/2012), merecen la consideración de que su conducta podría suponer quebrantamiento de la normativa de disciplina. Sobre esta cuestión incidiremos posteriormente al abordar el estudio de la «sanción por el incumplimiento».

Igualmente aludiremos a la importante labor interpretativa llevada a cabo por la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP, particularmente a través de las contestaciones a las consultas interpretativas de la normativa de deudores hipotecarios sin recursos y que se recogen en el Compendio de Consultas sobre la aplicación del CBP, que puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnextoid=d43ad0d172ff7310VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=c09388b407e08310VgnVCM1000001d04140aRCRD>.

3.5.2 REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

a. Ámbito subjetivo

Como ya hemos adelantado anteriormente, la aplicación de las medidas que el CBP recoge proceden cuando el cliente se encuentra en el umbral de exclusión y la vivienda que sirve de garantía cumple con los límites objetivos, ambos ámbitos —subjetivo y objetivo— definidos por el RDL 6/2012.

Conviene precisar aquí que la exposición sobre el CBP que, para su difusión, se va a efectuar en la presente Memoria se centra en la última versión del RDL 6/2012, fruto de las modificaciones introducidas en la versión originaria a través de la Ley 1/2013, el RDL 1/2015 y el RDL 5/2017.

Ahora bien, en la resolución de expedientes de reclamación en los que la solicitud de aplicación de las medidas del Código se hubiere presentado antes de la entrada en vigor del RDL 5/2017⁷⁸ o bien la entidad prestamista se encontrara adherida a versiones anteriores del CBP, este DCMR procede al análisis del supuesto planteado conforme a la versión del CBP que corresponda, bien sea porque es la que está en vigor en el momento de la solicitud o porque es la última a la que está adherida la entidad.

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».

El RDL 6/2012 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,

⁷⁸ En vigor desde el 19 de marzo de 2017.

cuando concurren todas las circunstancias que se indican en los números 1 y 2 del artículo 3, las cuales han de ser acreditadas mediante la presentación de los documentos que se relacionan en el número 3 de dicho artículo⁷⁹. Por su relevancia, transcribimos los apartados 1 y 2 del artículo 3 del RDL 6/2012:

«1 Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren 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 Múltiples⁸⁰ anual de catorce pagas. 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 anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad

79 «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:

- 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.»

80 La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, dispone: Disposición adicional centésima séptima. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) tendrá las siguientes cuantías durante la vigencia de esta ley:

- a) EL IPREM diario, 17,93 euros.
- b) El IPREM mensual, 537,84 euros.
- c) El IPREM anual, 6.454,03 euros.
- d) En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.519,59 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.454,03 euros.

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 concesión 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 hijos a cargo.
 - 3 La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.
 - 4 La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para realizar una actividad laboral.
 5. 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, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
 - 6 La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género.
 - 7 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.
- 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 de la letra 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.»

Del texto transcrito resulta que los requisitos que enumera el RDL 6/2012 para considerar al deudor incluido en el umbral de exclusión son más restrictivos para el caso de quita o dación que para el caso de reestructuración de la deuda. Así, en el caso de reestructuración de la deuda es necesario que se reúnan los requisitos del apartado 1 del artículo 3 —en el que se tienen en cuenta los ingresos de la unidad familiar, que esta haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad y que la cuota hipotecaria en relación a los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar resulte superior a un determinado porcentaje, todo ello en los términos especificados en la norma antes expuesta—. Sin embargo, en el caso de la quita y la dación en pago de la vivienda habitual, además de los requisitos anteriores, es necesario que se reúnan los requisitos del apartado 2 —sobre carencia de bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda, que la financiación hipotecaria recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor/es y concedida para su adquisición y que no existan otras garantías, reales o personales o, en caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda—.

Este doble régimen de requisitos tiene como finalidad favorecer las medidas de reestructuración, posibilitando el pago de la deuda hipotecaria. Así, las medidas complementarias —la quita— y sustitutivas —dación en pago de la vivienda habitual— serán de aplicación en casos más restringidos, cuando el deudor cumpla unos requisitos más estrictos (en

comparación a los exigidos para que proceda la reestructuración) que permitan considerarlo incluido en el umbral de exclusión y, a mayor abundamiento, cuando el plan de reestructuración resulte inviable.

Por otro lado se ha de destacar la voluntad del legislador de favorecer aquellas situaciones en que hayan sobrevenido circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Desde la versión del RDL 6/2012 dada por la Ley 1/2013, el legislador ha ido progresivamente aumentando los supuestos merecedores de protección especial en el ámbito que nos ocupa.

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 en los siguientes términos: «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».

Adicionalmente, el Código es aplicable al deudor hipotecario mayor de 60 años⁸¹, aun en el caso de no reunir los requisitos para ser considerado como unidad familiar.

La delimitación del concepto de unidad familiar ha originado numerosas preguntas a las que la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP ha dado respuesta⁸². Así:

- En el caso de que los cónyuges no estuvieran separados legalmente, existiendo pues una separación meramente de hecho, debe considerarse que el cónyuge no conviviente sigue formando parte de la unidad familiar.
- En el caso de que en la unidad familiar convivan padres, hijo/s y también nietos de manera continuada en el tiempo, el concepto de unidad familiar no alcanzaría a los nietos a no ser que existiera formalmente una relación de acogimiento familiar.
- En el caso de convivencia de los ascendientes (padres) del deudor, estos no serán considerados integrantes de la unidad familiar. Para el concepto de unidad familiar no se tienen en cuenta los ascendientes, sino el cónyuge o los descendientes del deudor.
- En el caso de que en la vivienda estén empadronadas personas que no son titulares ni codeudores, sus ingresos solo serían tenidos en cuenta si forman parte de la unidad familiar.
- Respecto a los documentos que acreditan el número de personas que habitan la vivienda se ha de estar al contenido de la letra b) del artículo 3.3 del RDL 6/2012.

En relación con estas cuestiones se han planteado numerosas reclamaciones ante este DCMR. Por ejemplo, en el expediente R-201718967, la entidad rechazó la aplicación de

⁸¹ Tras la reforma operada por el RDL 1/2015.

⁸² Consultas 5 y 6 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

las medidas del Código al considerar los ingresos de un tercero que, pese a figurar empadronado en la vivienda hipotecada, no formaba parte de la unidad familiar. Sin considerar esos ingresos sí se cumplían los requisitos para que la unidad familiar estuviera en el umbral de exclusión. La falta de formulación de un plan de reestructuración mereció un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad.

Los ingresos de la unidad familiar

Una de las condiciones que definen el umbral de exclusión se refiere a que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas. Sobre esta cuestión, la Comisión de Control sobre la aplicación del Código de Buenas Prácticas⁸³, señala que debe estarse a la literalidad de la norma que se refiere expresamente a los cuatro años anteriores a la solicitud.

En algunas ocasiones, para determinar los ingresos de la unidad familiar, las entidades han tenido en cuenta los datos que constan en las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas de los miembros de la unidad familiar, las cuales, en el momento de solicitar las medidas del Código, se refieren al ejercicio fiscal precedente y los tres anteriores. Sin embargo, este DCMR ha indicado que no solo las declaraciones de este impuesto muestran los ingresos de la unidad familiar, por lo que la entidad habrá de tener en cuenta los ingresos que existan al momento de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP, bien sea mediante la presentación de nóminas u otras, y de los cuatro años anteriores.

En el expediente R-201738156, la entidad denegó la reestructuración de la deuda indicando que no había habido una alteración significativa de las circunstancias de la unidad familiar. Sin embargo se comprobó que aquella había tomado en consideración las declaraciones de la renta de los ejercicios 2012 a 2015 y no los ingresos al momento de la solicitud de reestructuración de la deuda, de fecha 13 de julio de 2017, y los cuatro años anteriores a esa fecha. Por ello se consideró que la entidad había incurrido en una mala práctica bancaria.

Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores

El artículo 2⁸⁴ del RDL 6/2012, en su párrafo segundo, 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».

Por otro lado, el artículo 3 bis de dicho RDL 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 la reclamación R-201712586, los reclamantes eran fiadores de un préstamo hipotecario e hipotecantes de su vivienda habitual, siendo la parte prestataria una mercantil declarada en concurso de acreedores. La entidad inició un procedimiento ejecutivo contra los fiadores sin haberles informado previamente sobre la existencia y contenido del CBP, que me-

⁸³ Consulta 16 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

⁸⁴ A partir de la redacción dada por la Ley 1/2013.

reció un pronunciamiento contrario a su actuación al no haber acreditado el cumplimiento de su obligación de publicidad del Código.

b. **Ámbito objetivo**

Las medidas que el CBP contempla se dirigen a la protección del deudor hipotecario respecto a aquellos contratos de préstamo o crédito que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 6/2012⁸⁵, tal como se establece en su artículo 2.

Asimismo, el inmueble hipotecado ha de tener la condición de vivienda habitual de la unidad familiar del deudor hipotecario, todo ello porque el legislador ha considerado que es la vivienda habitual de las personas un bien de la importancia suficiente como para dotarla de un régimen de protección especial, el cual no puede exigirse de forma extensiva con respecto a supuestos distintos de los contemplados en la norma (p.ej. segunda residencia del deudor, local de negocio u otras).

El RDL 6/2012 establece unos parámetros de sujeción al CBP, señalando que procede la aplicación de este cuando el precio de adquisición de la vivienda no exceda de determinados valores, cuyo cálculo explica la propia norma.

Además establece un doble régimen en cuanto a los requisitos exigibles para acceder a unas y otras medidas, más amplio para la reestructuración y la quita, y más restrictivo o exigente para la dación.

Dicho esto, la redacción dada por el artículo 5.2⁸⁶ del RDL 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 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 inmueble 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.»

De conformidad con esta redacción, para la graduación de los límites de exclusión se ha de tener en cuenta el precio y la fecha de adquisición de la vivienda, los metros cuadrados de esta así como el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomen-

⁸⁵ El texto original, publicado el 10 de marzo de 2012, entró en vigor el 11 de marzo.

⁸⁶ A partir de la redacción dada por el RDL 1/2015.

to⁸⁷. De esta forma, el precio de adquisición de la vivienda no puede exceder del valor que resulte de aplicar a los metros cuadrados de esta el importe del precio medio por metro cuadrado que figura en las tablas elaboradas por el Ministerio de Fomento en función de la provincia, trimestre y año de su adquisición, valor que ha de ser aumentado en un 20 % en el caso de reestructuración —con límite de 300.000 euros— o que no ha de sufrir ninguna alteración para el caso de la dación —con límite de 250.000 euros—.

Al respecto, la Comisión de control del CBP ha precisado que el precio de adquisición debe entenderse sin IVA⁸⁸ y que cuando la norma hace referencia a la extensión del inmueble, se refiere a los metros cuadrados construidos⁸⁹.

Respecto a las cuestiones aquí contempladas, este DCMR ha emitido varios informes en los que se ha valorado la conducta de las entidades al analizar el ámbito de aplicación de las solicitudes presentadas por sus clientes al amparo del CBP. En el expediente R-201724199 se concluyó que no resultaba de aplicación el CBP ya que el préstamo hipotecario había sido formalizado el 18 de julio de 2012. En tanto dicho préstamo no estaba vigente a la entrada en vigor del RDL 6/2012 —y sin cumplirse su artículo 2—, se entendió que la reestructuración de la deuda solicitada por el deudor hipotecario debía enmarcarse dentro de la política comercial de la entidad, sobre la que este DCMR no tiene competencia.

Varios han sido los pronunciamientos que se refieren a que es absolutamente inexcusable que el inmueble hipotecado tenga la condición de vivienda habitual de la unidad familiar del deudor. Así, el expediente R-201713349 concluyó que la reestructuración solicitada se incardinaba dentro de la «política comercial y de asunción de riesgos de la entidad» en tanto la garantía era una finca destinada a local comercial. Igual conclusión se alcanzó en el expediente R-201727460, en tanto la vivienda en garantía no era la habitual de la parte reclamante al estar alquilada a un tercero desde 2013.

En el expediente R-201612647 se alcanzó un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad, que había rechazado la solicitud de aplicación de las medidas del CBP con base en valor de tasación del inmueble. No solo no motivó de forma adecuada su rechazo al no justificar los cálculos que debió realizar conforme al artículo 5.2 del RDL 6/2012 sino que además, tuvo en cuenta el valor de tasación del inmueble, circunstancia esta que no está prevista en el RDL 6/2012 como límite objetivo de aplicación del Código.

En otras ocasiones, como en el expediente R-201701605, ocurría que la parte reclamante había solicitado la dación en pago de su vivienda habitual. La entidad, aplicando los límites del valor de la vivienda recogidos en el artículo 5.2 del RDL 6/2012 —más restrictivos para el caso de la dación— denegó la solicitud de su cliente. No obstante, este DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no haber procedido al estudio previo de la reestructuración de su deuda, en tanto las medidas del CBP son de aplicación sucesiva (cuestión esta sobre la que posteriormente ahondaremos) y haber denegado la solicitud de la parte reclamante con base en el incumplimiento del artículo 5.2 del RDL 6/2012, siendo que el precio de adquisición de la vivienda hipotecada no superaba el límite establecido en dicha norma para la reestructuración de la deuda.

87 Se puede consultar dicho dato en el siguiente enlace: <http://www.fomento.es/BE2/?nivel=2&orden=35000000>.

88 Consulta 14 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

89 Consulta 15 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

La finalidad del préstamo:
la adquisición de la vivienda
y el requisito de la exclusividad

Tras la modificación del RDL 6/2012 operado por la Ley 1/2013⁹⁰, para el caso de reestructuración de la deuda derivada del préstamo hipotecario no es exigible que el destino de la financiación hubiera sido la adquisición de la vivienda habitual, de forma que la financiación puede tener por finalidad algo completamente ajeno a su compraventa (por ejemplo, un negocio o la reforma de la vivienda).

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 régimen de requisitos para determinar si el deudor se encuentra en el umbral de exclusión, los requisitos para la dación son más restrictivos o exigentes, y sí que es exigible para el caso de dación que el préstamo tenga por destino la adquisición de la vivienda habitual, de conformidad con el artículo 3.2.b) del RDL 6/2012, aunque no tiene por qué financiar única y exclusivamente esta.

3.5.3 TRAMITACIÓN

a. Publicidad

El punto número 5⁹¹ del Código de Buenas Prácticas refleja la obligación de las entidades de hacer publicidad de este:

«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.»

A las entidades incumbe realizar, en particular entre sus clientes, la debida publicidad del CBP, tanto de su existencia como de su contenido. Ello es así porque, ante situaciones de dificultad sobrevenida para el pago de la deuda hipotecaria, resulta de suma importancia su detección y solución temprana. Una política activa por parte de las entidades frente al deudor en situación de crisis puede minorar el riesgo de incumplimiento, evitando que se genere una deuda hipotecaria —capital impagado, intereses de demora, costas y gastos— que dificulte su reestructuración, que es la medida fundamental perseguida por la norma.

Por ello, recibida del cliente la petición de que se flexibilice la deuda —el Código no tiene por qué ser invocado por el deudor explícitamente, 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 sobre las posibilidades que este ofrece.

Por su parte, el artículo 5.9⁹² del RDL 6/2012 refuerza esta obligación de publicidad, señalando:

«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

90 En la versión originaria del Código dada por el RDL 6/2012, para que se pudiera 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 DCMR de los años 2012, 2013 y 2014, la financiación no tenía por qué tener como finalidad única y exclusiva la adquisición de la vivienda.

91 A partir de la versión introducida por el RDL 5/2017. Antes, punto número 4.

92 A partir de la modificación introducida por la Ley 1/2013.

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.»

Y tal es la importancia de esta obligación de la entidad que su incumplimiento podría constituir infracción de la normativa de ordenación y disciplina, toda vez que el artículo 15 del RDL 6/2012⁹³, sobre el «Régimen sancionador», le atribuye tal condición. Al régimen sancionador dedicaremos un apartado propio, si bien dada su relevancia en este concreto apartado, adelantamos aquí su contenido.

Son numerosos los pronunciamientos de este DCMR respecto a esta cuestión. Así en el informe correspondiente al expediente R-201730987 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no informar de la existencia y contenido del CBP al deudor hipotecario, el cual había solicitado la reestructuración de su deuda y había aportado documentación el 28.2.2013.

En el expediente R-201725720, la parte reclamante había solicitado una quita de la deuda hipotecaria, dada su situación de desempleo y con dos familiares en situación de discapacidad. El DCMR concluyó que la entidad podría haber incurrido en quebrantamiento de la normativa de transparencia por no informar del contenido y funcionamiento del CBP tan pronto tuvo conocimiento de que el cliente tenía dificultades para abonar las cuotas del préstamo hipotecario y no tramitar de forma diligente su solicitud, analizando la documentación facilitada e indicándole la que faltaba. Asimismo se advirtió que la entidad debió informar claramente de que las medidas del CBP son de aplicación sucesiva.

En la reclamación tramitada bajo la referencia R-201612551, el reclamante había solicitado la reestructuración de su deuda el 2.2.2016, pero no fue hasta el 26.10.2016 que la entidad indicó a su cliente la documentación que debía aportar. A pesar de estar pendiente la resolución de la reestructuración solicitada, la entidad solicitó el 13.10.2016 la continuación del procedimiento ejecutivo ante los tribunales, así como el señalamiento de la fecha para la subasta. El DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado el artículo 5.9 del RDL 6/2012 por no informar al reclamante sobre el contenido del CBP y por la escasa diligencia en la orientación a su cliente, en contraste con la agilidad con la que actuó en el impulso del procedimiento ejecutivo en curso.

Finalmente, la información sobre el CBP ha de ser lo suficientemente clara y directa. En ocasiones, como en el expediente R-201709787, las entidades indican que han publicado en el tablón de anuncios de sus oficinas o en su sitio web que se encuentran adheridas al CBP. Este DCMR considera que estas manifestaciones no resultan suficientes sino que se precisa una actuación proactiva y diligente por parte de la entidad tan pronto como tenga conocimiento de las dificultades de sus clientes para hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias.

b. Solicitud del cliente
y respuesta de la entidad

Cuando un cliente comunica a su entidad la dificultad o imposibilidad de cumplir con sus compromisos de pago en los términos que fueron pactados en su día, esta ha de informarle 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

⁹³ A partir de la modificación introducida por la Ley 1/2013.

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.

Una vez la entidad recibe la petición expresa de aplicación del Código, junto con la documentación acreditativa de que el cliente se encuentra incluido en el umbral de exclusión y la vivienda dentro del ámbito objetivo del RDL 6/2012 —el artículo 3.3 del RDL 6/2012 detalla la documentación a aportar—, 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 la aplicación del CBP*

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 y 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.

B) *Analizar la solicitud presentada y dar contestación a la misma de forma inmediata*

Como ya se ha dicho anteriormente, la solicitud de aplicación de las medidas contenidas en el CBP ha de ir acompañada de una serie de documentación (que el propio RDL 6/2012 especifica). La entidad ha de proceder a su análisis de forma inmediata, requiriendo aquella documentación no aportada y necesaria para la resolución, la cual ha de ser concretada. No resulta pues 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.

Por otro lado, la entidad ha de dar una respuesta integral a la solicitud presentada por el cliente. De ello resulta que, recibida una solicitud de dación en pago por parte de un cliente, la entidad debe reconducirla, informando al prestatario de que las medidas dispuestas por el Código no son simultáneas, ni alternativas, ni sujetas a la libre elección del cliente o de la entidad, sino que son sucesivas, debiendo orientar al cliente a la solicitud de una reestructuración que podría ser viable.

Asimismo, tampoco podría considerarse adecuado que se deniegue sin más una solicitud de reestructuración por considerarla inviable, sin justificar su resolución. En este sentido, la propia Comisión de Control sobre la aplicación del CBP ha dicho que: «el rechazo de la solicitud deberá ser motivado en todo caso»⁹⁴.

c. Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas

Tres son las medidas que el CBP recoge, que son de aplicación sucesiva. La primera de ellas es la reestructuración de la deuda hipotecaria. De resultar esta inviable, procedería el estudio de la segunda medida, la quita, que es facultativa para la entidad o, en su caso, la dación en pago de la vivienda habitual.

⁹⁴ Consulta 8 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

Tal como establece el apartado 7 del artículo 5 del RDL 6/2012, «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». Ahora bien, cabe la posibilidad de aplicar una reestructuración de forma graciable, en aplicación del artículo 5.8 del RDL 6/2012, en virtud del cual «las entidades adheridas 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».

El punto número 1 del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que como ya se ha explicado figura en el anexo del RDL 6/2012, se ocupa de la regulación de esta medida.

Previamente a proceder a su análisis hemos de precisar que la medida de reestructuración de la deuda hipotecaria no es aplicable cuando el deudor se encuentre en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de la subasta.

El Código establece que: «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».

Así, 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, ya que el apartado 1 del CBP debe entenderse de obligado cumplimiento por parte de aquellas entidades que se han adherido al CBP⁹⁵.

Tan es así que el propio artículo 5.4 del RDL 6/2012, precepto este que merece la consideración de norma de ordenación y disciplina, establece que: «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».

El plan de reestructuración se ha de formular dentro del plazo de un mes desde la presentación de la solicitud junto con la documentación completa que acredite que el deudor se encuentra dentro del umbral de exclusión en los términos establecidos por el RDL 6/2012.

Las condiciones financieras concretas que el CBP contempla y que deben constar en el plan de reestructuración son las siguientes:

- «i. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese período podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.
- ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

95 Consulta 3 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

- iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 % durante el plazo de carencia.
- iv. En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario⁹⁶.

Además, la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario, solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración, no conllevará costes por compensación.

Sin perjuicio de lo anterior, el deudor puede presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que será analizada por la entidad quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.

En todo caso, el plan de reestructuración debe comprender la completa deuda hipotecaria que tiene con el cliente 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—.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor —tarjeta, descubierto, préstamos o créditos personales—. Esta propuesta será adicional a la reestructuración, pero en ningún caso podrá resultar una condición *sine qua non*. Así, la posibilidad de reunificación de las deudas no debe ser considerada como una obligación para la entidad de crédito, sino como una medida más de las posibles dentro de las medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria⁹⁷.

Por otro lado, al proponer el plan de reestructuración la entidad advertirá sobre su carácter viable o inviable. La viabilidad del plan es objetiva y la determina la norma, de forma que: «se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 %⁹⁸ de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar».

Los ingresos de la unidad familiar computables a efectos de calificar el plan de reestructuración como viable o inviable deben ser los actuales⁹⁹. Así, para determinar la viabilidad del plan de reestructuración se han de poner en relación la cuota del período de carencia y los ingresos actuales de la familia —tanto cuota como ingresos se han de referir al momento «actual»¹⁰⁰—.

⁹⁶ Medida introducida por el RDL 1/2015.

⁹⁷ Consulta 8 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

⁹⁸ Este porcentaje era el 60 % en la primera versión del Código.

⁹⁹ Consulta 8 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

¹⁰⁰ En los primeros expedientes de reclamación referidos a la aplicación del CBP, en su primera versión, se consideraba que se había de considerar la viabilidad a largo plazo del plan (criterio recogido en la *Memoria de Reclamaciones*, 2013, p. 360). No obstante esto, siendo clara la voluntad legislativa mostrada en las modificaciones que progresivamente se han ido adoptando, de las que resulta la ampliación constante del ámbito subjetivo del Código, la existencia de un doble régimen de requisitos exigibles para la adopción de las distintas medidas —más amplio para la reestructuración y más restrictivo para la quita y la dación—, así como la resolución dada por la Comisión de Control del CBP, no sería razonable poner en relación los ingresos con una cuota futura —la que resultaría transcurridos los cinco años de carencia—.

En caso de ser inviable el plan, la entidad debe informar al cliente de las sucesivas medidas que prevé el Código a las que, de cumplirse los requisitos que establece la norma, podrá acogerse.

Durante el ejercicio 2017, han sido numerosas las reclamaciones presentadas por la actuación de las entidades en la fase de formulación de un plan de reestructuración de la deuda hipotecaria respecto de aquellos clientes que presentaban dificultades para hacer frente a sus compromisos de pago, versando las reclamaciones bien sobre deficiencias en relación con el plan mismo, bien en relación con la ausencia misma de formulación de un plan.

Así, en el informe correspondiente al expediente R-201738156 se concluyó que la actuación de la entidad debía calificarse de mala práctica bancaria por denegar la aplicación de las medidas del CBP al considerar que el plan de reestructuración resultaba inviable —sin formularse dicho plan— y sobre la base de unos ingresos y unas cuotas que no se correspondían con los actuales. La parte reclamante había solicitado la reestructuración el 13.7.2017 y la entidad lo había denegado el 1.8.2017 indicando que no se había producido una alteración significativa de las circunstancias de la unidad familiar. No obstante, la entidad no había tenido en cuenta los ingresos actuales. Por otro lado, la entidad señaló que el plan era inviable teniendo en consideración que la cuota hipotecaria mensual era superior al 50 % de los ingresos que percibían conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. Ahora bien, este DCMR aclaró que, por un lado, si la parte prestataria estaba fuera del umbral de exclusión se había de motivar y comunicar esta circunstancia (sin necesidad de formular el plan) y, por otro, que para determinar si el plan resultaba o no viable se había de tener en cuenta la cuota que resultaba al formular el plan —cuota actual— y no la cuota futura, esto es, aquella pagadera al finalizar el período de carencia.

En numerosos expedientes (R-201733499, R-201729195, R-201735345 y R-201701782, a título de ejemplo) se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no haber formulado un plan de reestructuración tras reconocer que el cliente se encontraba dentro del umbral de exclusión.

Además, en la primera de estas referencias (expediente R-201733499) se señaló que, no obstante este reconocimiento, la entidad alegaba que el retraso en la novación se había debido a una serie de incidencias que afectaban a la inscripción del préstamo en el Registro de la Propiedad, al tratarse de un préstamo subsidiado por la Junta de Castilla y León. Este DCMR no solo indicó que tal circunstancia no había sido acreditada sino que además no justificaría una dilación tan considerable del procedimiento. Además, la entidad no había indicado qué gestiones había llevado a cabo para aplicar la reestructuración, pese a lo cual sí se habían producido comunicaciones requiriendo la regularización de la deuda.

En la segunda referencia (expediente R-201729195), igualmente se concluyó que la actuación de la entidad había sido contraria a la normativa de transparencia, por no retrotraer los efectos del plan de reestructuración al momento en que se produjo la acreditación por parte del reclamante de que se encontraba dentro del umbral de exclusión, y no contemplar en la escritura de novación la reducción del tipo de interés a euríbor + 0,25 durante el período de carencia de 5 años, conforme a apartado 1b) del CBP.

Por otro lado, en el expediente R-201735345 se concluyó contra la actuación de la entidad que había condicionado la aplicación de las medidas del CBP a la regularización de

las deudas pendientes derivadas de dos tarjetas y un préstamo personal y, en el expediente R-201701782, por no haber considerado que la reestructuración debía realizarse de la deuda hipotecaria completa.

En el expediente R-201707269 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al denegar la aplicación de las medidas contenidas en el CBP a su cliente sobre la base de la existencia de un concurso de acreedores, circunstancia no contemplada en el RDL 6/2012. El DCMR señaló que, con independencia de la declaración del concurso de la interesada, la entidad, una vez acreditado que su cliente reunía los requisitos para situarse dentro del umbral de exclusión, debía formular un plan de reestructuración con las condiciones previstas en el Código de Buenas Prácticas, siendo el administrador concursal, o quien correspondiera, el que posteriormente formalizara la escritura de novación.

En el expediente R-201612551, la entidad requirió al deudor que había solicitado la reestructuración de su deuda la documentación a aportar, que debía referirse tanto a él mismo como al avalista del préstamo (quien no formaba parte de la unidad familiar). Desde el DCMR se advirtió que la documentación relativa al avalista resultaba necesaria a los efectos de estudiar la posible aplicación de una quita o dación en pago, pero no para el estudio de la reestructuración de la deuda, de conformidad con el artículo 3.2.c) del RDL 6/2012.

En el expediente R-201712509, la reclamante, quien había adquirido la vivienda habitual por título de herencia de su madre —que a la vez había sido avalista de la operación— planteó ante este DCMR que la entidad había negado la aplicación de las medidas del CBP sin tomar en consideración la documentación relativa a la aceptación de la herencia y señalando que no había habido alteración significativa de las circunstancias de la unidad familiar. Este DCMR argumentó que en caso de sucesión hereditaria, de conformidad con el artículo 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, situándose pues en la posición de su causante. Por ello, aquellos herederos que se han convertido en deudores como consecuencia de la aceptación de la herencia, podrán acogerse al Código de Buenas Prácticas, siempre que cumplan el resto de los requisitos previstos para su aplicación. Además, el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado, a efectos de determinar la posible sujeción al CBP, debe calcularse partiendo del precio y de la fecha de su adquisición por parte del causante. En el expediente examinado, si bien esta documentación no había sido aportada por la reclamante, la actuación de la entidad mereció la calificación de mala práctica en tanto no había motivado convenientemente su negativa a aplicar las medidas del CBP, concretando al deudor la documentación a aportar e indicando los cálculos por los que consideraba que no se había producido una alteración significativa de las circunstancias económicas de la unidad familiar en los cuatro años anteriores a la solicitud.

*Escritura de novación, inscripción
en el Registro y rango de la hipoteca*

Por otro lado, desde el momento en que resulta que la entidad ha de formular un plan de reestructuración y por lo que a su elevación a escritura pública se refiere, el propio artículo 5.4 del RDL 6/2012 dispone que: «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».

La Comisión de Control del CBP se ha pronunciado respecto a la obligatoriedad o no de elevación a escritura pública del acuerdo de modificación del préstamo hipotecario. Al

respecto señala¹⁰¹ que: «no cabe sino entender que resultan de plena aplicación las reglas generales sobre la forma de los contratos. En tal sentido, lo dispuesto es conforme con lo establecido en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil que, en esencia, vienen a establecer la obligatoriedad del contrato entre las partes, cualquiera que sea su forma; la facultad de cualquiera de ellas, no obstante lo anterior, de compeler a la otra a darle la forma que requieran las leyes o que se hubieran pactado; y el establecimiento legal de la escritura pública para los contratos relativos a derechos reales, lo cual, conforme a lo anterior, ha de entenderse como necesario solo para que surta efectos contra terceros. En el caso de la hipoteca, dejando de lado la cuestión doctrinal de su existencia o no extraregistralmente, su elevación a escritura pública será necesaria para la inscripción.

Por lo anterior, la Comisión estima que la elevación a escritura pública es potestativa, pero, en ausencia de la misma, los terceros de buena fe no podrán verse perjudicados por la modificación y la misma no podrá acceder al registro».

Dicho esto, 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 tendrá obligación alguna de asumirlo.

Por lo que se refiere a los efectos de la novación del contrato, el artículo 5.5 del RDL 6/2012 establece:

«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.»

El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios se refiere a la «Escritura pública», recogiendo en los apartados 1 y 2¹⁰² el alcance de la escritura de subrogación y modificación. Por su parte, el apartado 3 se centra en la alteración o pérdida del rango registral de la hipoteca, con el siguiente literal:

«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 posi-

¹⁰¹ Consulta 11.b) del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

¹⁰² «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.»

ble hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»

Llegados a este punto, en ocasiones las entidades han excusado la no aplicación de la reestructuración prevista en el Código por la pérdida de rango registral que comportaría aquella.

Sobre la pérdida de rango registral y, en particular, si puede condicionarse la aplicación práctica de las medidas previstas en el apartado 1 del CBP a la posible pérdida de rango registral de la eventual novación, la Comisión de Control del CBP¹⁰³ ha establecido que: «la entidad financiera adherida al CBP tiene, por tanto, la obligación de plantear un plan de reestructuración al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión sin que en la norma se establezca ninguna previsión que lo exceptúe y sin que sea competencia de la Comisión pronunciarse sobre en qué supuestos de modificación de un préstamo hipotecario tiene lugar la pérdida de rango registral, si es que efectivamente se produce», postura que este DCMR ha seguido en las reclamaciones planteadas sobre esta cuestión.

En estos casos, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, la entidad deberá procurar, en beneficio del cliente, una solución proactiva, no bastando con invocar dicha cuestión y archivar, sin más, la solicitud recibida. Ante la obligación voluntariamente asumida de realizar la reestructuración, la entidad podrá evaluar la mejor forma de cumplirla, apuntando desde este DCMR, 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.

En el expediente R-201702696 se concluyó que la entidad incurrió en mala práctica bancaria al condicionar el plan de reestructuración a la cancelación de cargas posteriores o al consentimiento del acreedor posterior a mantener el rango de las hipotecas constituidas en garantía de la operación. Por otro lado, la entidad no acreditó haber tenido una actuación proactiva y a satisfacción de su cliente para soslayar, en su caso, la pérdida de rango registral que alega se produciría, lo cual no es impedimento excluyente de aplicación del CBP, al que la entidad voluntariamente se adhirió, como se ha dicho.

Préstamos hipotecarios titulizados

En otras ocasiones, como motivo para no aplicar el Código, las entidades han señalado la circunstancia de que el préstamo hipotecario está titulizado. Al respecto, este DCMR, siguiendo la línea marcada por la Comisión de Control del CBP¹⁰⁴, ha resuelto que el hecho de que un préstamo hipotecario haya sido objeto de titulización no excluye, de entrada, la aplicación del Código, ya que no hay amparo legal para la exclusión de estos préstamos.

Así, las cuestiones vinculadas con la titulización deben tratarse en el ámbito privado de los contratos de titulización celebrados entre las entidades de crédito y las entidades gestoras de fondos.

Igualmente, en otros expedientes las entidades alegaban 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, este DCMR señaló que considera 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

¹⁰³ Consulta 11.a) del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

¹⁰⁴ Consulta 18 del Compendio de Consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

medidas y de las ventajas de orden fiscal, notarial, etc., que comporta, la entidad hubiera cedido la operación. Asimismo, se consideró igualmente inapropiado que la escritura de cesión no previera el régimen aplicable y al que la entidad se había obligado para el caso en que el prestatario se encontrara dentro del umbral de exclusión.

Medidas complementarias: la quita

De resultar inviable el plan de reestructuración, los deudores podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en el apartado 2 del CBP.

Esta medida es discrecional para la entidad, de forma que esta tiene la facultad de aceptarla o rechazarla.

El Código señala que para determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo:

- «i. Reducción en un 25 %.
- ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarda con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.
- iii. 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, siempre que el primero resulte inferior al segundo.»

En todo caso, la entidad notificará al deudor los resultados obtenidos.

A diferencia de lo que ocurre con la elaboración de un plan de reestructuración de la deuda y de la medida de dación en pago, la quita puede 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, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargada posterior a la hipoteca.

Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual

Como ya se ha dicho anteriormente, las medidas recogidas en el CBP son de aplicación sucesiva, de forma que solo cuando el plan de reestructuración resulte inviable, se procederá al análisis de la segunda, la quita. En tanto esta es discrecional, si la entidad optara por su no aplicación se podría solicitar la tercera de ellas: la dación en pago de la vivienda habitual.

Ahora bien, la adopción de la dación en pago de la vivienda habitual como medida extintiva de la deuda hipotecaria requiere el cumplimiento de unos condicionantes —subjetivos, objetivos y temporales— mucho más estrictos que los que se requieren para la reestructuración y la quita.

Ámbito subjetivo de la dación

Así, en primer lugar, para poder considerar a los deudores de un préstamo o de un crédito en el umbral de exclusión a los efectos de aplicar la medida de dación en pago, además de aquellos requisitos establecidos en el artículo 3.1. del RDL 6/2012 (al que nos hemos referido al tratar el umbral de exclusión), cuyo cumplimiento se exige respecto de la primera medida recogida en el Código —el plan de reestructuración—, se han de cumplir aquellos que figuran en el artículo 3.2 del RDL 6/2012 que establece:

«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.»

Ámbito objetivo de la dación

En segundo lugar y por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación del Código, para que resulte posible la dación en pago de la vivienda habitual se ha de cumplir el párrafo 2 del artículo 5.2 del RDL 6/2012, que establece que el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no debe exceder 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. Así, aunque al igual que ocurre con el caso de reestructuración de la deuda, el precio de adquisición no puede exceder de determinado valor, el límite en el caso de la reestructuración se aumenta en un 20 % y en el de la dación, no. Además el límite absoluto en el caso de la dación es de 250.000 euros, frente a los 300.000 euros de la reestructuración.

Cuándo puede solicitarse la dación

Por otro lado, la dación en pago no resulta aplicable en los supuestos en los que el deudor se encuentre en un procedimiento de ejecución en el que se haya producido el anuncio de subasta, al igual que ocurre con la reestructuración de la deuda, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Por otro lado, existe otro límite temporal para solicitar esta medida de dación en pago de la deuda, de conformidad con el apartado a) del punto 3 del CBP, que dice:

«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.»

En este contexto, compete a la entidad tramitar la solicitud de su cliente de dación en pago extintiva de la deuda con la máxima diligencia y urgencia.

Transcurrido el plazo de los 12 meses desde que se hubiera presentado la solicitud de reestructuración no procederá la dación en pago de la vivienda habitual al amparo del CBP. Ello no es óbice para que la entidad pueda, en un momento posterior a los 12 meses desde la solicitud de reestructuración, aceptar una dación en pago extintiva de una deuda hipotecaria como una decisión dentro de su política comercial y de riesgos operativos, operación a la que en última instancia no le resultarían de aplicación las ventajas —fiscales, notariales, etc.— que la aplicación de las medidas del CBP lleva aparejados.

Respuesta de la entidad

En todo caso, si formulada una solicitud de dación en pago de la vivienda habitual esta no procediera por no cumplir con los condicionantes anteriormente indicados, la entidad deberá dar respuesta a su cliente motivando con suficiente concreción la causa del rechazo.

Caso de cumplirse con los requisitos, la procedencia y aplicación de la dación en pago supone la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por esa deuda.

*Arrendamiento tras la dación.
«Alquiler social»*

Por otro lado, el Código recoge la posibilidad de que el deudor, si así lo solicita al pedir la dación, pueda permanecer durante dos años en la vivienda en concepto de arrendatario. La renta a satisfacer será del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación. Ahora bien, si se produjera el impago de la renta, se devengaría un interés de demora del 10 %¹⁰⁵.

Asimismo el Código recoge que: «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».

Son numerosas las reclamaciones que se han planteado tomando como eje la solicitud de dación en pago de la vivienda habitual. A modo de ejemplo, en el expediente R-201729344 se planteó que la entidad, tras recibir la solicitud de dación en pago y la documentación pertinente de la parte prestataria, formalizó una dación al margen del CBP. Este DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no gestionar diligentemente la solicitud de dación, sin reconducirla previamente al estudio de la reestructuración y, además, no motivar en modo alguno su actuación.

En el expediente R-201712027, la parte reclamante había formalizado en 2015 una dación —al margen del CBP— en pago parcial de la deuda hipotecaria y un préstamo personal. Este DCMR señaló que la entidad debió informar del CBP y que, primeramente, debía haberse analizado la viabilidad de una reestructuración y, en su caso, la quita, para después analizar si procedía la dación conforme al Código. Solo si no se cumplían los requisitos para la aplicación de la referida dación la entidad podría haber configurado la operación conforme a su política comercial y de riesgos.

En el expediente R-201716788, la actuación de la entidad mereció la consideración de mala práctica al haber hecho incurrir a su cliente en unos gastos de tasación con ocasión de una operación de dación en pago al amparo del RDL 6/2012, siendo que la citada norma no exige tasar el inmueble transmitido para la tramitación de la solicitud del deudor hipotecario ni para la formulación de la dación en pago y sin que constara ni la información que se debió otorgar al reclamante ni la autorización al cargo correspondiente.

¹⁰⁵ En la primera versión del Código este tipo ascendía al 20 %.

En el expediente R-201705248, los reclamantes plantearon que habían firmado una primera reestructuración de su deuda, al amparo del CBP, en septiembre de 2014. Al no cumplir los términos de la reestructuración la entidad inició un procedimiento de ejecución hipotecaria en septiembre de 2016, solicitando entonces los reclamantes una quita al amparo del CBP. Este DCMR indicó que, conforme al RDL 6/2012, cuando el plan de reestructuración resulta inviable —como parece sucedió en este caso— el deudor puede pedir la quita o la dación, siempre dentro de los 12 meses desde la solicitud de reestructuración. En tanto que en el caso planteado la solicitud de los reclamantes se había efectuado transcurrido ese plazo, cualquier decisión de la entidad se enmarcaría dentro de su política comercial.

Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual

El RDL 5/2017 introdujo el punto 4 en el CBP, cuyo tenor literal es el siguiente:

«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 % 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.»

Otras ventajas

Además de procurar el pago de la deuda hipotecaria, el RDL 6/2012 recoge una serie de medidas aplicables al deudor hipotecario al que resulte de aplicación el CBP que tratan de aliviar su situación y facilitar el cumplimiento de sus obligaciones.

La limitación de los intereses moratorios

El artículo 4 del RDL 6/2012 se refiere a la moderación de los intereses moratorios con el siguiente tenor literal¹⁰⁶:

«1 En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la enti-

¹⁰⁶ Texto vigente tras la modificación introducida por la Ley 1/2013.

dad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 %¹⁰⁷ sobre el capital pendiente del préstamo.

2 Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley.»

Así, la moderación de los intereses de demora se aplica al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión a partir del momento de la presentación de la solicitud de cualquiera de las medidas del CBP con la documentación completa. Por tanto, 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 en tanto 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 la deuda teniendo en consideración la referida moderación de los intereses de demora.

Singular importancia tiene aquí recordar que la Ley 1/2013, además de la nueva redacción dada al artículo 4 del RDL 6/2012, también introdujo una modificación en la Ley Hipotecaria (texto refundido según el Decreto de 8 de febrero de 1946), en virtud de la cual los intereses de demora de los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda 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.

El alquiler social

Por otro lado hay que tener en cuenta que, como se ha dicho, 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

Asimismo, aquellos deudores que se acogen a cualquiera de las medidas del Código se ven beneficiados por las siguientes ventajas:

- Las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁰⁸.
- Por lo que se refiere al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, están exentas las transmisiones en caso de dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre dicha

¹⁰⁷ En la versión originaria del RDL 6/2012 este porcentaje ascendía al 2,5 %.

¹⁰⁸ El artículo 8 del RDL 6/2012 introdujo una modificación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en virtud de la cual se añadió el número 23 al artículo 45.1.B) de dicho texto refundido, dedicado a las exenciones del impuesto.

vivienda, de conformidad con la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo¹⁰⁹.

- Por lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, están exentas las ganancias patrimoniales en el caso de dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre dicha vivienda, de conformidad con la letra d) del apartado 4 del artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, 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 Patrimonio¹¹⁰.

109 El artículo 9 del RDL 6/2012 estableció una modificación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que afectaba al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, añadiendo un apartado 3 al artículo 106 de dicho texto refundido. No obstante esto, mediante Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se suprime el artículo 106.3 del texto refundido al que nos estamos refiriendo. Pese a esto, con estas disposiciones, se introdujo una exención al impuesto ahora estudiado, sin que esta se refiera en exclusiva al ámbito del RDL 6/2012, sino que alcanzará a aquellos supuestos en los que se verifique lo dispuesto en el artículo 105.1.c) cuyo tenor literal dice:

«1 Estarán exentos de este impuesto los incrementos de valor que se manifiesten como consecuencia de los siguientes actos:

(...)

- c) Las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

Para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente.

A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años.

Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, 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. A estos efectos, se equipará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita.

Respecto de esta exención, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta Ley.»

110 El artículo 10 del RDL 6/2012 estableció una modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, 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, añadiendo la disposición adicional trigésima sexta a la Ley 35/2006. No obstante esto, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, a través de su artículo 1.79 modifica la indicada disposición adicional trigésima sexta, sin que su redacción actual afecte al ámbito en que se desenvuelve el RDL 6/2012. Por otro lado, con efectos desde el 1 de enero de 2014 y ejercicios anteriores no prescritos, por el artículo 122.1 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y el posterior artículo 122.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia se añade la letra d) del apartado 4 del artículo 33 de la Ley 35/2006, sin que la exención establecida se refiera en exclusiva al ámbito del RDL 6/2012, sino que alcanzará a aquellos supuestos en los que se verifique lo dispuesto en esta norma cuyo tenor literal dice:

«4 Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:

(...)

- d) Con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor o garante del deudor, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

- En los casos de dación en pago conforme al CBP se bonificarán en un 50 % los derechos arancelarios notariales y registrales derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca. El deudor no soportará ningún coste adicional de la entidad financiera que adquiere libre de carga hipotecaria la titularidad del bien antes hipotecado¹¹¹.

Expuesto el régimen de las ventajas fiscales y notariales que la aplicación de las medidas del CBP pueden llevar aparejadas, hemos de llamar la atención sobre la necesidad de 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.

En alguna ocasión ante este DCMR se ha planteado reclamación en la que, habiendo solicitado el deudor una dación en pago de la vivienda habitual extintiva de la deuda, se formalizó una escritura de compraventa en la que la compradora era una sociedad gestora –tercero designado por la entidad– y otra de cancelación del préstamo hipotecario. La parte reclamante había solicitado al Ayuntamiento la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la norma. 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 al amparo del CBP. La citada exención ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Dirección General de Tributos en la consulta vinculante V0261-16. Este DCMR apreció la existencia de una práctica bancaria incorrecta en tanto la entidad, quien debió velar por el buen fin de la operación, no se aseguró 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 al amparo del CBP.

3.5.4 TIPOS INFRACTORES Y ACTUACIÓN SUPERVISORA

a. Tipos infractores

Como se ha explicado, el RDL 6/2012 nace con vocación de solucionar la difícil situación en que se encuentran aquellos deudores hipotecarios que carecen de recursos suficientes para hacer frente a la deuda hipotecaria sobre su vivienda habitual. Ahora bien, la aplicación de esta normativa requiere el cumplimiento de determinadas condiciones por parte del deudor hipotecario e implica una serie de obligaciones para la entidad prestamista. De ahí que el propio RDL 6/2012 recoja el régimen aplicable cuando cualquiera de las partes incumple las disposiciones que les atañen.

Así, y por lo que se refiere a la figura del deudor hipotecario, el artículo 7 del RDL 6/2012 dispone que en caso de fraude en el procedimiento, el deudor será responsable de los daños y perjuicios que se hubieran producido, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización. La redacción de este artículo es la siguiente:

«Artículo 7. Consecuencias de la aplicación indebida por el deudor de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria.

Asimismo estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias, judiciales o notariales.

En todo caso, será necesario que el propietario de la vivienda habitual no disponga de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda y evitar la enajenación de la vivienda.»

111 Artículo 11 del RDL 6/2012.

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.»

Por lo que se refiere al régimen sancionador aplicable a la entidad, el artículo 15¹¹² del RDL 6/2012 dispone:

«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 Ley¹¹³.»

Tres son los supuestos contemplados en la norma:

1 El incumplimiento del deber de la entidad de publicidad e información de la existencia del Código, que recoge el artículo 5.9 del RDL 6/2012, cuyo tenor literal es el siguiente:

«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.»

2 El incumplimiento del deber de aplicar las medidas previstas en el Código a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.4 del RDL 6/2012, que dice:

¹¹² Artículo introducido por la Ley 1/2013.

¹¹³ 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.»

«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.»

3 El incumplimiento por la entidad de su obligación de remitir la información que debe al Banco de España, establecido en el artículo 6.5 del RDL 6/2012, que establece:

«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.»

En tanto las disposiciones indicadas — artículos 5.9, 5.4 y 6.5 del RDL 6/2012— tienen la consideración de normativa de ordenación y disciplina¹¹⁴, las reclamaciones en las que se aprecie su incumplimiento por parte de las entidades merecen 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

(...)

¹¹⁴ Esta condición deriva de la modificación introducida por la Ley 1/2013, de forma que cuando resulte de aplicación la primera versión del Código —la correspondiente al RDL 6/2012, de 9 de marzo— la actuación de la entidad no tendría la consideración de posible quebrantamiento de la normativa de disciplina.

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.

b. Actuación supervisora del DCMR

Durante los últimos años, la División de Supervisión de Conducta de Entidades del DCMR ha dedicado importantes esfuerzos a verificar la correcta aplicación por parte de aquellas del RDL 6/2012 y del CBP recogido en su anexo por parte de las entidades adheridas. Todo ello, con el objetivo primordial de velar por la protección de los deudores que se encuentran ante graves dificultades económicas, y así evitar la pérdida de su vivienda.

Como resultado de esta labor supervisora, que ha alcanzado a un significativo número de entidades adheridas, se han apreciado deficiencias y debilidades que han motivado la adopción de las correspondientes medidas supervisoras para asegurar que estas cumplieran adecuadamente con las obligaciones contenidas en el RDL 6/2012. Estas deficiencias y debilidades, así como las medidas correctoras consiguientes se comunican a las entidades mediante escritos de requerimientos o de recomendaciones. Adicionalmente, se han adoptado cuatro resoluciones sancionadoras contra tres bancos y una cooperativa de crédito.

Estas medidas supervisoras han tenido principalmente por objeto cuestiones relativas a las obligaciones de información sobre el CBP y a la aplicación efectiva de sus previsiones, recogidas en los artículos 5.9 y 5.4 del RDL 6/2012, respectivamente. Se exponen a continuación las medidas supervisoras adoptadas con más frecuencia en respuesta a las deficiencias y debilidades más recurrentes:

a) En relación con el artículo 5.9 del RDL 6/2012:

– Información a deudores hipotecarios sobre el CBP:

- Garantizar que se facilita de un modo proactivo, que no requiera de la iniciativa del deudor, información por escrito (sin perjuicio de que se haga también por otros medios) sobre la existencia del CBP, su contenido y las posibilidades de acogerse, tan pronto como un cliente manifieste, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda o haya incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria. En concreto, a propósito de la reclamación de cuotas impagadas, facilitar información sobre el CBP, así como un vínculo a la información disponible en la web de la entidad.
- Mantener permanentemente actualizada la información que se transmite al personal de la entidad sobre el contenido del CBP, instándoles a una actuación proactiva.
- Utilizar terminología fácilmente comprensible por la clientela en la información que se facilite sobre el CBP, sin perder el rigor.
- Asegurar que cuando un deudor solicite directamente las medidas complementarias (quita) o sustitutivas (dación), sin haber mediado previa-

mente una solicitud de reestructuración que haya sido denegada por inviable, la entidad no se limite a denegar esta medida, sino que informe de que estas medidas son de aplicación sucesiva y de la posibilidad de solicitar la medida previa de reestructuración.

- Informar en la FIPER de que las medidas previstas en el CBP solo resultan de aplicación a los contratos que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 6/2012.
- Facilitar la localización de la información sobre el CBP disponible en el sitio web de la entidad.

– Tramitación diligente y control de las solicitudes:

- Establecer los mecanismos que garanticen la tramitación diligente de cada solicitud de acogimiento a las medidas del CBP, lo que incluye responderlas en plazo, de forma motivada y habiendo recabado previamente de los solicitantes toda la documentación que se precise para poder determinar con certeza si el cliente se encuentra o no en el umbral de exclusión, si la reestructuración resulta o no viable, o si procede, en su caso, aplicar las medidas complementarias (quita) o sustitutivas (dación).
- Contar con mecanismos que garanticen el seguimiento y el control continuo del estado de las solicitudes del CBP para su correcta resolución en plazo.
- Disponer de un documento normalizado de solicitud del CBP con información clara y transparente sobre los requisitos a cumplir y la documentación necesaria para acreditarlos, así como un modelo de solicitud al cliente de la documentación pendiente de aportación.
- Dejar constancia de la fecha en la que es presentada por el deudor toda la documentación, pues en caso de que esta documentación acredite que está situado en el umbral de exclusión, deberán aplicarse las previsiones del CBP desde dicho momento.
- Facilitar información detallada sobre las causas por las que se deniega la solicitud de aplicación de las medidas del CBP, pronunciándose expresamente sobre si se considera al deudor incluido en el umbral de exclusión y las causas que lo determinan.
- No denegar la aplicación de las medidas del CBP por motivos diferentes a los contemplados en el RDL 6/2012.
- Garantizar la adaptación de los procedimientos y de la documentación de la entidad relativa al CBP a las modificaciones legales que se vayan produciendo.

b) En relación con el artículo 5.4 del RDL 6/2012:

- Aplicar las entidades adheridas las previsiones del CBP a los deudores que acrediten estar situados en el umbral de exclusión de forma imperativa.

- Notificar, ofrecer y presentar, en el plazo de un mes desde que se acredite estar situados en el umbral de exclusión, un plan de reestructuración en el que se concreten las medidas a aplicar y las condiciones financieras concretas e individualizadas derivadas de su aplicación, así como su calificación de viable o inviable.
- Valorar la viabilidad del plan de reestructuración poniendo en relación la cuota del período de carencia con los ingresos actuales de la unidad familiar.
- Asegurar que los efectos de la medida previa de reestructuración se aplican desde el momento en que el deudor ha acreditado estar situado en el umbral de exclusión, sin que se pueda condicionar su aplicación a la aceptación de otras condiciones distintas a las previstas en el RDL 6/2012.
- Acompañar a la comunicación de inviabilidad el plan de reestructuración, informando de los cálculos que determinan la inviabilidad y de la posibilidad de solicitar las medidas sucesivas.
- Aplicar la moderación de los intereses moratorios desde el momento en que el deudor acredita estar situado en el umbral de exclusión, con independencia de la viabilidad de la medida de reestructuración.
- No repercutir al cliente gastos de novación al amparo del RDL 6/2012, cuando es la entidad la que solicita su formalización en escritura pública.
- Aplicar a la medida de dación las previsiones fiscales, notariales y registrales recogidas en la normativa fiscal y el propio RDL 6/2012.

3.5.5 SEGUIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Hemos de partir de la competencia del DCMR para conocer las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas, indicando a este respecto el artículo 6.6 del RDL 6/2012 que: «podrán 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, de conformidad con el artículo 6.1 del RDL 6/2012.

Dentro de las funciones de la Comisión está recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España¹¹⁵ y publicar semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Este informe debe remitirse a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados. Asimismo, corresponde a esta Comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable.

¹¹⁵ Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la Comisión de Control. Esta información incluirá, entre otras, 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.

El apartado referente a la Comisión de Seguimiento, publicado en el sitio web del Ministerio de Economía y Competitividad, refleja datos de interés en la materia, 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.

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 preside la Comisión y tiene voto de calidad; uno, designado por el Banco de España, que actúa 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; un representante de la Asociación Hipotecaria Española; uno, designado por el Consejo de Consumidores y Usuarios, y dos designados por las asociaciones no gubernamentales —que son determinados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad— que realicen labores de acogida.