

# 1 Préstamos hipotecarios

## 1.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, Ley 5/2019 o LCCL) ha introducido un importante principio de actuación en la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios, regulando la obligación por parte de prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados de actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos e intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de préstamos, prestación de servicios de intermediación y asesoramiento sobre el préstamo o, en su caso, de servicios accesorios como en la ejecución de los contratos de préstamo.

Las entidades, en materia de asunción de riesgos crediticios, son libres para aprobar o desestimar las operaciones o novaciones de las condiciones que les planteen 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 las entidades diseñan sus políticas crediticias, políticas que —no se puede olvidar— son dinámicas y cambiantes en el tiempo, al igual que la propia economía sectorial, nacional o supranacional, por las que se verán condicionadas<sup>1</sup>.

El Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (en adelante, el DCMR) entiende que, una vez que una entidad acepta las limitaciones (capacidad de pago, garantía de la operación, liquidez, solvencia, etc.) 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 por la entidad.

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

---

<sup>1</sup> Al respecto, deben referirse las reglas sobre evaluación de solvencia contenidas en los artículos 5, 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 16); 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 Circular del Banco de España 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.

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 crediticias que puedan llevar a los clientes a la asunción de compromisos con base en aquellas.

En todo caso, debe precisarse que, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, entidades y prestamistas en general tienen la obligación de comunicar por escrito y sin demora al cliente solicitante y, en su caso, al fiador o avalista la denegación de la operación de financiación de forma motivada, indicando, si procede, que la decisión se ha basado en un tratamiento automático de datos. En este caso, deberá entregar una copia del resultado, así como de los pormenores de la base de datos consultada e informar al potencial prestatario del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en aquella.

Las reclamaciones formuladas ante el DCMR en relación con el contenido de este apartado se refieren casi en su totalidad a la normativa vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 y suelen estar basadas en:

- a) denegación de la operación tras haber generado en el solicitante la expectativa de que aquella sería aprobada;
- b) demora en el plazo de la sanción, generando un 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,
- c) pérdida de las arras, por haber excedido el plazo concedido para formalizar la adquisición del bien.

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 constan 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 dicha valoración corresponde a los tribunales de justicia, a los que, de considerarlo oportuno, pueden dirigirse los clientes, haciendo uso con 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 generaron expectativas que luego resultaron frustradas, el DCMR considera la actuación de la

entidad reclamada como contraria a las buenas prácticas y usos financieros, sin que esto suponga 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)—, debe tenerse en cuenta que no hay un plazo prefijado para ello. Por tanto, se deberá atender a la razonabilidad del plazo 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 a este respecto que el DCMR no ostenta competencias para la valoración del eventual detrimento económico que el cliente pudiera haber sufrido.

Especial mención requiere el concepto de «préstamo responsable», introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, la LES), en su artículo 29, en virtud del cual las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente.

Este concepto fue desarrollado posteriormente tanto en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, como en la Circular del Banco de España 5/2012, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Finalmente, con la Ley 5/2019 se han elevado de rango muchos de estos principios, y sus artículos 11 y 12 exigen que los prestamistas evalúen en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo, con el fin de verificar su capacidad para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo.

En el expediente de reclamación R-201907885, los reclamantes denunciaban la creación de falsas expectativas de concesión de un préstamo hipotecario por parte de la entidad, que les llevó a firmar un contrato de arras con el vendedor de una vivienda viéndose, sin embargo, después obligados a formalizar un préstamo personal para asumir los gastos de la operación. No obstante, los reclamantes señalaban que, tras la práctica de la tasación, la entrega de la señal y la necesidad de contratar un préstamo personal para asumir todos los gastos, la entidad les comunicó que la concesión del préstamo no iba a ser posible, al no disponer de parte del precio de adquisición de la vivienda, basando la denegación de la operación

en la imposibilidad de la entidad para financiar el 100 % del precio de adquisición del inmueble.

Por su parte, la entidad se limitó en sus alegaciones a invocar la falta de legitimación pasiva de la parte reclamante en relación con la contratación de los préstamos personales, al otorgarlos otra entidad de su grupo, así como sobre las arras penitenciales, que fueron estipuladas entre una empresa inmobiliaria y los reclamantes. Respecto a su disconformidad con la negativa a concederles un préstamo hipotecario por el importe en el que se fijó la compraventa, la entidad manifestó que no constaba que los reclamantes llegaran a formalizar el correspondiente documento de solicitud de financiación de activo o hipotecaria, efectuándose la petición de forma verbal, siendo además facultad discrecional de la entidad la concesión o no en esas condiciones.

El DCMR concluyó que la actuación de la entidad, globalmente considerada, había sido contraria a las buenas prácticas bancarias, dado que omitió cualquier tipo de manifestación acerca de la invocada creación de falsas expectativas a la parte reclamante en cuanto a la concesión del préstamo hipotecario, limitándose a negar lo manifestado por los interesados, sin aportar ningún tipo de acreditación documental y sin facilitar tampoco ningún tipo de explicación en relación con la demora incurrida en la tramitación de la operación hipotecaria solicitada, no actuando con la diligencia y transparencia que debió imperar en la tramitación de la operación y pudiendo además constituir su actuación un quebrantamiento de la normativa de transparencia, al no constar acreditado que entregase la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) as su cliente antes de efectuar la tasación.

En el expediente R-201905434, la reclamante denunciaba que había solicitado en diversas ocasiones a la entidad que procediera a eliminarla como titular del préstamo en el que constaba como titular junto con su exmarido, tras la sentencia de divorcio y correspondiente extinción de condominio acordada, haciendo la entidad caso omiso a su solicitud.

La entidad se limitó en sus alegaciones a manifestar que la solicitud de modificación del préstamo para que a la prestataria se le diera de baja de este era una cuestión que queda fuera de las competencias del servicio de atención al cliente (SAC) y de las del DCMR, al corresponderse con aspectos claramente incluidos por su naturaleza en lo que podríamos denominar «política comercial, de riesgos y/o de funcionamiento operativo de la entidad».

El DCMR concluyó que, sin perjuicio de que no cabía emitir pronunciamiento alguno sobre la pretendida liberación de la titularidad del préstamo hipotecario solicitada por la reclamante, al incardinarse en la «política comercial y de asunción de riesgos» de la entidad, esta debería haber comunicado su decisión de admitir o denegar la propuesta planteada por su clienta, incurriendo con la ausencia de respuesta en

una falta de la diligencia en su actuación, apartada de las buenas prácticas bancarias.

## 1.2 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 que recae sobre las entidades de facilitar una información financiera completa y comprensible a sus clientes de los productos que estos desean contratar.

Es 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 las componen.

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 de 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 solicitando el 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 el cliente esté 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 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, especialmente 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 a las entidades idéntica 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 une a las partes.

En el expediente R-201817913, la reclamante, avalista de un préstamo hipotecario, solicitaba información sobre el estado de la ejecución de este y de las cargas y deudas pendientes a fecha actual, sin que hubiera recibido contestación por parte de la entidad, ni de su SAC.

La entidad alegó que su SAC había resuelto facilitar la información solicitada, habiendo entregado a la avalista el certificado de deuda pendiente, que, no obstante, no incluía la tasación de costas del procedimiento de ejecución hipotecaria, al no haberse practicado aquella.

El DCMR concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, dado que la parte reclamante se vio obligada a acudir a esta instancia para que le fuera facilitada la documentación solicitada. Además se consideró que pudo haber quebrantado la normativa de transparencia aplicable, al haber contestado su SAC una vez transcurrido el plazo legal previsto para dar respuesta a su cliente y con posterioridad a que esta instancia requiriera a la entidad para que formulara las preceptivas alegaciones, lo que evidenciaba un deficiente funcionamiento del SAC.

### **1.3 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, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a quien solicitara un préstamo hipotecario y reuniera los requisitos de la citada Orden, esto es, que la hipoteca recayera sobre

una vivienda, que el prestatario fuera persona física y que el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 150.253,03 euros, o su equivalente en divisas. Dicho 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 a través de una oferta vinculante obligatoria, con arreglo al artículo 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, si la operación entraba en los límites cuantitativos y materiales de aquella, o bien mediante cualquier otro documento con el que informara a los solicitantes de las condiciones económicas a las que, durante el plazo que allí se recogiera, y de acuerdo con la buena fe que debe presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, se comprometía.

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c<sup>2</sup> de la LES, se aprobó la Orden EHA/2899/2011, que derogó 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 desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo referente al préstamo responsable».

La Orden EHA/2899/2011 establecía la obligatoriedad de facilitar la información regulada en sus artículos 21 (Ficha de Información Precontractual, FIPRE) y 22 (Ficha de Información Personalizada, FIPER). Del mismo modo, la orden actualmente vigente regulaba en su artículo 23 la oferta vinculante, que, de coincidir íntegramente la información en ella contenida con la de la FIPER, podía 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 (cuya entrada en vigor derogó la anterior) establecían un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conociera con carácter previo las condiciones financieras de la operación.

No obstante lo anterior, 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, determinaban que el cliente tenía 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

---

<sup>2</sup> 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.



sobre la «cláusula suelo»— debían 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.

Finalmente, la Ley 5/2019 y su normativa de desarrollo, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden ECE/482/2019), y, por último, el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019 (en adelante, el Real Decreto 309/2019), han modificado la regulación de la información precontractual referida a los contratos de préstamo que caen dentro del ámbito de aplicación de la citada ley, esto es, aquellos que, no estando expresamente excluidos por el artículo 2.4, son concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

- a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.
- b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o el garante sean un consumidor.

Para estas operaciones se mantiene la obligación de entrega de la FIPRE con determinadas modificaciones y desaparece la FIPER, que será sustituida por la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante.

La citada FEIN, con los contenidos fijados en la nueva normativa, será entregada al cliente, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, junto con la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que se informará sobre cláusulas o elementos relevantes, como índices oficiales de referencia utilizados, límites mínimos en el tipo de interés, posibilidad de vencimiento anticipado por impago y sus gastos, la distribución de los gastos de formalización o que se trate de un préstamo en moneda extranjera. No obstante, mientras que la entrega de la FEIN es obligatoria desde el 16 de junio de 2019, la entrega de la FiAE lo es desde el 29 de julio de 2019.

La entrega obligatoria de la FEIN y la FiAE debe además ir acompañada de la entrega de un documento separado referido a las cuotas que se han de satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés si este es variable; de una copia del proyecto del contrato; de información sobre el reparto de gastos entre prestamista y prestatario; en su caso, de las condiciones del seguro de amortización



y del seguro de daños y, por último, para el supuesto de formalización en escritura pública, de la advertencia de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija para la autorización de la escritura sobre el contenido y consecuencias de la información contenida en la mencionada documentación.

Esta documentación deberá remitirse también, por medios telemáticos seguros, al notario elegido, junto con la manifestación firmada por el prestatario en la que declare haber recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, permitiendo al notario una comprobación fehaciente de la fecha en la que se pusieron a su disposición los citados documentos firmados por el cliente, sin costes directos o indirectos para aquel y permitiendo que se dirija al notario elegido a fin de que extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección de notario.

No obstante, el prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria y, en particular, responderá a sus consultas sobre el contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados, conteniendo las explicaciones ejemplos prácticos de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial las relativas a los tipos de interés y a los instrumentos de cobertura de riesgos que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.

Así las cosas, y con respecto a la normativa anterior a la Ley 5/2019, el DCMR considera que, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades deben estar en condiciones de acreditar haber facilitado la información de las condiciones financieras de las operaciones formalizadas con, al menos, tres días hábiles de antelación a la fecha de la firma de la escritura pública de formalización del préstamo para los préstamos formalizados antes del 16 de junio de 2019.

Para los préstamos formalizados de conformidad con la Ley 5/2019, los prestamistas deberán acreditar la entrega de la FEIN, de la FiAE y de la documentación precontractual adicional obligatoria prevista en la nueva normativa y antes explicada, con una antelación de, al menos, diez días naturales respecto a la fecha de la formalización del préstamo.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, 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 previa por alguno de los siguientes motivos: i) no constar en soporte duradero; ii) no incluir la totalidad de las menciones preceptivas conforme a la normativa aplicable; iii) no haber quedado constancia de su recepción por el cliente, y iv) no habérsela facilitado con antelación suficiente respecto a la fecha de firma de la escritura.

- b) La falta de claridad del documento o documentos a través de los cuales se ha facilitado la indicada información precontractual.
- c) El cambio, en perjuicio del cliente, de las condiciones ofertadas durante la vigencia comprometida de estas en la oferta vinculante o en la FEIN.
- 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 los que se suscriban escrituras de novación, y hayan 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.

Para préstamos formalizados a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 y su normativa de desarrollo, la FEIN debe incluir, no solo el contenido de la parte A del anexo I de la citada ley, sino también su parte B, referida a las instrucciones para cumplimentar la FEIN.

Es ilustrativo a este respecto el expediente R-201909252, en el que el reclamante manifestaba que tenía contratada con la entidad una hipoteca a tipo fijo con bonificaciones pactadas y que, a partir del mes de agosto de 2019, la entidad aumentó las cuotas que le habían sido cobradas, por la cancelación de una tarjeta de crédito, señalando que el día en el que se formalizó el préstamo no fue debidamente informado de que el importe de la cuota se encontraba vinculado a la contratación de determinados productos, ni por el notario ni por el director de la entidad.

La entidad alegó que, en la misma fecha de formalización del préstamo, firmaron un pacto de bonificaciones del tipo de interés en función de los productos contratados por los titulares del préstamo, acordándose de forma expresa las bonificaciones aplicables al tipo de interés, junto con los requisitos para que el diferencial pactado se viera bonificado hasta el máximo de 0,80 puntos, añadiendo que la parte reclamante tenía contratado un seguro de hogar con una aseguradora del grupo, pero que decidió cancelarlo el 8 de abril de 2018, lo que le supuso desde dicha fecha la no aplicación de la bonificación pactada del 0,20 %, y que en fecha 2 de abril de 2019 decidió cancelar asimismo el contrato de tarjeta, por lo que dejó

de cumplir también este requisito de bonificación, suponiendo de nuevo una disminución de 0,40 puntos en su tipo de interés.

En este caso, el DCMR consideró que la entidad podría haber incurrido en un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria, al no haber recogido en el contrato de préstamo hipotecario, ni en la preceptiva FIPER, el compromiso de bonificación del tipo de interés suscrito en documento privado en la misma fecha de la formalización del préstamo. Asimismo, el DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, dado que no constaba acreditado que se entregara la FIPER con la antelación debida a la parte reclamante. Por otra parte, la entidad incurrió en otra mala práctica bancaria respecto al aumento de la cuota hipotecaria, ya que, aunque la bonificación respecto del tipo fijo pactado por la contratación de determinados productos se encontraba pactada en el documento de bonificación, no constaba acreditado que hubiera informado oportunamente a su cliente de que la cancelación del seguro contratado con la aseguradora del grupo y de la tarjeta iba a suponer un aumento de su cuota hipotecaria.

En el expediente R-201911051, la reclamante denunciaba que, una vez entregada la oferta vinculante del préstamo hipotecario que solicitó para adquisición de vivienda, se fijó la fecha para la firma de la escritura, pero, llegado ese momento, se le impuso la contratación de dos seguros de hogar y un seguro de vida con la entidad, como condición para la concesión de la operación, hecho con el que mostró su disconformidad; y la entidad entonces le comunicó que había un problema en relación con el importe del préstamo solicitado, que no coincidía con el importe de la compraventa, por lo que habría que estudiar nuevamente su solicitud de financiación y que las condiciones ofrecidas serían diferentes, por lo que solicitaba la devolución de la tasación y una indemnización por los daños causados.

La entidad alegó que en ningún caso se condicionó la concesión de la operación de activo a la contratación de seguros, basándose solo en la solvencia del prestatario y en los criterios de riesgo de la entidad, pudiendo utilizar la tasación en otra entidad en la que consiguió financiación, tasación cuyo coste le había sido devuelto con intereses, no pudiendo admitirse la reclamación por tratarse de una solicitud de indemnización.

En este caso, el DCMR consideró que la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia, dado que no constaba acreditado que le hubiese entregado oportunamente la preceptiva FIPRE a la parte reclamante, con los contenidos mínimos referidos al préstamo hipotecario, así como por negarse injustificadamente a otorgar la operación en los términos recogidos en la FEIN inicialmente entregada a la parte reclamante, quedando acreditado que generó en su cliente falsas expectativas en relación con la operación de financiación solicitada, omitiendo, a su vez, cualquier tipo de manifestación al respecto.

En el expediente R-201910504, el reclamante denunciaba que, dos días antes de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, la entidad le comunicó que no podía llevarse a cabo la formalización de la operación solicitada, a pesar de haberle entregado la oferta vinculante, lo que le supuso la pérdida de la cantidad entregada a la parte vendedora en concepto de arras, por lo que solicitaba la devolución de dicha cantidad.

La entidad alegó, respecto a la devolución de las arras, que debería inadmitirse dicha reclamación por cuanto no se había cumplido el requisito de acudir previamente al SAC y que, tras fijarse la fecha de la firma de la operación, la gestoría indicó a la oficina que había que considerar la limitación prevista en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, que establece que «Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúense las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos», por lo que indicaron al interesado que podía formalizarse el préstamo, pero pignorando el importe de la venta hasta la fecha en la que vencía dicha limitación, negándose el cliente a firmar la operación en esas condiciones y solicitando el envío de la tasación.

El DCMR concluyó que la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento normativo y de las buenas prácticas y usos bancarios, por cuanto la entidad entregó a su cliente la FEIN, hecho del que se desprendía que ya había sancionado positivamente el préstamo hipotecario, sin haber tenido en cuenta la limitación de la vivienda objeto de garantía, lo que le llevó a exigir al solicitante una garantía adicional no informada previamente, generando en su cliente expectativas erróneas en relación con la operación de financiación solicitada.

Por último, en el expediente R-201913084 el reclamante exponía que, tras solicitar una ampliación de su préstamo hipotecario e informársele de que la operación solicitada era viable, entregó la documentación necesaria y efectuó una provisión de fondos que incluía los gastos correspondientes a la tasación, cargándosele en su cuenta el 9 de julio de 2019 su importe, 338,80 euros. No obstante, una vez realizada la tasación y entregada la documentación requerida, la entidad, con fecha 28 de agosto de 2019, le informó de que no le iban a conceder la ampliación, ante la que mostró su disconformidad con la demora incurrida por parte de la entidad y la falta de explicaciones sobre dicha denegación, añadiendo que, en fecha 18 de julio de 2019, le fue cargado el importe de la nota simple solicitada.

La entidad, por su parte, exponía que, tras el abono de un importe total de 349,71 euros de gastos, después de estudiar la operación, esta fue denegada, conforme a los criterios de liquidez, solvencia y rentabilidad, habiendo accedido a la pretensión de la parte reclamante teniendo en consideración los hechos y la documentación obrante en el expediente y procediendo a la retrocesión del

importe de la tasación, esto es, 338,80 euros, más los intereses legales devengados.

En este caso, el DCMR consideró que la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia aplicable, por cuanto, en contra de lo previamente informado y pactado en la FIPRE, en la que la entidad asumía el coste de los gastos de comprobación registral, cargó al reclamante los gastos de la emisión de la nota simple. Adicionalmente, la entidad también se alejó de las buenas prácticas bancarias, dado que omitió cualquier tipo de manifestación o aclaración acerca de la invocada creación de falsas expectativas sobre la parte reclamante en cuanto a la concesión del préstamo hipotecario y la demora incurrida en su denegación.

#### **1.4 Comprobación del cumplimiento del requisito de transparencia material**

El artículo 15 de la Ley 5/2019 establece un nuevo procedimiento para que el notario actuante en cada formalización de préstamos inmobiliarios compruebe el cumplimiento del requisito de transparencia material respecto al nuevo prestatario, fiador y garante del préstamo. De este modo, la ley no solo persigue garantizar que estas personas dispongan de toda la información necesaria con la antelación suficiente para poder comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo, sino que además ha previsto un sistema de asesoramiento imparcial obligatorio por parte del notario, que deberá aclarar a los potenciales clientes todas las dudas que suscite el contrato.

En primer lugar, el mandato legal prescribe que, sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante deben facilitar al prestatario, durante el plazo de los diez días naturales desde la entrega de la FEIN y resto de documentación a la firma de la operación, el prestatario, fiador y garante del préstamo que sea persona física habrá de comparecer, por sí o por medio de representante, ante el notario, como muy tarde el día anterior al de la autorización de la escritura, para que les asesore presencialmente de la manera que se expone a continuación. El notario verificará la documentación acreditativa de la entrega al cliente de la FEIN, FiAE y resto de documentación previa obligatoria y, en caso de que quede acreditado su cumplimiento, hará constar en acta previa a la formalización del préstamo lo siguiente:

- a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos para la puesta a disposición del prestatario de la FEIN, FiAE y resto de documentación previa obligatoria.
- b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.

- c) El notario deberá dejar constancia en el acta de que ha prestado asesoramiento sobre las cláusulas recogidas en la FEIN y la FiAE de manera individualizada y con referencia expresa a cada una. Además, el prestatario responderá a un test, en el que se concretará la documentación entregada y la información suministrada,

Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones de entrega de la FEIN, FiAE y documentación previa obligatoria o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en plazo hábil, el notario recogerá en el acta dicha circunstancia y no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

De acuerdo con el artículo 17 bis, apartado 2.b), de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la LEC), el contenido de dicho acta se presumirá veraz e íntegro, hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de las manifestaciones de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos citados, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

En la escritura pública del préstamo inmobiliario, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta gratuita a la que se refieren los párrafos anteriores, haciendo constar en ella el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, y la afirmación de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y asesoramiento preceptivos.

En ningún caso, la actuación notarial eximirá a la entidad de su obligación de facilitar a los interesados las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas de la suscripción del préstamo<sup>3</sup>.

El Real Decreto 309/2019 desarrolla en su capítulo IV los medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario (artículos 11 y 12, respectivamente), así como los principios y requisitos técnicos y el procedimiento de remisión de documentación entre prestamista y prestatario, siendo estos desarrollados con más detalle en instrucciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN), hoy denominada Dirección General de Seguridad

---

<sup>3</sup> El Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y por la que se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE de 29), desarrolla en su capítulo IV, «medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario», artículos 11 y 12, respectivamente, los principios y requisitos técnicos y el procedimiento de remisión de documentación entre prestamista y prestatario, siendo desarrollados con más detalle en instrucciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública [véanse Instrucción de 31 de julio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de las plataformas telemáticas para la preparación del acta de información previa y las escrituras de préstamo hipotecario en aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 1 de agosto), e Instrucción de 20 de diciembre, de la DGRN, sobre la actividad notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE del 30).]

Jurídica y Fe Pública (DGSP) y en circulares de obligado cumplimiento del Consejo General del Notariado<sup>4</sup>.

### **1.5 Requisitos de conocimientos y competencia aplicables al personal al servicio del prestamista**

El artículo 16 de la Ley 5/2019 establece para el personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado una serie de requisitos de conocimientos y competencias necesarios y actualizados que deberán reunir en todo momento sobre los productos que comercializan, y en especial sobre la elaboración, oferta o concesión de contratos de préstamo, la actividad de intermediación de crédito y la prestación de los servicios de asesoramiento, en su caso, y en la ejecución de los contratos de préstamo, también aplicable respecto a los servicios accesorios incluidos en los contratos de préstamo inmobiliario y respecto a los productos de venta vinculada o combinada.

También resultarán aplicables los requisitos mínimos de conocimientos y competencia que específicamente se establecen en la normativa de desarrollo ministerial al personal de la sucursal del prestamista o intermediario de crédito inmobiliario registrado en otro Estado miembro.

De igual modo, resultarán aplicables los requisitos de conocimiento y competencias a las personas que desarrollen la actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios.

La Orden ECE/482/2019 desarrolla en su artículo segundo, apartado doce, los conocimientos y competencias aplicables al personal al servicio del prestamista de crédito inmobiliario, intermediario de crédito inmobiliario o representante designado, el ámbito subjetivo, las materias, los tipos de formación, la impartición y el certificado de formación y las políticas y procedimientos internos sobre conocimientos y competencia, dando nueva redacción a la sección 6.<sup>a</sup> del capítulo II del título III de la Orden/EHA/2899/2011.

### **1.6 Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras**

El artículo 1280 del Código Civil establece que deberán constar en documento público, entre otros, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación,

---

<sup>4</sup> Véanse a este respecto la Instrucción del 14 de junio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (BOE de 15); la Instrucción de 31 de julio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de las plataformas telemáticas para la preparación del acta de información previa y las escrituras de préstamo hipotecario en aplicación de la Ley 5/2019; la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la DGRN, sobre la actividad notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019 (BOE de 30), y la Circular 1/2019, de 24 de mayo, del Consejo General del Notariado, relativa a la Ley 5/2019.



transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», entre los que se encuentra la hipoteca.

En cuanto a la estructura del documento público, la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 6, señalaba que las escrituras públicas en las que se formalizan los préstamos hipotecarios debían contener, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras, en el orden y con el contenido dispuesto en el anejo II de la Orden. En términos similares se manifiesta actualmente el artículo 29 de la vigente Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (en adelante, la Ley 2/1994), hace referencia a la formalización en escritura pública de la subrogación de la entidad acreedora.

Por su parte, la Ley 5/2019 establece que los contratos de préstamo sujetos a su ámbito de aplicación se formalicen en papel o en otro soporte duradero, y concreta que, en caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un bien inmueble de uso residencial ubicado en territorio nacional, se formalicen en escritura pública, que podrá adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial.

La norma exige que se haga constar en los contratos sus elementos esenciales, así como los datos y elementos que determine el Gobierno mediante real decreto.

Para que el notario pueda autorizar la escritura pública de los contratos sujetos al ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, es necesario, como se ha indicado anteriormente, que se haya otorgado con carácter previo el acta prevista en el artículo 15.3.

### **1.7 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, en su artículo 30.1, recoge asimismo esta libertad de elección.

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 en la operación. 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 las operaciones de 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». La Ley 5/2019 recoge asimismo el principio de libre elección de notario por parte del prestatario en su artículo 14.1 g).

A la vista de lo anterior, el DCMR estima que, dado que las entidades y los prestamistas en general están obligados por la Ley 5/2019 a informar expresamente a sus clientes personas físicas, con carácter previo a la formalización de las escrituras públicas en las que se documenten sus préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, sobre su derecho a la libre elección de notario, el incumplimiento de dicho precepto por la omisión de dicha información y la eventual imposición de una notaría determinada podrá ser constitutivo de quebrantamiento de la normativa aplicable de transparencia y protección de la clientela.

Por lo que respecta al acto de otorgamiento en sí, la Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 30 la obligación del notario otorgante de informar a la parte prestataria de las obligaciones que asume y de comprobar un amplio elenco de aspectos relevantes de la operación que se formaliza, para una mayor garantía de transparencia.

La Ley 5/2019, como se ha indicado anteriormente, ha reforzado la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material, con las actuaciones de verificación y asesoramiento previo obligatorio que impone a los notarios, incluyendo la elaboración del acta previa y el test al cliente sobre la documentación entregada y la información suministrada.

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 financiera 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.

## **1.8 Obligaciones de transparencia en relación con los contratos**

El artículo 7 de la Ley 5/2019 dispone que los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el

carácter de condiciones generales de la contratación, con arreglo a lo dispuesto en dicha ley y que no hayan sido negociadas con el cliente.

En caso de que sí se hayan negociado con el cliente, no haría falta depositarlas, pero debe dejarse constancia clara y expresa en el contrato de dicha circunstancia, so pena de que las cláusulas sean impugnadas y pueda declararse su nulidad de pleno derecho.

Dichas condiciones generales de la contratación estarán además disponibles en la página web de los prestamistas, si la tienen, y, en caso contrario, las tendrán gratuitamente a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios en sus establecimientos abiertos al público, debiendo garantizarse la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información citada en los términos exigidos legal o reglamentariamente.

En relación con esta materia, véase la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la DGRN, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y su reflejo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (BOE del 14 de junio).

### **1.9 Tramitación administrativa y gastos de formalización del préstamo hipotecario**

La propia naturaleza del préstamo con garantía hipotecaria conlleva la necesidad de realizar 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 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:

- a) 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 controversia de la responsabilidad por el desempeño de esos terceros.

- b) La información facilitada a los prestatarios sobre los gastos que deben asumir a raíz de la formalización del préstamo hipotecario.
- c) Y, muy destacadamente, la propia distribución de los indicados gastos entre las partes en la operación, en particular a resultas de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo concerniente al carácter abusivo de las cláusulas contractuales por las que se atribuyen dichos gastos a los prestatarios en exclusiva, sobre lo que posteriormente nos extenderemos.

Con respecto a la primera cuestión origen de controversias, hay que decir que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita en el registro de la propiedad correspondiente, la entidad no puede ejercitar todos los derechos asociados 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 (artículo 5 de la Ley 2/1994).

En relación con esta circunstancia, aunque la normativa aplicable<sup>5</sup> 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

---

5 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 servicios, dispone: «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.»

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 este 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 la 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.

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.

La segunda fuente de controversias entre prestamistas y prestatarios en relación con los gastos de formalización se refiere a la información facilitada a los prestatarios sobre los gastos que deben asumir.

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 dimanen 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 estas obligaciones se incluye la atinente al «coste total del préstamo» que se había de incluir en la FIPRE, concepto que equivale al «importe

total a reembolsar» que debía constar en la FIPER<sup>6</sup> y, desde el 16 de junio de 2019, en la FEIN, teniendo su omisión las consecuencias propias del incumplimiento normativo que puede llegar a suponer.

Cabe señalar que es práctica generalizada en el sector financiero que las entidades exijan a sus clientes el pago de una provisión de fondos para la atención de los gastos que aquellas 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 los clientes van a asumir.

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

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

- 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.

---

<sup>6</sup> 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.

- 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 los supuestos en los que, ostentando los prestatarios la condición de consumidores, los contratos suscritos estipulan que la totalidad de los gastos de la operación recae sobre el deudor. En este sentido, es preciso indicar que han proliferado las demandas de nulidad ante la declaración de abusivas de cláusulas de esta tipología.

En el origen de la jurisprudencia que hace referencia a esta cuestión encontramos la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, que declaró la nulidad de varias cláusulas contenidas en determinados contratos de préstamo con garantía hipotecaria. En concreto, y por lo que aquí afecta, declaró la nulidad de la cláusula por la que la entidad imponía 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 referentes a ella, y las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños sobre el inmueble hipotecado.

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

- En primer lugar, en lo que respecta a los gastos de formalización de escrituras notariales e inscripción de estas, la cláusula discutida hace recaer la totalidad de los gastos sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa.
- 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 el 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.

- 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.

Por último, la citada sentencia confirmaba la declaración de nulidad de la meritada cláusula efectuada en la instancia, si bien no analiza las consecuencias de dicha nulidad, especificando cuál habría de ser la extensión de sus eventuales efectos restitutorios.

Por lo que se refiere a los tributos que gravan la operación de préstamo con garantía hipotecaria, la Sala Primera del Tribunal Supremo aclaró, a través de sus sentencias 147/2018 y 148/2018<sup>7</sup>, ambas de 15 de marzo, efectuando una interpretación 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 documentados, 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.

---

7 Resulta igualmente de interés la declaración contenida en esta 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».

- b) En lo que respecta al pago del impuesto sobre 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.»

Continuando con el análisis jurisprudencial más reciente respecto de estas cuestiones, especial mención cabe realizar de la modificación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuota variable.

Tradicionalmente, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fundamentaba y sostenía que, a los efectos del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable, la condición de sujeto pasivo la ostentaba el prestatario. Sin embargo, en fecha 16 de octubre de 2018, la Sección 2.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictaba sentencia por la que anulaba el artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (disponía que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios era el prestatario), y fijaba como nuevo criterio que la condición de sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuota variable, en los préstamos hipotecarios le correspondía al prestamista.

Ante la repercusión del citado fallo, el presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a través de la nota informativa de 19 de octubre de 2018, comunicó la avocación al Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo del conocimiento de los recursos pendientes, con objeto similar, a fin de dirimir si dicho giro jurisprudencial debía ser o no confirmado por el Alto Tribunal. En este sentido, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo<sup>8</sup>, tras dos días de deliberaciones, acordó por 15 votos a 13 volver al criterio según el cual el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuota variable, en los préstamos con garantía hipotecaria es el prestatario.

---

8 Sentencias 1669/2018, 1670 y 1771 del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Pleno), de 27 de noviembre.

No obstante el criterio fijado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el Gobierno, a través del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 noviembre, modificó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, estableciendo que el sujeto pasivo del citado impuesto, en lo referido a actos jurídicos documentados, cuota variable, en los préstamos hipotecarios es el prestamista.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en las sentencias del 23 de enero de 2019 números. 44, 46, 47, 48 y 49, estableció los siguientes criterios de distribución de los gastos de formalización entre prestamista y prestatario:

- a) Arancel notarial. La intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.
- b) Arancel registral. La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que le corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.
- c) Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.
- d) Gastos de gestoría. También se impone el pago por mitad de estos.

Por otra parte, atendiendo al marco normativo vigente, resulta preciso señalar que la Ley 5/2019 estipula en su artículo 14.1.e), respecto a los contratos sujetos a su ámbito de aplicación, que, a partir de su entrada en vigor, los gastos de tasación serán asumidos por el prestatario, y corresponderá al prestamista asumir los gastos de gestoría, el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad. Respecto del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, se establece que su pago se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

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 esta 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, con tal fin, de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, este DCMR entiende que las buenas prácticas bancarias que deben presidir las relaciones entre las entidades financieras y su clientela exigen que las entidades no ignoren la doctrina jurisprudencial expuesta excusándose en que no han sido parte en los correspondientes procedimientos, y, en 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 considera 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 labor de este DCMR 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 las partes, en uso de su libertad negocial, o bien los órganos judiciales.

Finalmente, ha de precisarse que el criterio elaborado por el DCMR, en virtud del cual se 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 negocios jurídicos, como podrían 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 gastos de tasación, y, asimismo, se estima que no ha de conocerse por nuestra parte los pronunciamientos relativos a los 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.

No obstante, este departamento, a raíz de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, antes mencionadas, ha comenzado a exigir que las entidades se pronuncien sobre todos los conceptos de gasto recogidos en ellas: esto es, gastos notariales, registrales, fiscales y de gestoría, siempre que los cuestione su cliente, considerando buena práctica bancaria la distribución de gastos ajustada a dichas sentencias, salvo que la distribución de gastos pactada fuera más beneficiosa para el interesado, en cuyo caso se exigiría el cumplimiento estricto del contrato.

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 contratación. 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 la jurisprudencia descrita, 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. Este tipo de condiciones puede ser establecido por las entidades en el marco de su política comercial y de riesgos, de acuerdo con la legislación vigente, siempre que se ajusten a las limitaciones actualmente establecidas en el artículo 17 de la Ley 5/2019 para la práctica de ventas vinculadas y combinadas, que se explicará más adelante.

### 1.10 Tasación de la finca objeto de la hipoteca

En aquellos préstamos que están garantizados con hipoteca u otra garantía real, el inmueble aportado como garantía debe ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo.

En estas operaciones, la obligación del prestamista de valorar en profundidad la solvencia del cliente para verificar su capacidad de hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se mantiene totalmente vigente. A este respecto, el artículo 18 de la Orden EHA 2899/2011 prevé que, en el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, su cuantía máxima 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.

Por su parte, la Ley 5/2019 establece expresamente que, en estos supuestos, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda el importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial.

La citada tasación se realizará por una sociedad de tasación o un servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, podrá también realizarse por un profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, y a la disposición adicional décima de la citada ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario.

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.

Si bien, como se ha indicado con anterioridad, la Ley 5/2019 ha regulado expresamente que los gastos de tasación corresponden al prestatario, antes de la entrada en vigor de esta norma también solía ser lo habitual que fuera el prestatario el que corriera con los gastos de tasación de la garantía. En estos casos, este DCMR ha considerado, 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 de su cargo, requiriendo a tal fin su autorización para cargarlos en cuenta, debiendo indicarse igualmente que la realización de la tasación no conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, sin que su negativa conlleve la devolución de dichos gastos. En caso de resultar denegada la operación solicitada, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que aquel pueda acudir, si así lo desea, dentro del plazo de vigencia del informe (seis meses desde su fecha de emisión<sup>9</sup>), 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 la entidad tratará de minimizar los costes en los que deba incurrir el solicitante, posponiendo razonablemente la obtención de los informes más costosos —entre ellos, la tasación— hasta que se haya realizado un preestudio de la viabilidad de la operación, contemplando el resto de las variables intervinientes, incluido el análisis de la capacidad de pago.

En particular, en los casos en los que, a la vista de la información inicialmente recabada del solicitante de la operación, se planteen dudas acerca de la titularidad registral del bien objeto de garantía, o quepa presumir la 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.

---

<sup>9</sup> 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.



- 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, las entidades 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 una tasadora homologada, el coste del nuevo informe deberá ser asumido íntegramente 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 corrección del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

En el expediente R-201910430, la reclamante denunciaba que se le obligó a aportar un informe de tasación para poder formalizar una operación de novación y subrogación con la entidad, prometiéndole que se le devolvería su coste, pero que, sin embargo, la entidad no le aceptó dicho informe argumentando que no cumplía con los requisitos marcados por el mercado hipotecario por adjuntar las escrituras de préstamo hipotecario en vez de las notas simples del Registro de la Propiedad. Ante ello, la entidad realizó una segunda tasación, abonando esta los costes de

aquella y formalizando la operación hipotecaria solicitada, pero sin devolverle el importe satisfecho por la primera tasación.

La entidad alegó que, según el artículo 14 de la Ley 5/2019, los gastos de tasación del inmueble corresponden al prestatario, no siendo en ningún momento la entidad la que hace la imposición al prestatario de asumir el coste de la tasación, sino la Ley, y que, tras presentar la tasación propia el cliente, se cursó la validación de esta por otra tasadora, a cargo de la entidad, que además arrojó un valor mayor que la primera tasación, no prometiéndosele nunca el reembolso de la primera tasación, que era a su cargo.

El DCMR concluyó que, en este caso, la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al haber faltado a la transparencia informativa debida por haber solicitado la verificación de las tasaciones de manera previa a los documentos de solicitud de las operaciones de novación. Asimismo, la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela, dado que no constaba acreditada la entrega de FIPRE a su cliente y por hacer incurrir a esta en un coste que debía asumir la prestamista si se formalizaba finalmente la operación, de conformidad con lo pactado en la FEIN y en el propio contrato de novación.

### 1.11 Hipotecas especiales (créditos, multidivisa y subvencionados)

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 convenido, incluidos los intereses y las comisiones correspondientes, existen operaciones de financiación hipotecaria que adoptan la forma de créditos.

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.

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

También se han recibido reclamaciones cuestionando el tipo de cambio aplicado al cliente con motivo de la entrega de la divisa en el momento de la formalización del préstamo, así como con motivo del pago de los vencimientos en la moneda elegida y con motivo de la amortización anticipada del préstamo. En estos casos, la entidad deberá pactar expresamente con su cliente el tipo de cambio que se aplicará a la operación, salvo para pagos de cuantías no superiores al contravalor de 3.000 euros, en los que, según la normativa de transparencia en vigor<sup>10</sup>, 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 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 el 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

---

10 Norma cuarta de la Circular del Banco de España 5/2012, Préstamos subvencionados o subsidiados.

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 el Tribunal Supremo, 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 la de otros préstamos, lo que había agravado su situación económica y jurídica.

Por otra parte, se señala que no resulta suficiente la posibilidad de cambio de divisa para eliminar los riesgos mencionados, ni para dispensar a la entidad financiera 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.

La Ley 5/2019 regula específicamente este tipo de operaciones y establece, en su artículo 20, que en los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera, formalizados a partir del 16 de junio de 2019, el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa, que será:

- a) la moneda en la que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o
- b) la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de firma del contrato de préstamo o sea residente en el momento en el que se solicita la conversión.

El prestatario optará por una de estas dos alternativas en el momento de solicitar el cambio, debiendo ser el tipo de cambio utilizado en la conversión el vigente en la fecha en que se solicite, publicado por el Banco Central Europeo, salvo que el préstamo establezca otra cosa.

Los prestatarios no consumidores podrán pactar con el prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo.

La norma obliga a los prestamistas a informar periódicamente al prestatario del importe adeudado, con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido, del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercerlo, así como de los mecanismos contractualmente aplicables para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el prestatario.

Dicha información se facilitará, en todo caso, cuando el valor del débito pendiente o de las cuotas periódicas difiera en más de un 20 % del importe que resultaría de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo.

Esta regulación se pondrá en conocimiento del prestatario, tanto a través de la FEIN como del contrato de préstamo suscrito. Si el contrato no contiene disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el prestatario para fluctuaciones inferiores al 20 %, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos de una fluctuación del tipo de cambio del 20 %.

La ley señala que el incumplimiento de las exigencias y requisitos previstos en el citado artículo 20 determinarán, a favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato, de modo que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.

La Orden ECE/482/2019 desarrolla en su artículo segundo, apartado once, sección 5.ª, Préstamos en moneda extranjera, la información que se ha de remitir al prestatario, dando nueva redacción a la sección 5.ª del capítulo II del título III de la Orden/EHA/2899/2011.

En el expediente R-201910576, la parte reclamante explicaba haber negociado con la entidad una dación en pago de un préstamo impagado en yenes, formalizándose además una escritura de préstamo hipotecario con un capital de 62.000 euros en mayo de 2015. Y que, al mes siguiente, la entidad realizó un cargo por una cantidad de 54.946,47 euros en concepto de «Provisión recobro expediente en mora» y, tras haber solicitado en reiteradas ocasiones información que justificase dicho cargo, la entidad se había limitado a comunicar que la cantidad controvertida procedía del pago de una supuesta deuda en mora de un préstamo hipotecario, el cual aseveraba la reclamante había sido en su día cancelado mediante dación en pago. Reclamaba, por tanto, la devolución de lo adeudado, con los intereses legales correspondientes.

La entidad alegó que, tras el vencimiento anticipado por impago del préstamo multivisa de la reclamante, aquel presentaba un saldo deudor impagado de 40.098.702,00 yenes japoneses, al tipo de cambio 134,90, y se autorizó la formalización de una dación por importe de 239.723,46 euros, condicionada a que fuese refinanciada la diferencia entre el importe de esa dación y el de la deuda total

(unos 57.000 euros), financiándose esa diferencia con un préstamo de 62.000 euros, con destino la amortización parcial del préstamo hipotecario, de tal modo que la deuda quedara reducida al importe de 239.723,46 euros. Dicha deuda posteriormente se cancelaría con la dación solicitada, cursando el cliente orden para destinar, de dicho préstamo, la cantidad de 57.000 euros a la amortización parcial del préstamo hipotecario. Por una incidencia técnica se demoró la contabilización de la amortización anticipada, resultando que el importe necesario para amortizar la diferencia entre el importe de la dación y el de la deuda total ascendió finalmente a 54.946,47 euros, que fue la cantidad finalmente adeudada.

El DCMR concluyó que, en relación con las operaciones de reducción de saldo pendiente con refinanciación y dación en pago cuestionadas, la entidad incurrió en una mala práctica bancaria, al no constar que pactara expresamente con su cliente el tipo de cambio aplicable y, por ende, la fijación del débito pendiente en euros del préstamo multdivisa en la fecha de la cancelación de la operación. También se observó, en cuanto a la información facilitada sobre el cargo controvertido, que la entidad no había obrado adecuadamente, dado que la parte reclamante se vio obligada a acudir al DCMR para que le fuera facilitada dicha información.

Por último, destacan también, por su especialidad, los préstamos hipotecarios subvencionados o subsidiados. Respecto a ellos, 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.

## 1.12 Intereses

### 1.12.1 Intereses ordinarios o remuneratorios

La normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las

entidades de crédito, salvo lo que más adelante se indicará respecto al límite de los intereses de demora<sup>11</sup>.

Según prevé el artículo 21.1 de la Ley 5/2019, el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. En caso de acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo que reúna los requisitos que establece la norma.

Los tipos de interés oficiales de referencia vigentes en la actualidad se regulan en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, estando su forma de cálculo regulada en la Circular del Banco de España 5/2012. Los tipos o índices de referencia oficiales se publican mensualmente en el *BOE* y también están disponibles en el sitio web del Banco de España.

En materia de información previa, y según establece el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, con la nueva redacción dada por la Orden ECE/482/2019, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, el prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, y, en su caso, a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, el documento separado indicado en el artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019, en el que se hará una referencia especial a las cuotas periódicas que ha de satisfacer el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés y las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones, y todo ello teniendo además en cuenta el uso, o no, de índices oficiales de referencia.

A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia utilizado en la FEIN haya presentado durante los últimos veinte años, o el plazo máximo disponible si es menor. Si el tipo de interés aplicable inicialmente al préstamo se correspondiera con el nivel máximo o mínimo durante los últimos veinte años, se tomará como referencia para el cálculo dicho nivel, incrementado o disminuido, según el caso, en un 50 %.

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:

---

11 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 3.8.2.3 del presente capítulo).



- 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 pronunciamiento de censura a la entidad de crédito si no demostrara que ha operado de forma coherente a lo largo del tiempo en la selección del mes al que se refiera el valor del índice con ocasión de cada una de las revisiones, que habrá de ser, en principio, el mismo en cada anualidad (o período de revisión, si fuera de duración distinta a la anual), de manera que sus fluctuaciones sean susceptibles 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 a 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 los reclamantes 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 aplicables al préstamo. Si tal circunstancia no se acredita —mediante oferta vinculante y/o FIPER o, en su caso, la FEIN—, 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 devolver al cliente los importes pagados de más en cada vencimiento, debidamente actualizados al tipo de interés del préstamo en cada momento o al tipo de interés legal si este fuera mayor, con el recálculo del capital pendiente, o bien mediante otro tipo de opciones, desarrolladas en el epígrafe 1.12.9 de este capítulo, titulado «Reliquidación». La falta de diligencia por parte de las entidades en la regularización de los recibos mal liquidados constituye una mala práctica bancaria.

- Solicitud de que se aplique un tipo de interés negativo, como consecuencia de que el diferencial aplicable no llega a compensar el valor negativo del índice pactado. En tales casos, el Banco de España carece de competencia para realizar un pronunciamiento general respecto a la eventual aplicación de tipos de interés negativos a los productos típicamente bancarios comercializados por las entidades con sus clientes, en la medida en que para determinar si procede dicha aplicación habrá que estar a lo que disponga el clausulado del contrato bancario en cuestión.

En particular, por lo que se refiere a los contratos de préstamo a tipo de interés variable y en ausencia de previsión específica, habrá que estar, en especial, a los términos en los que se exprese la cláusula o cláusulas en las que se regule el tipo de interés que se ha de satisfacer, y en concreto 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 «tipos negativos» que satisfacer o compensar por parte de la entidad prestamista.

No obstante, el artículo 21.4 de la Ley 5/2019 establece, para los préstamos o créditos a tipo de interés variable incluidos en su ámbito de aplicación —y formalizados a partir del 16 de junio de 2019—, que el interés remuneratorio en esas nuevas operaciones no podrá ser negativo, por lo que resuelve de manera expresa y definitiva dicha controversia.

Por todo lo anterior, es exigible a las entidades que redacten con claridad las cláusulas que regulan el tipo de interés del préstamo, en particular cuando se trata de préstamos a tipo de interés variable 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 2019 se recibieron diversas reclamaciones en las que se cuestionaban los índices de referencia oficiales pactados en los contratos de préstamo 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, cumplen 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 continúa teniendo la consideración de índice oficial, así como algún otro índice de los eliminados por ley (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 por entender que se trataría de un índice susceptible de manipulación por parte de las entidades implicadas, que declaran los tipos aplicados para la conformación del tipo de referencia, 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 669/2017, de 14 de diciembre, 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/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva 93/13/CEE), 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.

No obstante, con fecha 16 de febrero de 2018, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona planteó diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) solicitando su opinión sobre los siguientes extremos: i) si el hecho de que el IRPH-Cajas sea un índice regulado tiene como consecuencia que no está sometido a la Directiva 93/13/CEE; ii) si dicha directiva se opone a que los tribunales no examinen el carácter abusivo de una cláusula contractual redactada de forma clara y comprensible que se refiera al objeto principal del contrato; iii) si para cumplir con el control de transparencia de una cláusula como la controvertida es necesario explicar el método de cálculo del índice en que se basa y su evolución pasada y posible evolución futura, y iv) si la declaración de nulidad del IRPH-Cajas podría conllevar, en defecto de pacto en contrario, que el juez nacional lo sustituya por un índice legal u ordene la no aplicación de interés remuneratorio alguno.

Respecto a las cuestiones prejudiciales planteadas, con fecha 3 de marzo de 2019 el TJUE ha dictado sentencia, por la que se determina lo siguiente:

- a) La Directiva 93/13/CEE sí comprende en su ámbito de aplicación una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que determine que el tipo de interés aplicable se basa en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión, con independencia de la elección de las partes en el contrato, ni su aplicación supletoria, si las partes no han pactado otra cosa.
- b) Los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, como la cláusula controvertida.
- c) Para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino que también ha de permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento del cálculo del tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. En

concreto, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario. Para evaluar la transparencia de la cláusula resulta pertinente el cumplimiento de la normativa de transparencia respecto a la obligación de las entidades de informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de cajas durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible.

- d) En caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional puede sustituirlo por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que dicho contrato no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

### 1.12.2 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 fecha coincidente con la de la primera cuota periódica, 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.

### 1.12.3 Cálculo de las cuotas

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.

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 inicio 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. Esto 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 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.

Una herramienta de utilidad para el cálculo de las cuotas de préstamo hipotecario es el simulador ofrecido en el Portal del Cliente Bancario: [https://app.bde.es/asb\\_www/es/cuota.html#/principalCuota](https://app.bde.es/asb_www/es/cuota.html#/principalCuota).

#### 1.12.4 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 todo caso, el DCMR estima que, en las comunicaciones de las revisiones del tipo de interés en las que no se aplique la bonificación máxima pactada, deberá detallarse al cliente cuáles son los requisitos de bonificación que no se han cumplido y cuáles han sido, en consecuencia, las bonificaciones pactadas no aplicadas, en orden a que tome conocimiento de dicha circunstancia para poder subsanarla a la mayor brevedad, en su caso.

Algunos ejemplos ilustrativos de expedientes examinados en 2019 en los que se planteaban problemas en relación con la bonificación del tipo de interés del préstamo hipotecario son los siguientes:

- En el expediente R-201903852 el reclamante cuestionaba el aumento injustificado, a partir de una determinada fecha, de la cuota mensual de su préstamo hipotecario a tipo variable y bonificable, sin previo aviso por parte de la entidad, explicándole esta que se debía a que, tras la absorción de la antigua prestamista, habían modificado el sistema de cálculo de la cuota por otro más beneficioso para el prestatario, lo que no le resultó suficientemente claro, ya que, si así fuera, debería acortarse el plazo del préstamo.

La entidad alegó que, al darse cuenta de que la manera de calcular la cuota mensual con aplicación de bonificaciones que venía utilizando

la entidad prestamista absorbida no se ajustaba a lo pactado —ya que, en vez de calcular primero el tipo bonificado cada mes y luego la cuota resultante, como se acordó, se venía aplicando el tipo sin bonificar para el cálculo de la cuota y posteriormente se restaban los intereses objeto de bonificación—, decidió comenzar a aplicar lo pactado, que además era más beneficioso para la parte prestataria, ya que pagaría una cantidad total menor al finalizar el préstamo, al pagar menos intereses por amortizar más capital al principio, resultando además la cuota mensual menor a partir de determinada fecha. La entidad añadió que ofreció a su cliente reliquidar el préstamo desde el inicio aplicando el sistema realmente pactado.

El DCMR consideró, sin perjuicio de entender que el nuevo sistema de cálculo de cuota aplicado se ajustaba estrictamente a lo pactado, que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios al no haber actuado con la diligencia y transparencia exigibles, dado que procedió unilateralmente a modificar el cálculo de la cuota del préstamo sin informar previamente a su cliente y sin facilitarle las explicaciones adecuadas, omitiendo además la aclaración de que no procedía un acortamiento del vencimiento del préstamo, como pensaba el reclamante.

- Por su parte, en el expediente R-201907042 se denunciaba la falta de aplicación, en la primera revisión anual de su préstamo hipotecario, seis meses después de su formalización, de la bonificación pactada del 1 % y la aplicación solo del 0,25 %, al argumentar la entidad que no se había cumplido con el consumo mínimo exigible de la tarjeta de 3.600 euros en los doce meses anteriores a la fecha de revisión, con lo que discrepaba la parte reclamante, ya que, si la revisión se realiza semestralmente —como sucedía en la primera revisión—, el consumo de la tarjeta debía ser de 1.800 euros, es decir, la mitad, puesto que se dispone de la mitad del tiempo.

La entidad señalaba que la bonificación pactada de 0,75 puntos porcentuales lo era por la contratación conjunta de una serie de productos, entre los que se encuentra el consumo en tarjeta de crédito, por importe mínimo del 3 % del principal del préstamo —sin que dicho mínimo exigible sea superior a 3.600 euros— en los doce últimos meses anteriores a cada fecha de revisión del tipo de interés.

El DCMR concluyó que la entidad incurrió en una mala práctica bancaria al interpretar unilateralmente y de forma interesada los pactos de bonificación en contra de los intereses de su cliente, sin que constara que hubiera tratado de llegar a un acuerdo con él, así como al no constar acreditado que comunicara a su cliente en la siguiente revisión, después del período en el que resultaba de aplicación el tipo fijo pactado, los

productos no contratados o las condiciones no cumplidas que originaron la no aplicación de la bonificación cuestionada.

#### 1.12.5 Año comercial-año civil

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 Reclamaciones 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 Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial ya reforzaba claramente los requerimientos de conducta de las entidades exigiendo actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios.

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 forma 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.

#### 1.12.6 Cláusula suelo

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 en los años anteriores.

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 (en adelante, el Real Decreto-ley 1/2017), 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 TJUE 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-ley 1/2017, 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, por lo que el número de reclamaciones tramitadas en 2019 relativas a cláusulas suelo ha sido muy residual y circunscrito a determinados supuestos no contemplados en el real decreto-ley referido, en los que determinadas circunstancias relacionadas con un déficit de transparencia informativa o de diligencia han llevado al DCMR a emitir pronunciamientos contrarios a determinadas actuaciones de las entidades intervinientes.

Para saber más sobre este procedimiento especial, puede consultarse la información que facilita el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnextoid=ccbe2d55e0e70610VgnVCM1000001d04140aRCRD>.

Respecto a los criterios que ha venido manteniendo hasta ahora el DCMR en relación con las reclamaciones por cláusula suelo, nos remitimos a la *Memoria de Reclamaciones 2018* (pp. 123-124), sin perjuicio de exponer a continuación las cuestiones planteadas en un expediente de reclamación sobre cláusula suelo que ha sido seleccionado por su interés.

Así, en el expediente R-201906829, la parte reclamante manifestaba su discrepancia con la falta de explicaciones sobre la información fiscal del ejercicio 2018 remitida por la entidad, en la que se incluía una cantidad como importe abonado al cliente en concepto de «Otras cantidades indemnizatorias», por lo que, dada la diferencia respecto a la cantidad realmente recibida con ocasión de la sentencia condenatoria recaída sobre la cláusula suelo de su préstamo hipotecario, solicitó a la entidad el desglose de dicha cuantía a fin de cumplir con sus obligaciones tributarias, sin que

haya visto satisfechas sus pretensiones. Asimismo, ponía de manifiesto que el importe cargado en su cuenta en concepto de amortización parcial, por mor de la reliquidación derivada de la cláusula suelo, no había sido aplicado a la disminución del capital pendiente de su préstamo.

La entidad, en sus alegaciones, manifestó que el importe de «otras cantidades indemnizatorias» correspondía a la consignación de las costas procesales, gastos e intereses por cláusula suelo y por otro procedimiento judicial sobre gastos de formalización, efectuando el desglose solicitado, así como que el cargo de la cantidad en concepto de amortización parcial de su préstamo hipotecario se debió a que entendió que la nulidad de la cláusula conllevaba el ajuste del capital amortizado, pero que, no obstante, posteriormente se procedió a anular el citado apunte para dar cumplimiento correcto a la oportuna sentencia, dado que esta indicaba que se devolviesen cantidades, no que se rehiciese el cuadro de amortización, y por ello se realizó la consignación judicial de dicha cantidad.

El DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, puesto que su cliente se había visto obligado a acudir al DCMR para que le fuera facilitado el desglose del concepto «otras cantidades indemnizatorias» y la información sobre el cargo en cuenta, y asimismo por efectuar unilateralmente dicho cargo en cuenta sin informarle previamente del motivo de este y por no haber alegado nada en relación con la diferencia existente entre la cantidad que le fue abonada en su momento y los datos contenidos en el cuadro de reliquidación que aportaba respecto a los intereses cobrados de más, si bien parecía tratarse de la liquidación de intereses legales sobre las cantidades pagadas de más.

En relación con la evolución del tratamiento jurisprudencial que han tenido las cláusulas de esta tipología en ejercicios anteriores, nos remitimos con carácter general al desarrollo de esta cuestión contenido en la *Memoria de Reclamaciones* correspondiente a 2017 (pp. 103-106) y a 2018 (p. 125).

Finalmente, cabe señalar que la Ley 5/2019 ha recogido en su artículo 21.3 la prohibición de fijar un límite a la baja del tipo de interés en las operaciones con tipo de interés variable.

#### 1.12.7 Intereses de demora

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 (en adelante, la Ley 1/2013) (artículo 3 y disposición transitoria segunda), quedando limitados a tres veces el tipo de interés legal del dinero y pudiendo devengarse solo sobre el principal pendiente de pago; con



respecto al momento desde el que el indicado límite máximo será aplicable, se contempla que lo sea, con carácter general, tras la entrada en vigor de la citada ley, si bien se prevé también su aplicación retroactiva para los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, que se devenguen con posterioridad a aquella, así como a los que, habiéndose devengado en dicha fecha, no hubieran sido satisfechos.

Resulta de interés en este punto la argumentación expuesta por el Tribunal Supremo en su ya citada sentencia 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 TJUE, 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 364/2016, de 3 de junio, hizo extensiva su doctrina sentada en la sentencia 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 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 C96/2016) y 22 de febrero de 2017 (Asunto C94/2017), fueron planteadas ante el TJUE, 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.

En resolución de la anterior, el TJUE dictó sentencia el 7 de agosto de 2018, por la que establece, entre otras conclusiones:

- a) La validez de 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 que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.
- b) La validez de 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, aplicándose solo los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

Por último, debe indicarse que el artículo 25 de la Ley 5/2019 establece expresamente que «En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».

#### 1.12.8 Falta de comunicación de revisión del tipo de interés

La norma sexta, apartados 6.d) y 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.

Por su parte, el Real Decreto 309/2019 regula en su artículo 8 la información sobre modificaciones del tipo de interés en operaciones a tipo de interés variable y exige que el prestamista informe al prestatario de dicha modificación con una antelación mínima de quince días naturales respecto a su fecha de aplicación. Dicha información incluirá:

- a) La variación del coste total del préstamo que implica dicha modificación.

- b) El importe de cada uno de los pagos que deban efectuarse tras la aplicación del nuevo tipo de interés.
- c) Los detalles correspondientes al número o la frecuencia de los pagos, si este se modifica por haberse acordado contractualmente.

### 1.12.9 Reliquidación

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 el 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 a 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 actualmente que, conforme a los criterios de buenas prácticas bancarias, una subsanación diligente pasaría 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, o bien con el tipo de interés legal del dinero —que ha venido siendo utilizado por las entidades a este propósito—, siempre que el valor de este sea superior al de aquel. Esto 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, todo ello con el consiguiente ajuste del capital pendiente del préstamo hasta la actualidad, sobre la base del capital amortizado de menos por la aplicación de un tipo de interés superior al que hubiese correspondido.

No obstante, serán igualmente válidas otras subsanaciones, como la consistente en devolver al cliente los intereses pagados de más en cada vencimiento, calculados sobre la base del cuadro de amortización inicial del préstamo, si bien actualizando igualmente dichas cuantías con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, o bien con el tipo de interés legal del dinero en las condiciones antes explicadas, sin ajuste de capital pendiente, pero en estos casos la entidad deberá explicar detalladamente los cálculos efectuados y compararlos con los que corresponderían a la reliquidación del préstamo explicada en el párrafo anterior, de forma que el cliente pueda comprobar la validez de dicha alternativa de subsanación.

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.

### 1.13 Tasa anual equivalente (TAE). Novedades de la Ley 5/2019

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR, en lo relativo a la TAE de operaciones hipotecarias<sup>12</sup>, 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, 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

---

<sup>12</sup> El Portal del Cliente Bancario ofrece una herramienta de simulación para el cálculo de la TAE de un préstamo hipotecario, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/podemosayudarte/simuladores/calculo-de-la-tae-de-un-prestamo-hipotecario.html>.

tendrá en cuenta el tipo de interés realmente aplicable para cada uno de los respectivos vencimientos.

No obstante lo anterior, conviene señalar que la Ley 5/2019 ha introducido una modificación en el cálculo de la TAE (en concreto, en su anexo II), que regula la ecuación de base y los supuestos adicionales para calcular la TAE. Así, tras la entrada en vigor de la LCCI, cuando la TAE se tenga que calcular de conformidad con el supuesto adicional regulado en la letra e) del apartado II del anexo II de la ley, esto es, en los contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo deudor en relación con el período inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo deudor, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador o un tipo de referencia interno convenidos, será necesario tener en cuenta que, para el cálculo de la TAE, habrá que partir del supuesto de que, al final del período del tipo deudor fijado, el tipo deudor es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la TAE, en función del valor del indicador o tipo de referencia interno convenidos en ese momento, sin ser inferior al tipo deudor fijado.

También se ha de señalar que, tras la entrada en vigor de nueva normativa, los prestamistas deben incluir en el cálculo de la TAE los gastos que sean necesarios para obtener el crédito (ventas vinculadas) o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas<sup>13</sup> (ventas combinadas).

En estos casos, el prestamista deberá indicar con claridad en la FEIN, además de las características principales del préstamo, las obligaciones, esto es, la contratación de productos o servicios que exige al prestatario para obtener el préstamo o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, su coste —que se deberá incorporar en el cálculo de la TAE—, así como las consecuencias que se derivarían de la cancelación anticipada de estas obligaciones (por ejemplo, posibles penalizaciones en el tipo de interés).

Además de lo anterior, y dado que según establece el artículo 17.7 de la citada ley en las prácticas de ventas combinadas el prestamista está obligado a realizar la oferta de los productos de forma combinada y por separado para que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta y otra, en opinión de este DCMR, será necesario que la información que permite la comparación de ambas ofertas se facilite igualmente en la FEIN. De este modo, la FEIN deberá recoger las características de la oferta por separado y las características de la oferta combinada en términos de obligaciones —incluyendo, en su caso, las consecuencias de su cancelación

---

13 Según establece el considerando 50 de la Directiva 17/2014, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, el coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos que este deba abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista. Debe, por tanto, incluir los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto, exceptuando los gastos notariales, que sea necesario para obtener el crédito (por ejemplo, el seguro de vida) o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas (por ejemplo, el seguro de incendios).

anticipada— y de coste, incluida la TAE, que deberá facilitarse en ambos escenarios (oferta combinada y separada) como elemento comparador, para que el prestatario pueda debidamente valorar ambas ofertas.

En aquellos casos en los que la operación hipotecaria se ofrece por separado y con la opción de contratar una serie de productos o servicios que producen una bonificación en el tipo de interés, este DCMR recomienda asimismo recoger ambas ofertas en la FEIN, con indicación de las características de cada una de ellas en términos de obligaciones y también de coste, lo que implica, asimismo, incluir la TAE de cada oferta.

## 1.14 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).

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 2019, 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.

### 1.14.1 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. El artículo 14.4 de la Ley 5/2019 establece expresamente que «Si se

pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

Esta comisión debe recogerse necesariamente en la FEIN, prevista en los artículos 10 y 14.1 de la Ley 5/2019; concretamente, en su apartado 4), «Tipo de interés y otros gastos», según se indica en el anexo I de la Ley 5/2019, apartados A), «Modelo de FEIN», y B), «Instrucciones para cumplimentar la FEIN», debiendo recogerse como «otros componentes de la TAE» y, en concreto, como gastos que deben abonarse una sola vez. 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 8 de la Ley.

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.

#### 1.14.2 Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo

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

#### 1.14.3 Gastos por reclamación de posiciones deudoras

Véase apartado sobre «gastos por reclamación de posiciones deudoras» en el epígrafe 6.4.13 de este capítulo sobre «Liquidación de la cuenta».

#### 1.14.4 Comisión por emisión de certificado de cancelación económica de la deuda. 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.

Por otra parte, el artículo 7, *in fine*, de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante, la Ley 41/2007), refuerza dicho criterio del DCMR al establecer que «en cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello».

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. Por eso, 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 considerar 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.

#### 1.14.5 Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada (reembolso total o parcial) 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, cuando la cancelación tenga lugar hasta el 15 de junio de 2019. Las alusiones a préstamos hipotecarios, a los efectos que aquí nos ocupan, incluyen también los créditos hipotecarios.

Por último, alguna reclamación gira también en torno 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 también a partir del 9 de diciembre de 2007, pero cuando dicha cancelación anticipada tiene lugar con posterioridad al 16 de junio de 2019, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ya que, como más adelante se explicará, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, de desarrollo de la anterior, y en vigor también el 16 de junio de 2019, modifica la fórmula de cálculo del valor de mercado de estos préstamos y, por tanto, de la eventual pérdida financiera para la entidad derivada de dicha cancelación anticipada, que será también de aplicación para todos los préstamos acogidos a la Ley 5/2019 que se hayan formalizado a partir del 16 de junio de 2019, si bien en dicho año aún no se han recibido reclamaciones derivadas de estos últimos préstamos que se centren en su cancelación anticipada, por ser muy reciente su formalización.

#### *Concepto*

Se trata de pagar anticipadamente una parte o la totalidad del importe del capital concedido de un préstamo, bien directamente por parte del cliente, en el caso de las amortizaciones anticipadas no subrogatorias, o bien por parte de otra entidad

que sustituye al antiguo acreedor y paga a este el importe pendiente del préstamo, en el caso de las amortizaciones anticipadas subrogatorias, si bien estas últimas serán siempre totales.

### *Normativa aplicable a las amortizaciones anticipadas: comisiones y compensaciones*

El régimen legal aplicable a las amortizaciones anticipadas ha ido variando con el tiempo, pasando de uno inicial de comisiones máximas por amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias, vigente hasta el 9 de diciembre de 2007, a un primer régimen general de compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés desde dicha fecha, que dio paso, a su vez, a partir del 16 de junio de 2019, al nuevo régimen de compensaciones vigente en la actualidad, supeditándose el cobro de las compensaciones, tanto en el nuevo régimen de compensaciones como en el anterior de compensaciones por riesgo de tipo de interés, a la existencia de una pérdida financiera para la entidad.

La normativa aplicable en cada caso depende básicamente de la fecha de formalización de las operaciones, así como de la fecha de las amortizaciones anticipadas, del tipo de amortizaciones anticipadas subrogatorias o no subrogatorias de que se trate y de la catalogación de la parte prestataria y/o de los garantes o fiadores como personas físicas, o como personas jurídicas con unas determinadas características.

La fecha de la amortización anticipada será especialmente relevante también para la aplicación de una u otra fórmula de cálculo de la pérdida financiera de la entidad, como más adelante se explicará.

Esta sucesión de regulaciones diferentes hace que la mayoría de las reclamaciones a día de hoy se continúen resolviendo conforme a regímenes antiguos.

### *Régimen de compensaciones de la Ley 5/2019*

La Ley 5/2019 establece en su artículo 23 un nuevo régimen aplicable a las comisiones y compensaciones de los préstamos incluidos en su ámbito de aplicación, sustituyendo las compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés previstas en los artículos 8 y 9 de la ley 41/2007 por una única «compensación o comisión», con las diferenciaciones que se hacen en el artículo 23, dependiendo de que el préstamo hipotecario sea a interés variable, a tipo fijo o bien para el caso de novación del tipo de interés o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (Ley 2/1994). En todos los casos, fija como límite al importe que se puede cobrar por este concepto la pérdida financiera de la entidad, calculada con los criterios generales previstos en

el apartado 8 del mismo artículo 23, y aplicando también, en su caso, los límites percentiles contemplados para cada uno de los tres supuestos. Así:

- En los contratos de préstamo a tipo de interés variable o en los tramos variables de cualquier otro préstamo, cabrá pactar una compensación o comisión a favor del prestamista:
  - en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los cinco primeros años, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 0,15 % del capital reembolsado;
  - en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los tres primeros años, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 0,25 % del capital reembolsado.
  
- En los contratos de préstamo a tipo de interés fijo o en los tramos fijos de cualquier otro préstamo, cabrá pactar una compensación o comisión a favor del prestamista:
  - en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los diez primeros años o desde que resulte aplicable el tipo fijo, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 2 % del capital reembolsado;
  - en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo desde el fin del período antes señalado hasta el fin del préstamo, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 1,5 % del capital reembolsado.
  
- En el caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que suponga la aplicación durante el resto de la vigencia del préstamo de un tipo fijo en sustitución de otro variable:
  - en caso de reembolso o amortización anticipada total o parcial del préstamo durante los tres primeros años, no mayor que la pérdida financiera, con límite del 0,15 % del capital reembolsado;
  - transcurridos los tres primeros años de vigencia del contrato, el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna.

Como novedad, debe señalarse que la Orden ECE/482/2019 establece en su artículo segundo, apartado diez, una sustancial modificación del modo de cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios, y, en consecuencia, de la pérdida

financiera de la entidad, cambiando la redacción del artículo 28 de la Orden/EHA/2899/2011, «Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés».

Según el nuevo método de cálculo (aplicable desde luego a los préstamos hipotecarios formalizados a partir del 16 de junio de 2019 incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, pero también a los formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 al amparo de la Ley 41/2007), cuando la amortización total o parcial tenga lugar a partir del 16 de junio de 2019, 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 en los nuevos préstamos sujetos a la Ley 5/2019 como la diferencia existente, en el momento de contratación de la operación, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento.

Así, llegado el momento de la efectiva amortización, se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento. El diferencial así calculado se incorporará al documento contractual en todos aquellos préstamos sujetos a la Ley 5/2019. La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España.

Para los casos de préstamos hipotecarios con un tipo fijo inicial y posteriormente otros tipos fijos en los distintos períodos del préstamo, el DCMR considera, a los efectos del cálculo del valor de mercado del préstamo, que no existen revisiones del tipo de interés. En estos supuestos los tipos aplicables están prefijados, con independencia de que puedan variar, en su caso, al alza o a la baja en función de las eventuales bonificaciones pactadas, ya que, para que se considere que hay revisiones en el tipo de interés, debe hacerse depender su determinación de las fluctuaciones del mercado de tipos de interés y no de actuaciones del cliente contratando o no los productos o servicios bonificables, por lo que el diferencial previsto se calculará como la diferencia existente, en el momento de contratación de la operación, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la fecha de su vencimiento.

Por su parte, el tipo de interés de referencia aplicable será, de igual manera, el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la fecha de su vencimiento.

La suma aritmética del tipo de interés de referencia y el diferencial, calculados de la manera expuesta, será el tipo de interés de actualización aplicable para el cálculo del valor de mercado del préstamo, y la diferencia entre dicho valor de mercado y el

importe del capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada, lo que nos dará como resultado la pérdida financiera o ganancia financiera de la entidad, según se dé el caso, respectivamente, de que el valor de mercado sea mayor o menor que el capital pendiente.

Según se establece en el citado apartado 8 de artículo 23 de la Ley 5/2019, «el valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión [...]».

Los valores del tipo IRS aplicables para el cálculo del valor de mercado del préstamo pueden consultarse en la página web del Banco de España [https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/tabla\\_tipos\\_compensacion\\_riesgo\\_tipo\\_interes.html](https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/tabla_tipos_compensacion_riesgo_tipo_interes.html).

Otra herramienta de utilidad para el análisis de la amortización anticipada es el simulador ofrecido por el Portal del Cliente Bancario: [https://app.bde.es/asb\\_www/es/amortizacion.html#/principalAmortizacion](https://app.bde.es/asb_www/es/amortizacion.html#/principalAmortizacion).

#### *Anteriores regímenes de compensaciones y de comisiones máximas*

Como se apuntaba en los párrafos introductorios de este apartado, con anterioridad a la entrada en vigor del régimen actual de compensaciones coexistían un régimen de compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés y otros regímenes de comisiones máximas por amortización anticipada subrogatoria y no subrogatoria, que referimos aquí brevemente, remitiéndonos para un mayor detalle a las páginas 135 a 141 de la *Memoria de Reclamaciones 2018*: [https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00\\_Memoria\\_reclamaciones\\_completa.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

- Para las amortizaciones anticipadas totales y parciales de préstamos formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 por personas físicas y por personas jurídicas que tributen por el régimen de empresas de reducida dimensión en el impuesto sobre sociedades se estableció la posibilidad de pactar una compensación por desistimiento máxima del 0,5 % durante los cinco primeros años y del 0,25 % posteriormente, así como de pactar una compensación por riesgo de tipo de interés dentro de un período de revisión de tipos superior a doce meses, aunque condicionando el cobro de esta última compensación a la existencia efectiva de pérdida financiera para la entidad, no pudiendo la compensación cobrada exceder tampoco de la cuantía de dicha pérdida.



- Para los préstamos hipotecarios a tipo variable formalizados a partir del 27 de abril de 2003, no se podrá cobrar por amortizaciones anticipadas subrogatorias una comisión superior al 0,5 %, y para las no subrogatorias, una comisión superior al 1 %, siempre que en ambos casos se hubiera pactado una comisión.
- Para los préstamos hipotecarios a tipo variable formalizados antes del 27 de abril de 2003, no se podrá cobrar por amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias una comisión superior al 1 %, siempre que en ambos casos se hubiera pactado una comisión.
- 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, el Gobierno recomendó, mediante una declaración en 1996, que las entidades aplicasen voluntariamente un límite del 2,5 % en la comisión por cancelación anticipada.
- Para los préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo anteriores al 9 de diciembre de 2007 no existen limitaciones legales a las comisiones por amortización anticipada que se hayan pactado.

Resulta reseñable que a lo largo de 2019, por razones obvias, no se recibieron reclamaciones sobre cancelación anticipada derivadas de los préstamos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019. Sí se ha analizado, sin embargo, alguna reclamación de préstamos formalizados con fecha anterior, en los que la amortización anticipada se ha producido después del 16 de junio de 2019, sujetos, pues, a la actual fórmula de cálculo de la pérdida financiera. También, en su mayoría, reclamaciones sobre amortización anticipada de préstamos sujetos a anteriores regímenes aplicables hasta dicha fecha de entrada en vigor de la norma.

Las reclamaciones presentadas ante el DCMR en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por amortización anticipada superiores a los límites establecidos en el régimen legal aplicable en cada momento; otras se refieren a la falta de información detallada sobre dichas compensaciones con carácter previo a la contratación del préstamo, o en el momento de consultar el cliente a la entidad acerca del potencial coste de la cancelación total o parcial del préstamo. En relación con las deficiencias de información y explicaciones en esta materia, se exige a las entidades un plus en la medida en que se ha de explicar a la clientela el cambio en la fórmula de cálculo del valor de mercado del préstamo y, por tanto, de la pérdida financiera de la entidad y, en definitiva, de las consecuencias económicas que puedan derivarse de ello para el prestatario.

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, según la actual normativa, resulta exigible acreditar la información previa sobre el método de cálculo de aquella y la advertencia de consultar a la entidad a fin de determinar en su momento el importe exacto, mediante la inclusión de dichos extremos en la FEIN suscrita por las partes con diez días naturales de anterioridad respecto a la fecha de formalización del préstamo.

Algunos casos concretos que ilustran sobre el análisis de expedientes de reclamación en esta materia, resueltos en 2019, son los siguientes:

- En el expediente R-201911888, el reclamante discrepaba con el cobro a la mercantil que representaba de una comisión de cancelación del 1 % con ocasión de la amortización total de su préstamo hipotecario. Dicha mercantil era una persona jurídica que tributaba por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto sobre sociedades y, por tanto, le resultaba de aplicación la Ley 41/2007 y se le debería haber aplicado la comisión de desistimiento pactada en la escritura de origen del 0,25 %, al haber transcurrido más de cinco años desde su formalización. Asimismo, refería que la Ley 5/2019 determina que, transcurridos los cinco primeros años de la operación, no se puede cobrar nada por este concepto. Por ello, solicitaba la devolución del importe cobrado.

La entidad alegó que, si bien se cobró a la empresa la comisión por amortización anticipada del 1 % pactada, al acreditar ser una empresa de reducida dimensión a efectos fiscales, se le había devuelto la mitad de dicha cantidad, aplicándosele la compensación por desistimiento pactada del 0,5 %.

El DCMR consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela al haber cobrado una comisión por desistimiento por un importe superior al pactado en la escritura de préstamo hipotecario, pues efectivamente se había cancelado el préstamo transcurridos más de cinco años desde su formalización en el clausulado de un préstamo promotor, suscrito en 2009, correspondiendo, por tanto,

la compensación del 0,25 %. También se estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no recoger en la escritura de compraventa con subrogación y novación todas las condiciones financieras aplicables a pesar de que había intervenido como parte. La entidad argumentaba, además, que no resultaba de aplicación la Ley 5/2019 al haberse formalizado el préstamo antes de su entrada en vigor y no tratarse de subrogación de acreedor o novación efectuada en dicho préstamo tras la entrada en vigor de la ley, para pasar de un tipo variable a uno fijo, supuestos en los que sí cabría la aplicación de la norma.

- En el expediente R-201909081, el reclamante mostraba su discrepancia —entre otros extremos— con el cobro de una comisión por desistimiento del 0,5 % junto con el de la compensación por riesgo de tipo de interés del 2,5 %, señalando que la entidad reclamada no le había facilitado explicación alguna al respecto de una y otra, y que no había justificado que la cancelación de su préstamo hipotecario le hubiera supuesto una pérdida financiera.

La entidad argumentó que la compensación por riesgo de tipo de interés se había aplicado tras haberse constatado que la cancelación anticipada generaba una pérdida de capital para la entidad. También señalaba haber informado con antelación al interesado y dado la oportuna explicación de la forma de cálculo de dicha compensación, que además constaba en la escritura del préstamo. También señalaba haber realizado el cálculo conforme a la normativa vigente en el momento de la cancelación efectiva del préstamo, el 6 de agosto de 2019, con los tipos de interés publicados por el Banco de España en ese momento. En este sentido, invocaba que la Orden ECE/482/2019 —en vigor junto con la LCCI el mismo 16 de junio de 2019— había modificado la forma de cálculo del diferencial para calcular, a su vez, el tipo de actualización aplicable en el cálculo del valor de mercado del préstamo, a efectos de determinar la existencia o no de pérdida para la entidad y, por tanto, si procede o no aplicar la compensación por riesgo de tipo de interés.

El DCMR estimó, en cuanto a la compensación por desistimiento, que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dada su falta de transparencia y de colaboración con esta instancia, al haber omitido cualquier manifestación acerca del cobro de dicha compensación controvertida y no haber aportado documento alguno que acreditase que el importe cobrado era conforme a lo pactado. Respecto a la compensación por riesgo de tipo de interés, entendió que, aunque la cuantía cobrada se ajustaba al nuevo sistema de cálculo previsto en la normativa de aplicación, la actuación de la entidad podría ser constitutiva de quebrantamiento normativo, por cuanto la cláusula contractual que lo regulaba, a pesar de

haberse suscrito con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa anterior referida en el informe, no se ajustaba a aquella, al no recoger el tipo IRS previsto en ella como índice de actualización. Tampoco había actuado con la diligencia y transparencia informativa debida con ocasión de las comunicaciones previas a su cliente relacionadas con la compensación por riesgo de tipo de interés que se ha de cobrar por la cancelación anticipada del préstamo controvertido, al inducir a pensar al interesado que el cambio normativo inminente en la manera de calcular la pérdida para la entidad no afectaba al importe que se había de pagar por compensación por parte del prestatario, cuando no fue así.

#### 1.14.6 Comisión por subrogación de deudor

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

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

En el expediente R-201905743, la parte reclamante mostraba su disconformidad con el cobro, sin previo aviso, de una comisión por subrogación con motivo de la compra a su socio de la mitad de la farmacia que compartían, con la asunción por su parte del pago total del préstamo que financiaba la adquisición de dicha farmacia, al entender que no debía haberla abonado, por no tratarse de una subrogación de deudor por venta a tercero, que era el supuesto de hecho pactado para el cobro de aquella.

La entidad alegó que, una vez autorizada la subrogación por parte del banco, se procedió a adeudar la correspondiente comisión, al existir una sustitución de prestatarios con la autorización expresa del banco, ya que se debe valorar la pérdida de garantías por el hecho de pasar de dos a un prestatario y responsable solidario de la deuda, señalando que en la cláusula cuestionada se establecen las condiciones generales y el mecanismo de subrogación del préstamo en caso de producirse una subrogación por una venta a un tercero distinto a los prestatarios iniciales, hecho que no se producía en el presente caso.

El DCMR estimó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, al cargar unilateralmente y sin aviso

**COMISIONES Y COMPENSACIONES APLICABLES EN CASO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA O CANCELACIÓN SEGÚN LA FECHA DE CONCERTACIÓN DE LA OPERACIÓN**

	CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4	CASO 5
	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)	Subrogaciones de préstamos hipotecarios a tipo fijo (f)	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)	Préstamos y créditos concedidos a partir del 16.6.2019 (d) a personas físicas o garantizados o afianzados por personas físicas, con garantía real sobre inmuebles de uso residencial o con finalidad de adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (e)
		[Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 4 o 5]		[Siempre que no estuvieran incluidos en el caso 5]	
Comisión por amortización anticipada subrogatoria	1 % (o la comisión pactada si es inferior)	0,5 % (o la comisión pactada si es inferior)	2,5 % (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				
Comisión por amortización anticipada no subrogatoria	1 % (o la comisión pactada si es inferior)		% pactado	—	
Compensación por desistimiento	—		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	—		Dentro de un período de revisión de tipos inferior a doce meses: 0 % Si hay ganancia financiera para la entidad dentro de un período de revisión de tipos superior a doce meses (c): 0 % Si existe pérdida financiera y el período de revisión es superior al año: % pactado o importe de la pérdida	Tipo de interés fijo	Durante los diez primeros años: 2 % Después: 1,5 %
				Tipo de interés variable	Durante los tres primeros años: 0,25 % (g) Durante los cinco primeros años: 0,15 % (g) Después: 0 %
				Cambio de tipo variable a fijo mediante novación o subrogación	Durante los tres primeros años: 0,15 % Después: 0 %
				Resto de casos: 0 %	

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).
- d Fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019. A los préstamos hipotecarios que no cumplan las condiciones de esta ley se les aplicarán los regímenes, s anteriores en vigor.
- e Las compensaciones que se cobren con ocasión de los reembolsos o amortizaciones anticipadas totales o parciales de los préstamos comprendidos en los tres supuestos (tipo fijo, tipo variable y novación o subrogación de un tercero pasando de un tipo variable a un tipo fijo) no podrán exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con los límites porcentuales previstos para cada uno de ellos.
- f Los préstamos hipotecarios a tipo fijo anteriores al 9 de diciembre de 2007 no tienen limitaciones legales respecto a las comisiones por amortización anticipada pactadas, excepción hecha de la amortización anticipada subrogatoria especial del caso 3.
- g Supuestos excluyentes entre sí, es decir, en caso de establecerse contractualmente, se debe optar por uno u otro.

previo, una comisión por subrogación de deudor no pactada previamente y no facilitar una FIPER con las nuevas condiciones del préstamo hipotecario derivadas de la modificación de las garantías personales y la eventual comisión que podría cobrar por dicha novación, así como al no llevar a cabo la posterior formalización de la escritura pública de novación.

### 1.15 Subrogación por cambio de deudor

Una vez formalizado el préstamo hipotecario, las partes 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. 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 las 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 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.

#### 1.15.1 Información que se ha de facilitar

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, antes de la formalización de la subrogación de las condiciones que rigen el préstamo,

recae en el deudor original, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional décima de la Ley 5/2019, que se expondrá más adelante.

### 1.15.2 Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor

Con anterioridad a la entrada en vigor del régimen previsto en la Ley 5/2019 y su normativa de desarrollo, el artículo 19.3 de la Orden/EHA/2899/2011 establecía la obligación específica para las entidades de crédito de incluir en los contratos con constructores y con promotores (los conocidos como «préstamos promotores») la obligación de estos de entregar a los clientes la información personalizada relativa al préstamo:

«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 precepto, que ha sido eliminado por la Orden ECE/482/2019, 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; el punto 12, no modificado actualmente, recoge: «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.»

Actualmente, la disposición adicional sexta de la Ley 5/2019, «Supuestos de subrogación de deudor y novación modificativa del contrato de préstamo», establece que «Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo», lo que implica la obligación de la entidad de entregar la FEIN, FiAE y resto de la documentación precontractual obligatoria al deudor subrogado y al prestatario cuyo contrato sea objeto de novación, con diez días naturales de anticipación respecto a la formalización de la subrogación y de la novación, respectivamente.



En todo caso, 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, esta 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 esto 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 Ley 5/2019, 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, este 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, sin perjuicio de la obligación de entrega oportuna de la FEIN, FiAE y resto de la documentación precontractual obligatoria, una vez que la entidad haya autorizado la posterior subrogación en el préstamo del adquirente del inmueble. También debe facilitarse esta información en cualquier otro supuesto en el que de la documentación aportada se desprenda la existencia de negociaciones previas entre la entidad y el 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 al 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 subrogue 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 TJUE.

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.

### **1.16 Subrogación de entidad acreedora**

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, de conformidad con la Ley 2/1994, la parte deudora también podrá subrogar a la prestamista por otra 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. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario.

De conformidad con la redacción dada al artículo 2 de la Ley 2/1994 por la disposición final tercera de la Ley 5/2019, una vez presentada la oferta vinculante por la nueva entidad, en el plazo de quince días naturales desde la entrega de la certificación del débito pendiente, la entidad acreedora podrá ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos que estime convenientes. Durante ese plazo, no podrá formalizarse la subrogación, pues el deudor deberá decidir voluntariamente, si formaliza o no la modificación de las condiciones del préstamo ofrecida por la entidad acreedora. Cabe señalar, además, que ya no se exige (como sí se hacía en el régimen anterior) que la entidad acreedora iguale o mejore las condiciones de la oferta vinculante, sino que la novación se efectuará en los términos que esta estime conveniente. La subrogación pretendida por la otra entidad solo quedará enervada si el deudor formaliza en dicho plazo la novación modificativa.

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 por el 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.

Las reclamaciones presentadas ante el DCMR sobre esta materia corresponden, básicamente, a las siguientes cuestiones:

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

En este caso, 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.

Esto es así pues la redacción del artículo 2 de la Ley 2/1994, anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, establecía que la entidad que se pretende subrogar en la posición de la primera entidad acreedora debía manifestar, «con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante». No obstante, este precepto no contenía unos criterios de homogeneización ni las condiciones necesarias para que la comparación entre las condiciones originales del préstamo y las nuevamente ofrecidas pudiera realizarse de manera objetiva e inequívoca.

En consecuencia, ante la indefinición o la falta de concreción de los criterios de homogeneización y de comparación, el DCMR ha venido considerando, respecto a las reclamaciones presentadas al amparo de la normativa anteriormente vigente, 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 que 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 esto 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.

Como ejemplo ilustrativo de esta problemática, cabe citar el expediente R-201902488, en el que la reclamante denunciaba que en el contrato de novación de préstamo hipotecario suscrito con la entidad acreedora, para enervar la subrogación pretendida por otra entidad, no se recogían las mismas condiciones que se incluían en la oferta vinculante de esa otra entidad, habiéndolo firmado confiando en el director de su sucursal. Asimismo, mostraba su disconformidad con el cobro de un tipo de interés incorrecto desde julio de 2018, incrementado al 1,95 %, a pesar de que se cumplía con las vinculaciones de domiciliación de nómina, gastos con tarjeta y seguro de hogar.

En este sentido, la entidad alegó que en su momento enervó la subrogación de la otra entidad, con renuncia de la oferta de la otra entidad por parte de su cliente, formalizando un contrato privado de novación con la aplicación de un tipo variable euríbor + 0,95 % si se cumplían tres grupos de vinculaciones, y de un incremento del diferencial del 1 % si no se cumplía ninguna de ellas, siendo este el caso, por lo que el diferencial aplicado pasó a ser del 1,95 %.

El DCMR concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al hacer firmar a su cliente un improcedente documento de renuncia a la subrogación de la otra entidad y a cualquier eventual novación de las condiciones de su préstamo hipotecario, así como por no igualar ni mejorar las condiciones ofertadas por la otra entidad y por no entregar tampoco la oferta vinculante con la necesaria antelación a la firma de la novación. Asimismo, se estimó que concurría una mala práctica bancaria, en la medida en que no constaba acreditado que comunicara a su cliente, con ocasión de la revisión anual del préstamo, los incumplimientos que harían imposible la aplicación de la bonificación pactada.

### 1.16.2 Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso

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 de 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 en la letra a), la emisión del certificado viene establecida en la Ley 2/1994, artículo 2, párrafo 3.º, que se pronuncia en los siguientes términos «[...] 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, las comisiones y los 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, de que se

produzca el posible cobro de una comisión por cancelación anticipada, o de que tenga lugar la compensación por desistimiento o la compensación por riesgo de tipo de interés, o bien la compensación por reembolso anticipado de préstamos a tipo fijo, a tipo variable o cuando se produzca la novación o subrogación previa de un tercero como acreedor con resultado de tipo fijo hasta el vencimiento del préstamo, en estos últimos casos al amparo de la Ley 5/2019. Respecto a los gastos referidos en la letra e), el DCMR entiende que es válido que el cliente exija 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. En este caso, no obstante, deberá preverse en dicho documento, expresamente, la facultad de la entidad de compeler al cliente a dicha elevación en cualquier momento si fuera preciso, en particular si fuera necesario ejecutar la deuda, debiendo el prestamista, en tal caso, afrontar los gastos.

En el expediente R-201909864, el reclamante discrepaba con el cargo en cuenta de los gastos notariales derivados de una operación de subrogación de acreedor, cuya factura estaba a nombre de la entidad subrogada. Según la entidad, esto se debió a un error del notario, porque debía haber ido a nombre del cliente, mostrando su disconformidad a este respecto. Asimismo, la entidad manifestaba su desacuerdo en relación con la falta de información del contenido concreto de tal escritura pública, de las partes presentes o de que ellos fueran los solicitantes de la autorización de la escritura, ya que, según la normativa sobre aranceles notariales, su pago corresponde a quien hubiera requerido la prestación del servicio.

La entidad alegó que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, los aranceles notariales relativos al otorgamiento de la escritura de préstamo, con expedición de primera copia para inscribir en el Registro de la Propiedad, debían ser pagados por la parte titular solicitante del préstamo, así como que el pago de la primera copia de la escritura que solicite la entidad, con efectos ejecutivos, será a cargo de esta, correspondiendo el pago de ulteriores copias autorizadas a cargo de quien las solicite. Señalaba que todo ello se recogía en la cláusula correspondiente del contrato de préstamo, razón por la que la factura referente al otorgamiento del préstamo debía abonarse por el prestatario, añadiendo además que en la factura existía un error ajeno a la entidad, al fijarse como destinatario de esta la propia entidad, cuando en realidad debía figurar el reclamante, debiendo, por tanto, trasladarse la reclamación a la notaría para que se procediese a su modificación.

El DCMR concluyó que la actuación de la entidad podría suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela, dado que había procedido a cobrar de sus clientes no solo el coste de la copia autorizada, estando contractualmente obligados a proporcionarla, sino también el de la copia electrónica destinada a la entidad, repercutiéndole así, al cliente, un gasto no pactado.

### 1.16.3 Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación

No es indiferente para el cliente, desde el punto de vista patrimonial, la fecha de aplicación de las nuevas condiciones, en la medida en que, lógicamente, deberían ser más favorables para la parte prestataria que las vigentes hasta entonces. Si bien la normativa en vigor hasta el 16 de junio de 2019 no establecía 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. Afortunadamente, la modificación operada en la redacción del artículo 2 de la Ley 2/1994 por la disposición final tercera de la Ley 5/2019, antes referida, resuelve dicha cuestión, al exigirse que la formalización de la novación modificativa con la primitiva acreedora se lleve a cabo dentro de los quince días naturales siguientes a la entrega del certificado de saldo pendiente a la entidad que pretende la subrogación.

### 1.16.4 Demora en la entrega de la oferta vinculante

En algunos casos, se han planteado reclamaciones ante el DCMR en atención al quebrantamiento flagrante, por parte de las entidades, de la normativa de aplicación, enervando la subrogación pretendida por otra entidad, demorando así injustificadamente la emisión de la preceptiva oferta vinculante que igualase o mejorase la oferta de dicha entidad e, incluso, llegando a afirmar la entidad, sin base suficiente, que su oferta contenía mejores condiciones financieras que las ofrecidas por la otra entidad.

En el expediente R-201817205 la parte reclamante denunciaba que la entidad se había opuesto a la subrogación propuesta por una segunda entidad enervando su oferta, con fundamento en que las condiciones pactadas con ella eran más beneficiosas que la nueva oferta planteada, cuando dichas condiciones eran menos convenientes para sus intereses.

La entidad alegó que, aunque los requisitos para la aplicación del tipo de interés eran coincidentes, sin embargo, en el préstamo suscrito, el seguro de amortización debería corresponderse, al menos, con la mitad del importe del préstamo, mientras que en la oferta de la otra entidad debería serlo por el total del préstamo, lo que supone una importante mejora sobre la oferta de la otra entidad, sobre todo teniendo en cuenta la larga duración de la operación.

El DCMR entendió que la entidad habría quebrantado la normativa de transparencia y protección a la clientela, al no constar acreditado que hiciera entrega a la parte reclamante, dentro de los diez días hábiles siguientes a la comunicación, de voluntad



de enervar la subrogación de la correspondiente oferta vinculante en los términos que establece la citada normativa. Asimismo, se estimó que la entidad se habría apartado de las buenas prácticas bancarias al enervar injustificadamente la operación de subrogación pretendida por la otra entidad, no acreditando que su nueva oferta igualara o mejorara las condiciones de la otra entidad, siendo además la TAE de esta menor.

### 1.17 Productos vinculados

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, las entidades, según establece su artículo 17, no podrán obligar a contratar productos vinculados para la concesión de préstamos hipotecarios o de préstamos personales para la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, salvo que se pruebe que suponen un beneficio para el cliente y sean autorizados por la autoridad competente. Al respecto de la TAE que se ha de informar cuando se producen contrataciones combinadas o vinculadas con préstamos hipotecarios véase el epígrafe 1.13, «Tasa anual equivalente (TAE). Novedades de la Ley 5/2019».

Como excepción, se podrán exigir los seguros de amortización y de daños, pero la entidad deberá admitir otras pólizas alternativas de otros proveedores con condiciones y nivel de prestaciones equivalentes tanto en la suscripción inicial como en cada una de las renovaciones, no pudiendo el prestamista cobrar comisión o gasto alguno por el análisis de las pólizas alternativas que se le presenten por el prestatario.

Asimismo, la prestamista podrá vincular el préstamo a la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro, por parte del prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del préstamo, pagar intereses de este o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago. En dicho supuesto, el cliente deberá recibir información precisa y detallada.

En las prácticas vinculadas que autorice la autoridad competente, el prestamista informará al prestatario, expresa y de manera comprensible:

- a) Que está contratando un producto vinculado.
- b) Del beneficio y riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación.
- c) De los efectos que, en su caso, la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios vinculados.

Se permiten las ventas combinadas de préstamos, con los siguientes límites:

En las prácticas combinadas, el prestamista realizará la oferta de los productos de forma combinada y por separado, de modo que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta y otra. Antes de la contratación de un producto combinado, el prestamista informará al prestatario de manera expresa y comprensible:

- a) de que se está contratando un producto combinado;
- b) del beneficio y riesgos de pérdida, especialmente en los productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación, incluyendo escenarios simulados;
- c) de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios;
- d) de los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios combinados, y
- e) de las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado.

A este respecto, 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.

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—) 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 para asegurar que sus clientes estén adecuadamente informados y sean conocedores, en cada momento, de la situación del seguro asociado 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, y asegurarse de que ha recibido la comunicación emitida al efecto por la compañía aseguradora.

Igualmente, se considera una mala práctica bancaria que las entidades consientan en mantener contratados los seguros suscritos con 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, en relación con los productos de inversión o de seguros, la competencia del DCMR se circunscribe a valorar si la comercialización asociada al préstamo tiene en cuenta los requisitos previstos en la norma en vigor sobre productos vinculados o combinados, y a valorar la actuación de la entidad como depositaria de los fondos de sus clientes y, por tanto, a comprobar si todos los movimientos que las entidades registran cuentan con el preceptivo consentimiento de su titular.

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

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

En el expediente R-201900946, el reclamante denunciaba la falta de pago de los recibos de su préstamo hipotecario a raíz de un infarto sufrido en 2017, con fundamento en la existencia de seguro de amortización gratuito que tenía contratado desde 2005, a través del anterior prestamista, a pesar de que sí se pagaron los recibos desde 2011 a 2014 mientras estuvo de baja laboral.

La entidad se limitó a negar la veracidad de las manifestaciones del reclamante, afirmando que no había acreditado la existencia de dicho seguro gratuito y que, por tanto, no ostentaba la legitimación pasiva para conocer sobre dicho seguro «opción cuota hipoteca».

El DCMR entendió que no constaba acreditado que la entidad prestamista inicial se comprometiera a mantener dicho seguro gratuito durante toda la vida del préstamo, como pretendía el reclamante, por lo que la entidad absorbente no estaría obligada a renovar dicho seguro tras dicha absorción, que tuvo lugar en 2015, ni a contratar otro similar, pero sí a comunicar oportunamente al cliente que dicho seguro no se renovaría, al resultar dicha información relevante para el interesado. Por ello, se estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, revelando su actuación una actitud poco diligente y apartada de la transparencia informativa que le era exigible.

### 1.18 Cesión y titulización de préstamos 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, dirigiéndose al DCMR una variedad de reclamaciones. Estas reclamaciones se han examinado, en esta sede, única y exclusivamente desde la perspectiva que le corresponde al DCMR, es decir, la de las exigencias derivadas de la normativa y de las buenas prácticas bancarias en materia de transparencia y protección de la clientela.

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

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

- Así, respecto del 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, no es, en nuestro Derecho, requisito que perfeccione la cesión, según ha reiterado nuestra jurisprudencia, citándose por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, que establece en su

fundamento jurídico primero lo siguiente: «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 hiciera 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; bastan solo el del cedente y el del cesionario.

Dentro de la esfera de sus competencias, el DCMR ha valorado en diversos expedientes resueltos en 2019 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, el crédito o la posición deudora, en el sentido más amplio, 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, extremos no concernientes al crédito cedido en sí, sino al negocio jurídico de cesión.

Así, en aquellos casos en los que se ha planteado ante el DCMR 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 la eficacia del negocio jurídico en cuestión, a menudo sobre la base de 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 entiende 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 de los 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 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.

No obstante, existe una potestad reconocida al deudor por el artículo 1535 del Código Civil, según el cual «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

En relación con el eventual derecho de extinción de los créditos cedidos, dicha cuestión deberá plantearse ante los tribunales de justicia, al competir a estos, en

exclusividad, la valoración de la concurrencia o no en el caso analizado de los requisitos exigibles para su ejercicio por el deudor cedido; a saber: que se lleve a cabo en el plazo de nueve días desde que el cesionario le reclame el pago, la naturaleza litigiosa de los créditos y el carácter determinado del precio, aspectos cuya valoración excede de las competencias del DCMR.

Caso distinto es la titulización de préstamos o créditos 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, el emisor del título hipotecario (cedente) conservará la custodia y la administración del préstamo o crédito hipotecario. Asimismo, establece que «[l]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 prestamista 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 del 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.

## 1.19 Otros aspectos

### 1.19.1 Amortizaciones parciales anticipadas. Destino

#### *Anticipar el vencimiento final*

El artículo 23 de la Ley 5/2019 establece que el prestatario podrá, en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado, reembolsar de forma anticipada total o parcialmente la cantidad adeudada. Las partes podrán convenir un plazo de comunicación previa, que no podrá exceder de un mes.



Cuando el prestatario manifestase su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del préstamo, el prestamista le facilitará, en el plazo máximo de tres días hábiles, en papel o en otro soporte duradero, la información necesaria para evaluar esta opción. En dicha información se cuantificarán, al menos, las consecuencias que tiene para el prestatario la liquidación total o parcial de sus obligaciones antes de la terminación del contrato de préstamo, exponiendo con claridad las hipótesis que se hayan tomado en consideración para su elaboración.

En lo que respecta a la posibilidad de hacer reembolsos parciales, en los préstamos hipotecarios pueden presentarse a este respecto las modalidades que se detallan en los apartados siguientes. Estas opciones 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); de lo contrario, 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.

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

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

### *Reducción del importe de las cuotas periódicas*

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

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

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

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

- a) Disconformidad por el número de cuotas en las que se anticipa el vencimiento final en amortizaciones destinadas a tal finalidad.
- b) Disconformidad por el importe de la nueva cuota resultante tras la amortización anticipada destinada a dicho fin.
- c) Denuncias de que la entidad aplicó el importe cancelado anticipadamente a una finalidad distinta de la solicitada por el cliente.
- d) Denuncias de que, teniendo pactada la posibilidad de cancelación anticipada, parcial o total, sin limitación respecto al momento para hacerlo, no se ha permitido tal operativa en fechas comprendidas entre vencimientos, restringiéndola a la coincidencia con la fecha de vencimiento de las cuotas periódicas. Este supuesto se ha detectado en entidades en que, con motivo de procesos de integración, por fusión, absorción o cualquier otra causa, o de la simple adquisición total o parcial de carteras de activos, la operativa que se venía realizando sin límites hasta ese momento ya no es posible con posterioridad a la reorganización o la cesión.

La resolución de las reclamaciones señaladas con las letras a) y b) se lleva a cabo mediante el recálculo de plazos y/o cuotas resultantes tras las correspondientes

amortizaciones parciales anticipadas llevadas a cabo, emitiéndose un 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 con las proximidades de una revisión del tipo de interés, no explicándose adecuadamente las consecuencias de dicha circunstancia en la solicitud de amortización.

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 informáticas, 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.

### 1.19.2 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 que iba a 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 con los mismos 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 las cuotas 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 un 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, antes de, o de manera 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 domiciliaria 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 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 en estos casos que el propio cajero automático advirtiera, 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 prestataria del préstamo pendiente de cancelar, para enviarlas, con anterioridad al abono, a la entidad acreedora del préstamo, solicitando de manera irrevocable la aplicación del importe pendiente de recibir vía transferencia a tal fin, y ii) realizar la transferencia a nombre de la entidad acreedora del préstamo pendiente de cancelar, con indicación de la finalidad y recabando, en todo caso, el consentimiento expreso de la parte prestataria para la cancelación de la operación. De igual modo, hay que señalar que existe una modalidad de transferencia interbancaria en virtud de la cual la entidad ordenante realiza su imputación a la cancelación del préstamo debidamente identificado, siendo necesario siempre recabar el consentimiento del prestatario para proceder a la cancelación deseada.

Continuando con el supuesto de la letra d), si con motivo de la compraventa interviniera como parte otra entidad, por haber concedido financiación al comprador destinada, en todo o en parte, a la cancelación del préstamo a nombre del vendedor, con criterios de buenas prácticas bancarias, debería ser ella misma la que se ocupara de gestionar la cancelación segura del préstamo preexistente<sup>14</sup>, y esto 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 asistencia 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 guiarle 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.

### 1.19.3 Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin

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

---

<sup>14</sup> 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.

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

- a) Denuncia de demora en la amortización del préstamo cubierto, con el consiguiente devengo de intereses a favor de la entidad prestamista, y la pretensión del reclamante de que se le devuelvan los intereses devengados desde la fecha en que debió ser amortizado el préstamo.
- b) Falta de cobertura de la amortización del préstamo. Sin llegar a ser numerosas, se han presentado reclamaciones porque, bien siendo exigida la contratación del seguro para la concesión del préstamo, bien siendo ofertada su contratación para bonificar el diferencial del tipo de interés, y cubriendo el seguro la contingencia de desempleo, acaecido el suceso de quedarse en paro el prestatario y asegurado, resultaba que el seguro solo cubría tal contingencia para empleados «fijos», y no para eventuales o interinos, circunstancia que concurría en el asegurado en el momento de la contratación del seguro.

El criterio del DCMR en este punto es el siguiente:

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. Esto salvo que la entidad pudiera acreditar que advirtió debidamente a su cliente asegurado, quien, en todo caso, decidió suscribir el seguro con tal cobertura.



#### 1.19.4 Errores en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

Las entidades, como se indicó en el apartado relativo a la tramitación administrativa y los gastos de formalización de los préstamos hipotecarios, deben responder de la actuación de la gestoría por ellas elegida respecto a la liquidación por parte del cliente del impuesto controvertido, tanto en su modalidad de actos jurídicos documentados como en la de transmisiones patrimoniales; en este último caso, siempre que se encargue también —como comúnmente ocurre— dicha gestoría de la tramitación de la escritura correspondiente a la compraventa de la vivienda objeto de financiación.

De esta manera, deberá responder de que la gestoría no aplique en la autoliquidación de los impuestos tipos impositivos más gravosos que los que le correspondan al cliente según la normativa de aplicación, sobre la base de sus circunstancias personales y familiares concretas, y las relativas a las características de la finca financiada y a la finalidad y el uso que se vaya a hacer de ella.

#### 1.19.5 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 con 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 concurran las demás.

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

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

De acuerdo con este criterio, se considera una mala práctica que las entidades, una vez conozcan el error cometido, bien detectado por ellas mismas, bien porque así se lo pongan de manifiesto los clientes afectados, no adopten una actitud diligente en orden a su subsanación lo antes posible, o 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.

#### 1.19.6 Cláusulas de vencimiento anticipado

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas en 2019 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 del carácter abusivo 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.

No obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, su artículo 24 regula los requisitos exigibles para el vencimiento anticipado para los préstamos incluidos en el ámbito de aplicación de la citada ley, no admitiéndose pacto en contrario y debiendo concurrir simultáneamente los siguientes:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan, al menos:
  - Al 3% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas

equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

- Al 7 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a quince meses.
- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario, concediéndole un plazo de, al menos, un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Por otra parte, en la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019 se establece expresamente lo siguiente:

«Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.»

El Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, respectivamente, plantearon al TJUE, en síntesis: i) si la Directiva 93/13/CEE permitía no declarar la abusividad «total» de una cláusula de vencimiento anticipado, sino solo de una parte de esta, y ii) si, en caso de declararse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, podría despacharse ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento grave y flagrante del deudor en los pagos sobre la base de que el inicio o la consecución del proceso de ejecución contra el consumidor pueda resultar más favorable para este que sobreseer dicho procedimiento especial y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo/crédito y/o la reclamación de las cantidades debidas y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria.

En contestación a dicha cuestión prejudicial, el TJUE, mediante sentencia de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 (Abanca) y C-179/17 (Bankia), resolvió que: i) no cabe admitir el mantenimiento parcial de las cláusulas de vencimiento anticipado declaradas abusivas, y ii) la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado declarada

abusiva por la nueva redacción de una disposición legal (artículo 693.2 de la LEC) está justificada siempre que el contrato de préstamo hipotecario pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente gravosas.

En aplicación de la comentada sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 y de la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2019, antes transcrita, el Tribunal Supremo ha emitido la sentencia de 11 de septiembre de 2019, en virtud de la cual desestima un recurso de casación interpuesto por una entidad de crédito, relativo a la validez de la cláusula de vencimiento anticipada. Procede reseñar las siguientes consideraciones de nuestro Alto Tribunal:

- a) Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes —el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real)—, ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria.
- b) Si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato.
- c) En el caso de un préstamo con garantía hipotecaria, la supresión de dicha cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. De este modo, si se declarase nula la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario, procedería la nulidad total de este en tanto el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, dado que la finalidad o naturaleza jurídica del contrato no serían las mismas.
- d) Para evitar la nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (obligación de devolver la totalidad del préstamo, la pérdida de las ventajas de la ejecución hipotecaria...), puede sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 de la LEC, pero no en su literalidad. En este sentido, además de que se cumplan las condiciones mínimas del artículo 693.2 de la LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013 se ampliaba a tres plazos el incumplimiento), se debe valorar, en cada caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado en función de los siguientes criterios: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.
- e) Conforme lo expresado arriba, se fijan las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido la entrega de la posesión del adquirente:

- Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo hipotecario por aplicación de una cláusula contractual reputada nula deberían ser sobreseídos.
- Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo hipotecario por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad, también deberían ser sobreseídos.
- No obstante, en los procesos referidos en apartado b) en caso de que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la Ley 5/2019 podrán continuar su tramitación.
- Los autos de procesamiento dictados conforme los apartados a) y b) no surtirán efectos de cosa juzgada respecto a una nueva demanda ejecutiva, si bien deberán respetarse las disposiciones legales contempladas en la Ley 5/2019.

En el expediente R-201816464, el reclamante cuestionaba la compensación unilateral de saldos efectuada por la entidad con motivo del abono en su cuenta de una herencia para cobrarse parcialmente el importe de un préstamo impagado y ejecutado judicialmente tras su vencimiento anticipado por la prestamista, a pesar de que el procedimiento judicial se hallaba suspendido con motivo de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

La entidad alegó que, a pesar de la suspensión del procedimiento judicial, que no procede de una oposición frente a la deuda reclamada sino frente a la cláusula de vencimiento anticipado, la deuda reclamada sigue siendo líquida, vencida y exigible, por lo que, en virtud de la cláusula compensatoria pactada en el contrato de la cuenta afectada, estaba expresamente autorizada para compensar dicha deuda.

El DCMR estimó que, a pesar de encontrarse expresamente pactada la posibilidad de la entidad de compensar saldos deudores de la parte reclamante con los saldos acreedores de la cuenta, solo cabía entender como deuda vencida, líquida y exigible del préstamo hipotecario la dimanante de los recibos impagados más los intereses moratorios devengados por estos, pero no la derivada del capital vencido anticipadamente, al estar precisamente ventilándose en los tribunales la validez de dicho vencimiento anticipado, por lo que, dado que la cuantía compensada excedía ampliamente del importe de dichos recibos impagados más los intereses de demora devengados, le entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, faltando a la buena fe contractual frente a su cliente.

### 1.19.7 Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria

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 a la 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 con 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-201900139, el reclamante cuestionaba la falta de información precontractual referida a una operación de novación de préstamo hipotecario efectuada en 2018, ya que hizo ingreso siguiendo instrucciones de la entidad de un cheque de 25.000 euros para disminuir el capital pendiente del préstamo antes de formalizar la novación, en el bien entendido de que con dicho pago condonaban los intereses de demora e intereses ordinarios, y, sin embargo, el capital del préstamo en la novación se mantuvo inalterado, pues no se había producido la referida a condonación.

La entidad alegó que la novación cuestionada quedó condicionada a la entrega previa de los 25.000 euros para reducir el débito pendiente del préstamo, que incluía tanto el capital pendiente como los intereses ordinarios y de demora, condonándose solo los intereses de demora y aplicándose la entrega, básicamente, al pago de los intereses ordinarios del préstamo, que se correspondían con el importe de 24.878,92 euros, por lo que se mantuvo el importe del capital pendiente en la novación.

El DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia, al no haber acreditado que entregara a su cliente la preceptiva ficha de información personalizada (FIPER) con la necesaria antelación a la novación que recogía las condiciones financieras de la operación (entre ellas, el importe del capital del préstamo), así como que aquella se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, al no haber acreditado tampoco que actuara con la diligencia y transparencia debidas frente a su cliente respecto a la información que había de facilitarle con carácter previo a la entrega de cheque exigida para la novación.

### 1.19.8 Incidencias en la 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 la 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 en la pronta ejecución de los trámites encomendados; por una parte, 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-201907725, el reclamante manifestaba que, tras vender su vivienda, procedió a la cancelación del préstamo hipotecario que mantenía con la entidad, habiendo pactado con el comprador que este asumiría los gastos derivados de la formalización de ambas operaciones, a pesar de lo cual en su cuenta bancaria le realizaron un abono de 658,58 euros y un posterior cargo de 800 euros, lo que le ha generado un descubierto en su cuenta, el cual considera indebido, por cuanto dichos movimientos no se deberían de haber producido, habiéndosele generado el cobro de comisiones por descubierto por 105 euros.

La entidad alegó que, tras la valoración individualizada de la situación, decidió acceder a la pretensión formulada, procediendo a la retrocesión del importe en concepto de comisiones reclamadas, que ascendía a la cantidad de 112,41 euros, por lo que debía desestimarse la reclamación, añadiendo además que había iniciado negociaciones con la parte reclamante para intentar llegar a un acuerdo, no habiendo, sin embargo, aceptado el reclamante la oferta planteada.

El DCMR concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, al haber realizado unilateralmente un abono no autorizado en la cuenta del reclamante por el importe de la cantidad retenida del precio para la cancelación de la hipoteca preexistente, seguido del cargo del importe de la provisión de fondos de la notaría, sin contar con la debida autorización del titular de la cuenta y generando improcedentemente un descubierto cuyas comisiones fueron, no obstante, retrocedidas al interesado.

Por otro lado, en el expediente R-201909133, la parte reclamante solicitaba la devolución de los gastos de formalización de su operación hipotecaria, así como la devolución de la cantidad que se le retuvo del precio que había de pagar al vendedor del inmueble para la cancelación registral de la hipoteca preexistente, ya que dicha gestión correspondía al vendedor, según lo pactado. Asimismo, afirmaba no haber



recibido factura alguna sobre los gastos de cancelación que asumió y desconocer el destino del importe provisionado. Por todo lo anterior, solicitaba la devolución de las cuantías citadas, más los intereses legales correspondientes.

La entidad defendió su derecho a repercutir al cliente los gastos de formalización cuestionados, debidamente pactados e informados, así como que, en relación con la cancelación registral de la hipoteca preexistente, los gastos habían sido asumidos por la parte vendedora, por lo que no correspondía devolución alguna al respecto.

El DCMR concluyó que no cabía pronunciamiento alguno sobre los gastos de formalización cuestionados, al tener la entidad el derecho a repercutirlos a su cliente. En relación con los gastos de cancelación de hipoteca, el DCMR estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dada su falta de transparencia y colaboración, al haber omitido en su escrito de alegaciones cualquier manifestación en relación con la falta de entrega de las facturas correspondientes a la provisión de fondos para la cancelación de la hipoteca cuestionada y respecto a la entrega del sobrante correspondiente a la vendedora.

Adicionalmente, en el expediente R-201909158 la parte reclamante explicaba haber formalizado una hipoteca con la entidad en 1989, con un plazo de vencimiento de quince años y que, habiéndose cancelado económicamente, acudió a la entidad para solicitar su cancelación registral, habiéndole denegado esta su solicitud en varias ocasiones.

La entidad se limitó a alegar que habrían transcurrido más de veinticinco años desde la cancelación económica del préstamo, no estando, por tanto, obligada a conservar ninguna documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de las obligaciones, documentación que además permitiría justificar la cancelación económica del préstamo. De este modo, para colaborar con la parte reclamante, solicitaba que aportase más documentación sobre la formalización del préstamo; en concreto, la escritura de préstamo hipotecario, con objeto de poder emitir el certificado de saldo cero necesario para cancelar registralmente la carga.

El DCMR consideró que, sin perjuicio del potencial recurso del reclamante a lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley Hipotecaria (según el cual, las inscripciones de hipotecas cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía). La falta de conocimiento por parte de la entidad reclamada sobre la vigencia o no de la operación cuestionada, puesta de manifiesto al negarse a emitir el certificado de saldo cero del préstamo hipotecario, denotaba la inexistencia de los correspondientes registros internos de la operación, en los que figuraría aquella

como cancelada o como operación en vigor, lo que se consideró constitutivo de mala práctica bancaria.

#### 1.19.9 Incidencias en la 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 para dicha cancelación no basta con 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-201907526, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la falta de amortización del capital pendiente del préstamo hipotecario que mantenía contratado junto con su expareja y que pretendía cancelar económicamente mediante orden de transferencia desde otra entidad, que le había concedido un nuevo préstamo hipotecario destinado a tal fin, ya que, por alguna incidencia ajena a ellos, la referida transferencia no se aplicó a cancelar el préstamo hipotecario cuestionado. Según manifestaba la parte reclamante, dicho error le había generado una serie de perjuicios, probando asimismo varios requerimientos relacionados con cuotas impagadas del préstamo, habiendo sido incluida, incluso, en los ficheros de solvencia.

La entidad emisora de la transferencia alegó que esta se realizó de manera correcta, tratándose de una transferencia OMF, en la que se hacía constar de modo indubitado que los fondos se destinaban a la cancelación del préstamo reseñado y que la reclamante mantenía en la entidad beneficiaria de la transferencia, realizándose la transacción directamente entre entidades mediante el proceso «FIN 202 Transf gral entidad financiera». A pesar de lo anterior, la entidad de destino no realizó el

trámite, ni contestó al burofax que se le remitió explicando la incidencia, ni devolvió la transferencia.

La entidad beneficiaria de la transferencia alegó que habían procedido a comunicar a la reclamante la decisión aprobada de cancelar la deuda del préstamo hipotecario en cuestión, así como la corrección de la información en ficheros negativos y en la Central de Información de Riesgos de Banco de España, tanto a su nombre como al de los avalistas del referido contrato, con carácter retroactivo desde la fecha de recepción de la transferencia, adjuntando la carta enviada a la parte reclamante, por lo que solicitaban que se procediera al archivo del expediente.

El DCMR concluyó que la entidad acreedora se apartó de las buenas prácticas bancarias, al no haber actuado con la diligencia y transparencia debidas, dado que no aplicó en su momento el importe de la transferencia OMF recibida, y correctamente ejecutada, a la cancelación económica del préstamo hipotecario que mantenía la parte reclamante, aplicándola presumiblemente a otras finalidades, al no constar devuelta la transferencia cuestionada, reclamando a la interesada las cuotas del préstamo como impagadas, e incluso incluyéndola en ficheros de morosidad sin aviso previo, aspecto que no subsanó hasta la presentación de la reclamación ante esta instancia.

Sobre la entidad ordenante de la transferencia, entendió que se ajustó a las buenas prácticas bancarias, por cuanto, además de ejecutar correctamente la transferencia OMF, realizó una serie de gestiones posteriores tendentes a subsanar la incidencia suscitada, dirigiéndose a la entidad receptora tan pronto como tuvo conocimiento de que la transferencia emitida no se había aplicado a la finalidad prevista, para así poder alcanzar una solución favorable para la interesada.

#### 1.19.10 Liberación de finca edificada en ejercicio del derecho de vuelo

Dentro de la casuística derivada de la solicitud de liberación de una de las fincas hipotecadas como garantía de un préstamo hipotecario, nos encontramos con supuestos especiales, como aquellos en los que la finca cuya liberación se pretende no fue hipotecada tras su edificación, sino que quedó afecta por procedencia, una vez edificada, a la hipoteca constituida sobre la finca de la que derivaba el derecho de vuelo ejercitado.

En el expediente R-201910776, la constructora reclamante manifestaba que, mediante escritura de compraventa, un tercero adquirió el derecho de vuelo de una vivienda, formalizándose en 2007 una escritura de préstamo hipotecario sobre dicha finca, sin que se hipotecara el derecho de vuelo, según la reclamante. Añadía que, en 2014, la reclamante, mediante Decreto de un Juzgado de Primera Instancia, se adjudicó el derecho de vuelo, como consecuencia de un embargo a su anterior

titular, inscribiendo posteriormente en el Registro la vivienda construida en la planta alta de la vivienda, señalando que la carga hipotecaria que pesa sobre ella proviene de la carga existente sobre la planta baja de dicho inmueble. De este modo, consideraba que no era deudor de dicha hipoteca, siendo los únicos deudores los propietarios de la planta baja del inmueble. En consecuencia, solicitaba que se procediera a la liberación de su vivienda.

La entidad alegó que, previamente, la constructora reclamante había solicitado el reparto de la carga hipotecaria entre la planta baja y la planta alta de la vivienda, no estando por tanto de acuerdo con la resolución emitida, puesto que se hacía recaer la mayor parte de la carga hipotecaria sobre la planta alta de la vivienda (de su titularidad) y presentó nueva reclamación, analizándose en el primer estudio realizado el reparto de la carga hipotecaria entre la planta baja y la planta alta de la vivienda. No obstante, en la reclamación posterior, se solicitó la atribución de la carga hipotecaria a una sola de las fincas (concretamente, a la planta baja), requiriendo la liberación de la afección hipotecaria por procedencia respecto de la vivienda en planta alta en su totalidad, quedando afectada por la hipoteca al 100 % únicamente la planta baja.

El DCMR concluyó que, a pesar de haberse adjudicado la reclamante en 2014 el derecho de vuelo de dicha vivienda y haber construido con posterioridad una vivienda en la planta alta del inmueble, de lo pactado en la escritura de préstamo hipotecario de 2007 se desprendía que dicho préstamo se encontraba garantizado actualmente con las dos viviendas, al recogerse expresamente en el contrato que la hipoteca alcanzaba también a «los edificios construidos donde antes no los hubiere», por lo que respondían ambas viviendas, no solo por el principal de la operación, sino también por otros conceptos —intereses remuneratorios, intereses de demora, costas judiciales y gastos—, por lo que debía aplicarse el principio general de indivisibilidad de la hipoteca y entender que constituía facultad discrecional de la entidad admitir o no la liberación de la vivienda construida en ejercicio del derecho de vuelo adquirido.

#### 1.19.11 Discrepancias en 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 a las entidades que documenten y justifiquen detalladamente cada partida de abono y adeudo para facilitar la comprobación 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.

### 1.19.12 Discrepancias en la titularidad de préstamos

En alguna ocasión se han planteado discrepancias respecto a la titularidad de préstamos hipotecarios, entendiéndose 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.

### 1.19.13 Modificación improcedente de condiciones pactadas para otros contratos bancarios con ocasión de la formalización del préstamo hipotecario

El DCMR entiende que, en los casos en los que la entidad ofrece un paquete de servicios o contratos asociados a la concesión de un préstamo hipotecario, esta debe establecer con claridad si las condiciones preferenciales de dichos servicios o contratos se mantendrán durante toda la vida del préstamo o podrán ser objeto de modificación unilateral por parte de la entidad, cumpliendo únicamente para ello con los requisitos de comunicación previa previstos en la normativa general de transparencia bancaria y/o en la normativa sobre servicios de pago, de manera que no se generen en el cliente falsas expectativas sobre la vocación de permanencia de dichas condiciones que puedan influir en su decisión de aceptar las condiciones financieras del préstamo.

Obviamente, en caso de que las condiciones preferenciales se pactaran para toda la vida del préstamo, la entidad prestamista, o la que adquiera dicha condición como consecuencia de procesos de fusión o de adquisición de activos, deberá respetar las condiciones pactadas con el cliente.

### 1.19.14 Actuación unilateral de la entidad

Merece especial atención la casuística de reclamaciones derivadas de actuaciones unilaterales de las entidades de variada índole, pero con el denominador común de resultar lesivas para los intereses de sus clientes y no amparadas en cláusulas contractuales o en autorizaciones expresas de dichos clientes.

En el expediente R-201905844, el reclamante cuestionaba la actuación de la entidad al aplicar unilateralmente a amortización parcial de su préstamo hipotecario el importe que transfirió, en fecha 30 de agosto de 2018, a la cuenta adscrita a su préstamo hipotecario, para atender la cuota correspondiente a ese mes, dejando

impagada la cuota correspondiente y aplicándole comisiones e intereses por el impago, por lo que solicitaba la retrocesión de aquellos y la aplicación correcta de lo transferido.

La entidad manifestó que la cuenta a la que se remitió dicha transferencia era el IBAN del préstamo, pero no el de la cuenta vinculada a este, por lo que, al recibirse además unos días antes del vencimiento de la cuota, se aplicó a la amortización parcial anticipada del préstamo. Asimismo, se señalaba que no resultaba tampoco relevante para la entidad el concepto de la transferencia en el que se indicaba que era para el pago de la cuota de agosto, sino que se trataba de una observación dirigida al cliente beneficiario, siguiendo el cliente con dicha práctica los dos meses posteriores a pesar de habersele indicado en varias ocasiones lo incorrecto de dicha operativa. No obstante, se regularizaron las comisiones de recuperación pendientes de cobro al cliente.

El DCMR consideró que la actuación de la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, al aplicar unilateralmente el importe de la transferencia recibida a la amortización parcial anticipada del préstamo sin orden expresa de su cliente, perjudicando claramente a este y a sus presumibles expectativas de pago del recibo de ese mes, junto con el devengo de los correspondientes intereses de demora y comisiones por reclamación de posiciones deudoras, manteniendo además su postura tras la reclamación de su cliente, sin efectuar las correspondientes reliquidaciones para imputar las transferencias realizadas exclusivamente al pago de los recibos mensuales del préstamo hipotecario, sin ser suficiente la condonación de comisiones por impago devengadas.

## 2 Deudores hipotecarios sin recursos

### 2.1 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 Civil<sup>15</sup>. Por ello, la concesión de un

---

15 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.» De igual modo, el artículo 1166 dispone: «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: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.»

**LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO**

**1 Introducción**

El 16 de marzo de 2019 se publicó en el BOE la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, «la ley»), que transpone parcialmente 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 (en adelante, «la directiva»). La transposición de la directiva se completa en nuestro ordenamiento jurídico con el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y por la que se adoptan otras medidas en materia financiera (en adelante, el Real Decreto 309/2019), y con la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden ECE/482/2019).

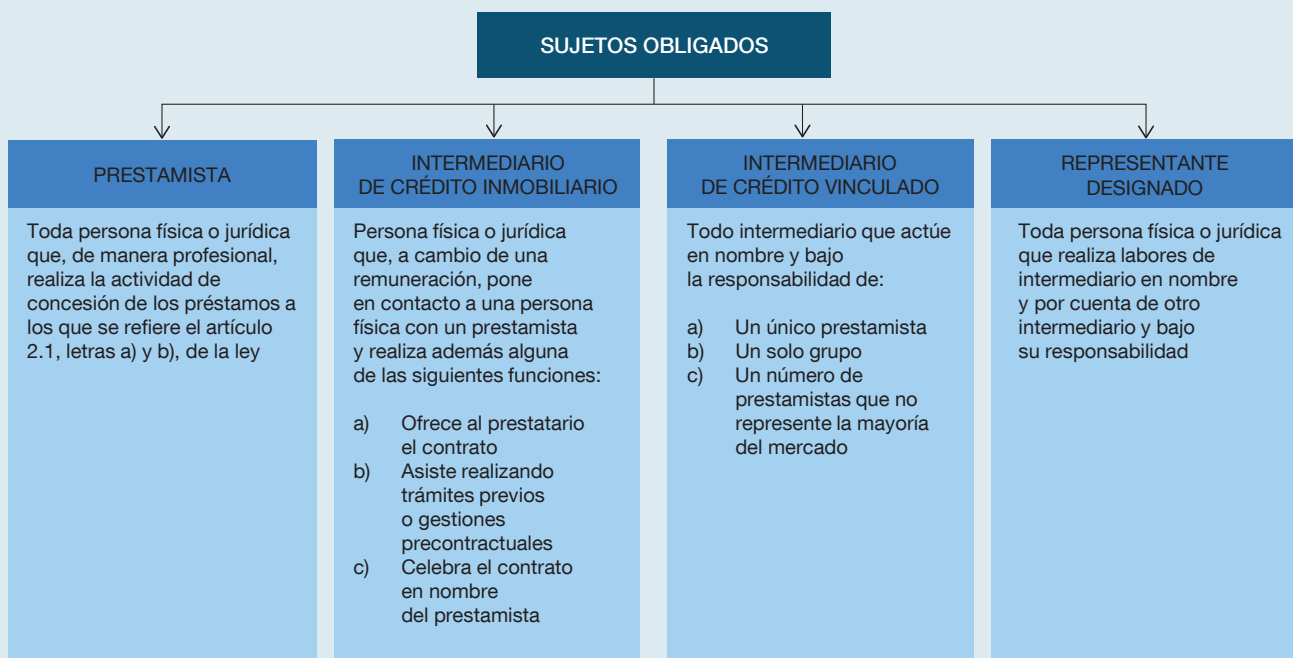
Este paquete normativo, además de transponer la directiva, introduce una serie de disposiciones que regulan aspectos que no están específicamente previstos en la normativa europea o que van más allá de su contenido y cuya finalidad es incrementar el grado de protección de los prestatarios y reforzar las garantías durante el proceso de contratación.

La ley entró en vigor el 16 de junio de 2019 y no resulta aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, salvo si son objeto de subrogación o novación con posterioridad o se produce su vencimiento anticipado.

**2 Ámbito de aplicación**

La ley regula las figuras del prestamista, del intermediario de crédito inmobiliario y de sus representantes designados, estableciendo que podrán ser personas físicas o jurídicas y otorgando la competencia para el registro, supervisión y sanción de los que vayan a operar con prestatarios domiciliados en el ámbito de una única comunidad

Esquema 1  
SUJETOS OBLIGADOS (NUEVA LEY 5/2019)



FUENTE: Banco de España.



**LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

autónoma, al órgano competente de esta, y atribuyendo al Banco de España la competencia para el registro, supervisión y sanción de aquellos que vayan a operar con prestatarios domiciliados en todo el Estado o en más de una comunidad autónoma.

La ley, como ya hiciera la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha extendido su ámbito de aplicación a todas las personas físicas, yendo, por tanto, más allá de lo que establece la directiva, que solo otorga protección a los consumidores, es decir, a las personas físicas que actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

La ley se aplica a la concesión e intermediación de contratos de préstamo:

- a) Con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como

trasteros, garajes y cualesquiera otros que, sin constituir vivienda como tal, cumplen una función doméstica.

- b) Cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

**3 Normas de conducta y transparencia**

El capítulo II de la ley establece las normas de transparencia y de conducta, orientadas, en particular, a la concesión responsable de financiación que afecte a inmuebles, así como a favorecer la progresiva implantación de un mercado de crédito en el que las personas físicas que busquen financiación hipotecaria puedan hacerlo con la confianza de que las entidades —prestamistas e intermediarios— se comportarán de forma profesional y responsable.

Ese actuar de forma profesional y responsable se traduce, en primer lugar, en un principio general que ha de presidir

Esquema 2  
NORMAS DE CONDUCTA Y TRANSPARENCIA

NORMAS DE CONDUCTA Y TRANSPARENCIA	
<p><b>PRINCIPIO GENERAL DE ACTUACIÓN:</b> Los prestamistas, los intermediarios de crédito inmobiliario y los representantes designados actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de préstamos, la prestación de servicios de intermediación, de asesoramiento sobre el préstamo o, en su caso, de servicios accesorios como en la ejecución de los contratos de préstamo</p>	
<p style="text-align: center;"><b>NORMAS DE CONDUCTA</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Obligación de evaluar la solvencia y de tasar los inmuebles</li> <li>— Requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal</li> <li>— Política de remuneraciones</li> <li>— Prácticas de ventas vinculadas y combinadas</li> <li>— Actividad de asesoramiento en préstamos inmobiliarios</li> <li>— Préstamos en moneda extranjera</li> <li>— Variaciones en el tipo de interés</li> <li>— Educación financiera</li> </ul>	<p style="text-align: center;"><b>NORMAS DE TRANSPARENCIA</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Información básica que debe figurar en la publicidad</li> <li>— Ejemplo representativo</li> <li>— Obligación de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales que tengan tal condición</li> <li>— Cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)</li> <li>— Información general de los préstamos inmobiliarios (FIPRE)</li> <li>— Información precontractual de los préstamos inmobiliarios (FEIN)</li> <li>— Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios</li> <li>— Comprobación del cumplimiento de transparencia material</li> </ul>

FUENTE: Banco de España.

## LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

la actuación de prestamistas e intermediarios a lo largo de todo el ciclo de la operación y, a continuación, en una serie de novedosas normas de conducta y normas de transparencia. Algunas de estas últimas ya habían sido parcialmente trasladadas a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios por lo que su incorporación a este texto las dota de rango legal. Con todo, desde el punto de vista de la transparencia, quizás sean los artículos 14 y 15 de la ley los que suponen una mayor novedad. Nuestro legislador ha optado en este sentido por ir más allá de la estricta transposición de la directiva, con el objetivo de garantizar que el prestatario tiene a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.

### 3.1 Normas de transparencia

*Publicidad:* Se regula la información básica que figurará en la publicidad, siempre que indique un tipo de interés o haga referencia al coste del préstamo. La publicidad deberá incorporar un ejemplo representativo, cuyos criterios se determinan en el artículo primero de la Orden ECE/482/2019.

*Información general de los préstamos inmobiliarios:* Se trata de la información general, clara y comprensible que, de forma gratuita, debe facilitarse a los potenciales clientes sobre los contratos de préstamo. Esta información, que tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la ficha de información precontractual (FIPRE), regulada en la Orden EHA/2899/2011, con las modificaciones introducidas por la Orden ECE/482/2019.

*TAE:* La forma de cálculo de la tasa anual equivalente se regula íntegramente en la ley, que contiene un artículo específico sobre este particular y un anexo que establece la ecuación de base y otros supuestos adicionales.

*Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios:* La norma establece en su artículo 14 una detallada regulación de la fase de información precontractual, con el objetivo de reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual. De este modo, la ley regula la información que, como mínimo 10 días antes del momento de la firma

del préstamo, es necesario entregar al prestatario, con el fin de que este pueda conocer, con la suficiente antelación, las condiciones que aplicarán a su contrato de préstamo.

Este artículo regula asimismo el reparto de gastos, que queda establecido del siguiente modo:

- a) Los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario, y los de gestoría, al prestamista.
- b) El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario, y los de las copias los asumirá quien las solicite.
- c) Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.
- d) El pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

Además, cuando el préstamo deba formalizarse en escritura pública, y sin perjuicio de la obligación de prestamista e intermediario de proporcionar al prestatario toda la información y explicaciones que sean necesarias y adecuadas en relación con el préstamo, se le advertirá de la obligación que tiene de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario.

*Comprobación del principio de transparencia material:* En su artículo 15, la ley atribuye al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y la de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el principio de transparencia material (especialmente, los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato) concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo.

De ese modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

## LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

## Esquema 3

NORMAS DE TRANSPARENCIA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS INMOBILIARIOS Y COMPROBACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

### 1.º ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN (MÍNIMO, 10 DÍAS NATURALES) Y EXPLICACIONES ADECUADAS

- **Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN):** contiene la información personalizada sobre el contrato de préstamo para que el prestatario pueda comparar las distintas ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión informada. Tiene la consideración de oferta vinculante
- **Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE):** contiene información sobre determinadas cláusulas o aspectos relevantes del contrato. Su contenido y formato se regulan en la Orden ECE/482/2019
- **Cuotas y escenarios de evolución:** documento separado, que habrá de facilitarse en caso de préstamos a interés variable
- **Copia del proyecto de contrato**
- **Información sobre el reparto de gastos**
- **Condiciones de las garantías del seguro que, en su caso, exige el prestamista** (garantía, daños)
- **Advertencia** al prestatario sobre la obligación de recibir asesoramiento del notario elegido

### 2.º ENVÍO DE LA DOCUMENTACIÓN AL NOTARIO

- Se envía la **documentación anteriormente mencionada, junto con una manifestación firmada** por el prestatario, en la que declara haber recibido la documentación, así como explicaciones sobre su contenido
- El envío se realiza por **medios telemáticos seguros**, tal como se regula en el capítulo IV del Real Decreto 309/2019

### 3.º ASESORAMIENTO POR PARTE DEL NOTARIO (COMO TARDE, EL DÍA ANTERIOR AL DE LA AUTORIZACIÓN DE LA ESCRITURA)

#### El notario deberá:

- **Verificar** la entrega de la documentación y el cumplimiento de los plazos
- **Responder** a las cuestiones planteadas por el prestatario y, en todo caso, prestar asesoramiento personalizado sobre la FEIN y la FiAE
- **Realizar un test** al prestatario sobre la documentación entregada y la información suministrada
- Extender un **acta notarial** en la que haga constar los aspectos anteriores

#### Acta notarial:

- Su contenido se presume veraz e íntegro, y da prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos
- Se insertará una reseña identificativa del acta en la escritura de préstamo
- No genera coste
- En ausencia de esta acta, no podrá otorgarse la escritura

FUENTE: Banco de España.

## 3.2 Normas de conducta

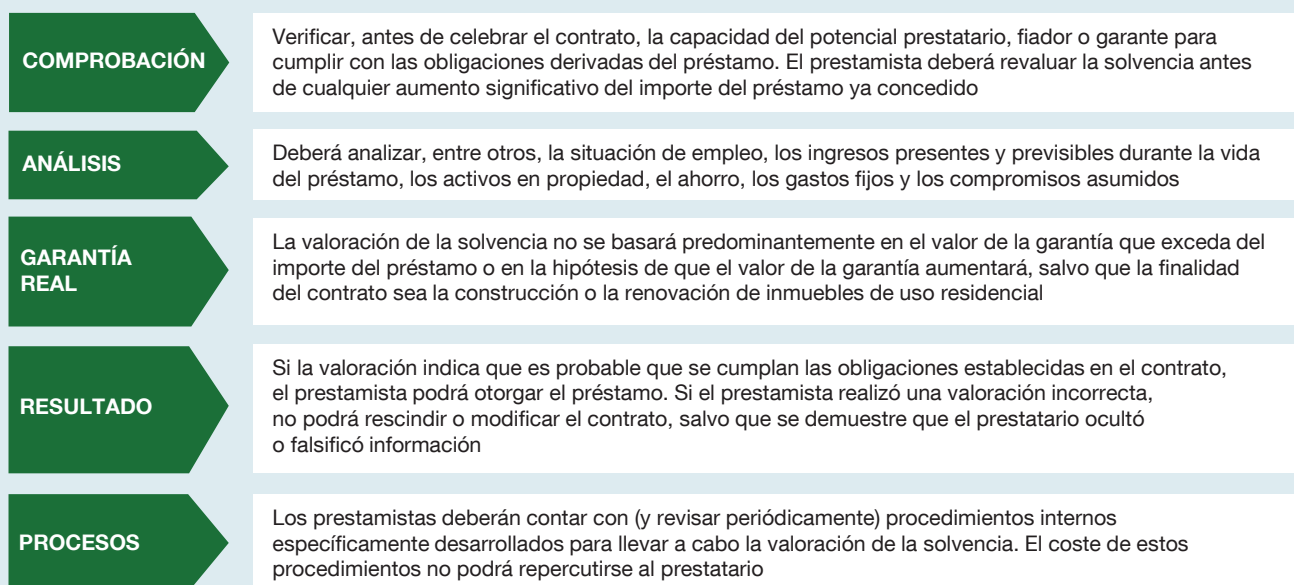
*Requisitos de conocimientos y competencia aplicables al personal:* El personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado, así como aquellas personas que realicen la actividad de asesoramiento, deberán contar, en todo momento, con los conocimientos y competencias necesarios y actualizados sobre los productos que comercializan y los servicios accesorios. Los requisitos mínimos de conocimientos y competencia han sido desarrollados por la Orden

ECE/482/2019, que ha incorporado una nueva sección sobre esta materia a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta sección regula las materias, la formación en función del tipo de personal, la impartición y la certificación de la formación, así como las políticas y procedimientos internos que prestamistas e intermediarios deben establecer y aplicar.

*Política de remuneración:* Se imponen límites a la política retributiva del personal responsable de la evaluación de la

**LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

Esquema 4  
OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO



FUENTE: Banco de España.

solvencia y de la concesión de los préstamos, evitando incentivos adversos que favorezcan una posible contratación excesiva, en detrimento de una adecuada valoración del riesgo y de la provisión de la necesaria información al prestatario.

La norma establece que la política remunerativa será responsabilidad última del órgano de administración, debiendo contar los prestamistas con procedimientos internos para la aplicación de esta política.

*Obligación de evaluar la solvencia del prestatario:* La ley exige a los prestamistas que evalúen en profundidad la solvencia del prestatario, fiador o garante, teniendo en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

*Práctica de ventas vinculadas y combinadas:* Si bien se prohíben, con carácter general, las prácticas de venta vinculada de préstamos, la norma permite la autorización por parte de la autoridad competente de prácticas de ventas vinculadas concretas cuando el prestamista pueda

demostrar que los productos vinculados acarrear un claro beneficio a los prestatarios, teniendo debidamente en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado.

*Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera:* Cuando el préstamo esté denominado en moneda extranjera, el prestatario tendrá derecho a convertirlo a una moneda alternativa. Esta moneda alternativa será: i) aquella en la que el prestatario reciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, o ii) la moneda del Estado miembro de residencia del prestatario en el momento de celebrar el contrato o cuando solicite la conversión.

La norma establece, asimismo, determinadas obligaciones de información previa y periódica en relación con este tipo de préstamos, que persiguen que el prestatario esté informado, en todo momento, de las particulares circunstancias que concurren en un préstamo en moneda extranjera, así como del importe adeudado y del derecho que ostenta a convertirlo a una moneda alternativa.

**LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

PRÁCTICAS DE VENTAS VINCULADAS	EXCEPCIONES		
<p>Son aquellas prácticas que conllevan un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros cuando el contrato de préstamo <b>NO</b> se ofrece al prestatario por separado</p> <p>Estas prácticas están <b>prohibidas</b>, en términos generales</p>	<p><b>Autorización por la autoridad competente</b></p> <p>La autoridad competente podrá autorizar prácticas de ventas vinculadas concretas cuando el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos acarrearán un claro beneficio para los prestatarios</p>	<p><b>Suscripción de pólizas de seguro</b></p> <p>Prestamistas e intermediarios de crédito podrán exigir la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños</p>	<p><b>Contratación de productos soporte</b></p> <p>El prestamista podrá vincular el préstamo a la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago por el prestatario, su cónyuge, su pareja de hecho o parientes por consanguinidad o afinidad hasta el 2.º grado en las condiciones previstas en la orden EHA/2899/2011</p>
PRÁCTICAS DE VENTAS COMBINADAS	VENTAS VINCULADAS AUTORIZADAS POR AUTORIDAD COMPETENTE Y VENTAS COMBINADAS: REQUISITOS DE INFORMACIÓN		
<p>Es toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, si el contrato de préstamo se ofrece también al prestatario por separado</p> <p>Estas ventas están permitidas</p>	<p>En ambos casos, el <b>prestamista</b> deberá informar al prestatario, de manera expresa y comprensible, de que está contratando un producto vinculado/combinado, y sobre el beneficio/riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone su contratación</p> <div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div data-bbox="496 947 799 1223"> <p>En las <b>prácticas vinculadas autorizadas</b>, deberá informar asimismo de los efectos que la cancelación anticipada del préstamo o de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos vinculados</p> </div> <div data-bbox="804 947 1449 1223"> <p>En las prácticas combinadas, informará además sobre:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) La parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios</li> <li>b) Los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste del préstamo y los productos combinados</li> <li>c) Las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado</li> </ol> </div> </div>		

FUENTE: Banco de España.

**4 Modificaciones normativas**

*Reembolso anticipado:* La norma ha modificado el régimen del reembolso anticipado, regulando el derecho del prestatario a reembolsar, con carácter general, todo o parte del préstamo sin tener que pagar comisiones o compensaciones al prestamista. Únicamente, cuando así se hubiera pactado en el contrato, se podrá establecer una comisión para que el prestamista se resarza del importe de la pérdida financiera que el reembolso le ocasione, con los siguientes límites:

- Préstamos a interés variable: 0,15 % durante los cinco primeros años o 0,25 % durante los tres primeros años.

- Préstamos a tipo fijo: 2 % durante los diez primeros años y 1,5 % a partir del décimo año.

La norma ha optado asimismo por favorecer el cambio de tipo de interés variable a tipo fijo mediante la subrogación o novación modificativa del préstamo, estableciendo para ello que la comisión por reembolso o amortización anticipada no pueda superar el importe de la pérdida financiera con el límite del 0,15 % durante los tres primeros años.

*Vencimiento anticipado:* Con el objetivo de garantizar que el vencimiento anticipado solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado, la ley ha

**LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

modificado la regulación del vencimiento anticipado de los contratos de préstamo que regula.

De este modo, para poder dar por vencido anticipadamente un contrato de préstamo será necesario que concurran conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga, al menos:

- Al 3 % del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales.

- Al 7 % del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales.

- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario, concediéndole un plazo de, al menos, un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo.

*Interés de demora:* Para préstamos o créditos concluidos por personas físicas y garantizados mediante hipoteca sobre inmuebles de uso residencial, se fija en el interés remuneratorio más tres puntos sobre el principal pendiente de pago. No podrán ser capitalizados.

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 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 del consumidor solicitante de financiación hipotecaria, con anterioridad a la formalización de la operación; y otras paliativas, para intentar poner remedio a la situación ya creada y que, aunque en primer lugar iba dirigida a préstamos vigentes en el momento del estallido de la crisis, a partir de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se podrá aplicar a todos los préstamos, con independencia de su fecha de formalización.



El primer grupo de ellas —las preventivas— consagran una serie de medidas que se han dado en llamar «de préstamo responsable», 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. Sobre estas cuestiones se ha dado cuenta en el epígrafe anterior de esta Memoria, referido a préstamos hipotecarios en general.

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 no pueden hacer frente a los compromisos de pago y se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Estas medidas de protección deben conjugar el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, 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 ABE —institución dedicada, entre otras cuestiones, 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 cuestión<sup>16</sup>.

Así, la directriz publicada<sup>17</sup> 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, a 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

16 Ambos textos pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://eba.europa.eu/eba-issues-final-guidelines-and-its-opinion-on-mortgage-creditworthiness-assessments-and-arrears-and-foreclosure>.

17 Esta directriz —*Guidelines on arrears and foreclosure*— surge por iniciativa de la ABE en el contexto de la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la finalidad de detallar la forma en que las entidades financieras podrían dar efectividad a lo previsto en el artículo 28 («Demoras y ejecución hipotecaria») de la citada directiva.



- la 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»<sup>18</sup> 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.

### 2.1.1 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)<sup>19</sup>, que contiene en el anexo el Código de Buenas Prácticas<sup>20</sup> para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Este Real Decreto-ley 6/2012 sigue vigente, si bien se han aprobado modificaciones que refuerzan progresivamente las medidas adoptadas, mejorando el contenido del Código y extendiendo 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)<sup>21</sup>.
- 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)<sup>22</sup>, que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, dio lugar a la promulgación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de

---

18 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 ABE 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.

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

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

21 En adelante, referida como Ley 1/2013.

22 En adelante, referido como RDL 1/2015.

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 modifican 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<sup>23</sup>.
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE del 16)<sup>24</sup>.

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 el 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.

### 2.1.2 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 antes denominada Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Para las siguientes versiones del Código, es decir, aquellas que resultan de las modificaciones introducidas por el RDL 1/2015, el RDL 5/2017 y la Ley 5/2019, la propia norma —disposición adicional quinta, en el primer caso; disposición adicional primera, en el segundo, y disposición adicional undécima, en el tercero— 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 Financiación Internacional el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

Mediante la Resolución de 24 de enero de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE del 5 de febrero), se ha publicado la última

---

23 En adelante, referido como RDL 5/2017.

24 En adelante, referida como Ley 5/2019.

actualización de 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 87 entidades están adheridas al Código en la redacción dada por la Ley 5/2019 y tan solo una ha solicitado permanecer en el ámbito de aplicación de la versión establecida por la Ley 1/2013.

Las posteriores variaciones se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional y en el *BOE*, salvo que no hubiera modificación alguna.

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 Financiación Internacional con una antelación mínima de tres meses.

Así las cosas, coexisten distintas versiones del Código de Buenas Prácticas —entendiendo cada una como un conjunto normativo y distinta de las demás—. La versión aplicable a una concreta petición será aquella a la que la entidad se encuentra adscrita en el momento de cursar la solicitud presentada.

### 2.1.3 Medidas del Código de Buenas Prácticas

Las medidas que el CBP contempla son cuatro: reestructuración de la deuda hipotecaria, quita en el capital pendiente de amortización, dación en pago de la vivienda habitual y derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

Las tres primeras tratan de establecer un nuevo marco que facilite el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito, evitando la tramitación de un procedimiento ejecutivo que, en última instancia, supondría un agravamiento de la situación económica del deudor.

Por su parte, la cuarta —derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual, introducida por el RDL 5/2017— será susceptible de aplicación tras un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya suspendido el lanzamiento del deudor ejecutado. Por ello, tanto por el momento en que se puede solicitar como por los requisitos que se han de reunir, esta medida tiene un encuadre distinto a las anteriores, lo cual provoca su análisis y estudio de una manera individualizada.

En todo caso, la aplicación de estas medidas será obligatoria para las entidades conforme a la versión del CBP a que hayan mostrado su adhesión.

Centrándonos en el primer bloque de actuaciones —aquellas encaminadas al cumplimiento de los compromisos adquiridos—, procede su aplicación siempre que

se cumplan las siguientes condiciones (las cuales serán objeto de desarrollo en epígrafes posteriores):

- 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.
- Que no se haya producido el anuncio de la subasta del bien hipotecado —requisito exigido solo para la medida de reestructuración de deuda y dación en pago—.

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 advertirlo— son necesariamente consecutivas, de forma que se ha de observar el orden indicado y, solo en 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, como se ha dicho, 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 en el capital pendiente de amortización. 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 arrendataria, 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 y una serie de ventajas fiscales y notariales.

Por otro lado, hemos de referirnos a que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, tienen la condición de normativa de ordenación y disciplina las disposiciones del RDL 6/2012 dedicadas a los siguientes deberes de las entidades: de información de la existencia del Código (art. 5.9), de aplicar las medidas en él previstas a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión (art. 5.4) y de remitir al Banco de España la información que les requiera la Comisión de Control (*vid.* 2.5) sobre el CBP (art. 6.5). Esta condición resulta de especial interés en caso de incumplimiento por parte de las entidades de las obligaciones impuestas, cuestión sobre la que incidiremos posteriormente al abordar el estudio de la «sanción por el incumplimiento».

Igualmente aludiremos a la importante labor interpretativa de la normativa de deudores hipotecarios sin recursos llevada a cabo por la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP, pues esta comisión actualiza periódicamente el compendio de consultas que publica sobre esta materia, en el que constan las respuestas a las principales cuestiones planteadas, al que se puede acceder a través del siguiente enlace: [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/190527\\_Compendio\\_Consultas\\_CBP.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/190527_Compendio_Consultas_CBP.pdf).

## 2.2 Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas

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.

### 2.2.1 Ámbito subjetivo

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, el RDL 5/2017 y la Ley 5/2019.

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 de la Ley 5/2019<sup>25</sup>, o bien la entidad prestamista se encontrara adherida a versiones anteriores del CBP, el DCMR procede al análisis del supuesto planteado conforme a la versión del CBP que corresponda, bien sea porque es la que está en

---

25 En vigor a partir del 16 de junio de 2019.

vigor en el momento de la solicitud, o bien porque es la última a la que está adherida la entidad.

### *Umbral de exclusión*

Los beneficiarios de las medidas deben ser personas físicas que 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».

Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores hipotecarios en los que concurren todas las circunstancias que se indican en los números 1 y 2 del artículo 3 —y no otras—, los cuales, por su relevancia, se transcriben a continuación:

«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 IPREM<sup>26</sup> 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 IPREM anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de

---

26 La cuantía del IPREM en 2019 —período al que se refiere esta Memoria— resultó ser la misma que en el ejercicio 2018, en tanto el presupuesto de este ejercicio fue prorrogado a aquel. Así, de conformidad con la disposición adicional 119 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, resulta: «Disposición adicional centésima décima novena. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2018.

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 2018:

- 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».

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 los 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/de los 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.

Las circunstancias que han de concurrir para considerar al deudor hipotecario incluido en el umbral de exclusión se han de acreditar mediante la presentación de la documentación que expresamente se indica en el número 3 del artículo 3 del RDL 6/2012<sup>27, 28</sup>.

---

27 «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.»

28 En relación a la documentación que debe aportar el cliente, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2019, dictada en el recurso núm. 207/2018, se señaló la posibilidad de que las entidades puedan tener en el caso concreto por acreditada la exclusión, con independencia de que se hayan presentado por el

Han sido numerosos los expedientes en los que los reclamantes, que se consideraban incluidos en el umbral de exclusión, discrepaban con la forma en que las entidades implicadas habían aplicado las previsiones contenidas en el artículo 3 del RDL 6/2012. Así, en el expediente R-201910446 la entidad denegó la reestructuración de la deuda hipotecaria, ya que el conjunto de ingresos de la unidad familiar superaba el límite de tres veces el IPREM. La parte reclamante discrepaba con la forma de cálculo empleada, ya que consideraba que se debían valorar los ingresos anuales desde 2014 —notablemente inferiores—. Al respecto el DCMR indicó, en línea con los criterios interpretativos de la Comisión de Control del CBP, que los ingresos que se han de tener en cuenta son los actuales, es decir, al momento de la solicitud, motivo por el que en el supuesto analizado quedaba acreditado que el prestatario no se encontraba en el umbral de exclusión.

En los informes correspondientes a las R-201907826 y R-201903264, la entidad había denegado la aplicación del CBP porque la unidad familiar no había sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas respecto a los cuatro años anteriores. No obstante esto, este DCMR comprobó que, en el primero, el prestatario era mayor de 60 años y, en el segundo, a la unidad familiar pertenecían dos menores —de 5 y 2 años—, motivo por el que se debía considerar que, en estos supuestos, la parte prestataria se encontraba en un supuesto de especial vulnerabilidad. Atendiendo a la literalidad del artículo 3.1.b, para poder estar dentro del umbral de exclusión bastaría con que se diese alguna de las dos condiciones que este artículo prevé, es decir, la de haberse producido una alteración significativa de las circunstancias económicas en los cuatro años anteriores a la solicitud o haber sobrevenido en dicho período una circunstancia de especial vulnerabilidad.

En ocasiones, los clientes discrepan con los ingresos tomados en cuenta por las entidades. Desde el DCMR se insiste en que el análisis de la solicitud presentada debe partir de los «ingresos actuales», es decir, aquellos que se tienen en el momento de presentar la solicitud. Asimismo, en caso de denegación de la petición de reestructuración resulta necesario que las entidades motiven convenientemente las causas de esta, la documentación que han tenido en cuenta para llegar a tal conclusión y los cálculos efectuados.

En la R-201907267, la entidad había denegado la reestructuración de la deuda de acuerdo con el artículo 3.1.c, indicando que la cuota hipotecaria no era superior al 50 % de los ingresos netos de la unidad familiar. La parte prestataria discrepaba con el cálculo efectuado por la entidad, ya que consideraba que los ingresos tenidos en cuenta por la entidad debían minorarse, al existir un embargo salarial de la

---

deudor algunos o todos los documentos exigidos por la norma; se razonó que «de lo dispuesto en los preceptos señalados [entre ellos, el 3.3 del RDL 6/2012] no se desprende que la falta de algún documento impida tener por válida la solicitud. En todo caso, el Banco debe estudiar las condiciones del cliente, podrá requerir para que se complete la documentación, pero si se dan las condiciones requeridas en la norma, viene obligado a ofrecer el plan o las medidas de protección contempladas en Código de Buenas Prácticas».

Administración Tributaria. No obstante esto, este DCMR, en línea con los criterios interpretativos de la Comisión de Control del CBP<sup>29</sup> indicó que por «ingresos netos» de la unidad familiar debe entenderse los percibidos una vez descontados de los ingresos brutos totales únicamente los impuestos y cotizaciones sociales. Así, el embargo salarial de la Administración Tributaria no disminuye los ingresos netos de la unidad familiar de cara a verificar el cumplimiento del artículo 3.1.c.

### *La unidad familiar*

Las medidas contenidas en el CBP 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 años<sup>30</sup>, 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 respuesta<sup>31</sup>. Así:

- En 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 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 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.

---

29 Consultas 4.a del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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

31 Consultas 5 y 6 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

- 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.

La determinación de quiénes forman parte de la unidad familiar resulta fundamental, ya que son los ingresos de todos sus miembros —y no solo los del prestatario— los que han de tomarse en consideración para determinar si el deudor hipotecario está en el umbral de exclusión.

En ocasiones, se han planteado reclamaciones por clientes a quienes su entidad había denegado la reestructuración de la deuda hipotecaria al tomar en consideración, además de sus ingresos, los de un hijo —que residía en la vivienda—, razón por la que no cumplían los requisitos económicos necesarios para considerarlos incluidos en el umbral de exclusión. Desde el DCMR se indicó que, efectivamente, se debían tener en cuenta los ingresos de todos los miembros de la unidad familiar. Por el contrario, si en la vivienda convive y figura empadronado un tercero que no es deudor hipotecario ni forma parte de la unidad familiar —según la definición del RDL 6/2012—, sus ingresos no se tendrán en cuenta para determinar si el deudor está en el umbral de exclusión.

#### *Deudores hipotecarios en distinta unidad familiar*

En la contratación de préstamos hipotecarios es habitual que sean varios los deudores que se obligan de forma solidaria con la entidad, lo cual supone que esta cuenta, como garantía para el cobro del préstamo, con la solvencia patrimonial de esas personas, no de una sola de ellas. La característica esencial de la solidaridad es que, siendo la deuda única, el acreedor cuenta con la posibilidad de dirigirse, por el total de la deuda, indistintamente contra cualquiera de los deudores.

En este supuesto se encuentran, como norma general, los préstamos hipotecarios concedidos a los integrantes de un matrimonio o pareja de hecho inscrita, sujetos que forman parte de una unidad familiar en los términos establecidos por el propio RDL 6/2012, para cuya definición nos remitimos al apartado anterior.

Existiendo dificultades económicas para atender las cuotas del préstamo hipotecario, el estudio de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP implica necesariamente verificar que la unidad familiar, en sí misma, cumple los requisitos definidos en el artículo 3 del RDL 6/2012 para poder considerarla incluida en el umbral de exclusión.

Ahora bien, en caso de que los deudores hipotecarios no formen parte de la misma unidad familiar, bien sea por disolución del vínculo matrimonial —divorcio o separación legal—, bien sea por tratarse de una pareja de hecho no inscrita o cualquier otra circunstancia, todos los deudores hipotecarios —solidarios— han de encontrarse

en el umbral de exclusión en los términos definidos por el artículo 3 del RDL 6/2012. Así, en caso de dificultades de pago, si uno no puede responder de la deuda pero el otro sí, no podría entenderse que se cumple el requisito de «extraordinarias dificultades» que establece el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2012.

En este sentido se ha pronunciado la sentencia 187/2018 del Tribunal Supremo, de 5 de abril, que analiza un supuesto como el que nos ocupa, en el que existe una pluralidad de deudores que responden solidariamente de la deuda contraída. El Alto Tribunal ha entendido que, ante la pluralidad de deudores, todos ellos se han de encontrar en el umbral de exclusión para la aplicación del Código de Buenas Prácticas, aunque después de la separación o el divorcio hayan dejado de formar parte de una unidad familiar.

En la misma línea argumental, la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP<sup>32</sup> ha señalado que «en el caso de que existan deudores hipotecarios solidarios que no formen parte de la unidad familiar, la aplicación de las medidas del CBP solo procederán cuando en ambos concurren las circunstancias para considerarlos incluidos dentro del umbral de exclusión».

Llegados a este punto, y por su estrecha relación con lo hasta ahora expuesto, hemos de referirnos al supuesto en que los propietarios de la vivienda que constituye la garantía del préstamo hipotecario proceden a la extinción del condominio, cualquiera que sea la razón para llevarla a cabo (divorcio, herencia, etc.). Es habitual que en estos casos las partes, que hasta ese momento eran propietarias de la vivienda, lleguen a un acuerdo sobre quién ostentará la propiedad de aquella y asumirá el pago del préstamo hipotecario pendiente. Ahora bien, siendo este pacto de carácter privado entre las partes, la novación subjetiva de dicho préstamo, en virtud de la cual uno de los prestatarios pasa a ser el único deudor, no se puede considerar efectuada si previamente no ha sido aceptada por el acreedor, es decir, el banco. En tanto no conste tal aceptación, no procede oponer a la entidad las vicisitudes de la relación particular de los prestatarios.

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. Esa es precisamente la esencia de una garantía hipotecaria: permitir al acreedor, en caso de impago por el deudor o deudores, resarcirse a través del valor del inmueble hipotecado, aunque este se hubiese transmitido a un tercero.

Una vez se formalizó el préstamo hipotecario, las partes contratantes quedaron obligadas en los términos recogidos en el propio contrato —en particular, en lo que

---

32 Consulta 25 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

se refiere a su carácter solidario—, y cualquier modificación de las condiciones pactadas requiere necesariamente el consentimiento de todas las partes contratantes (prestamista y prestatarios). Esto debe ser entendido así con independencia del cambio que pudiera experimentar, a lo largo del tiempo, el vínculo que originariamente ligaba a los deudores entre sí.

En el expediente R-201907479, la reclamante había solicitado la aplicación del CBP, explicando que, aunque el préstamo había sido formalizado por ella misma y su entonces marido, en la actualidad estaba divorciada y se había extinguido el condominio sobre la vivienda, de forma que a ella se le había atribuido la propiedad de esta y había asumido en exclusiva la deuda hipotecaria pendiente. No obstante esto, no se había llevado a cabo la novación subjetiva del préstamo hipotecario, excluyendo de él a su expareja. Aunque había aportado toda la documentación requerida de su unidad familiar para el estudio de su solicitud de reestructuración de deuda de conformidad con el RDL 6/2012, la entidad requirió la documentación del otro titular del préstamo —su exmarido— sin que ella lo considerara necesario. Este DCMR sostuvo la necesidad de requerir esta documentación, si bien consideró que la entidad había incurrido en mala práctica bancaria, al no concretar, hasta la interposición de la reclamación, que la documentación requerida era la relativa a la situación económica de su exmarido en su condición de cotitular del préstamo —y no como miembro de la unidad familiar, que era lo que alegaba—.

### *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 Prácticas<sup>33</sup> 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 a 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 en el momento de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP, por ser los actuales, mediante la presentación de nóminas u otras, y de los cuatro años anteriores.

---

33 Consulta 16 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.



En el expediente R-201900333, la entidad denegó la reestructuración de la deuda, indicando que no había habido una alteración significativa de las circunstancias de la unidad familiar. No obstante esto, no se especificaban los cálculos efectuados, ni quedaba acreditado que se habían tomado en consideración los ingresos de la unidad familiar en el momento de la solicitud de reestructuración, la cual se había formulado en octubre de 2018, y en los cuatro años anteriores a esa fecha (2014). Por esto, se consideró que la actuación de la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela.

### *Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores*

El artículo 2<sup>34</sup> 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 «los 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».

Son habituales las operaciones en las que familiares —generalmente, padres— avalan a sus hijos en la compra de viviendas o en las que los administradores avalan a la mercantil a la que representan, aportando todos ellos como garantía su vivienda habitual. El RDL 6/2012 garantiza la protección de los garantes de las operaciones hipotecarias, con el fin de salvaguardar su vivienda habitual, siempre que se encuentren en el umbral de exclusión.

Para ello resulta fundamental que la entidad acreedora, tan pronto es conocedora de la difícil situación económica en que los deudores se encuentran, informe sobre la existencia y contenido del CBP en aras de su posible aplicación. Dicho deber de información se extiende, igualmente, a los fiadores y avalistas por aplicación del artículo 2 anteriormente descrito.

En alguna ocasión, la parte deudora del préstamo hipotecario exponía que no podía hacer frente a las cuotas mensuales y que sus padres, avalistas de la operación, habían fallecido. La entidad se negaba a aplicar el CBP hasta conocer quiénes eran los herederos de los avalistas y se pudiese verificar la aceptación de la herencia por su parte, ya que ello resultaba imprescindible para determinar si se cumplían las

---

34 A partir de la redacción dada por la Ley 1/2013.

circunstancias establecidas en el RDL 6/2012. Este DCMR manifestó que no podía emitir pronunciamiento sobre la cuestión planteada en tanto enmarcada dentro del ámbito del derecho privado y expuso que la fianza no se extingue con el fallecimiento del fiador, siendo que lo exigido por la entidad podría ser preciso para la conservación de las garantías personales que sirvieron de base para la concesión del préstamo.

### 2.2.2 Ámbito objetivo

La última versión del CBP<sup>35</sup> contempla la protección del deudor hipotecario, con independencia de la fecha de formalización del préstamo<sup>36</sup>. Así, el artículo 2 del RDL 6/2012 queda redactado de la siguiente forma: «Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente.»

Hasta esta modificación, la aplicación del CBP se dirigía a aquellos contratos de préstamo o crédito que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 6/2012, lo cual se produjo el 11 de marzo de 2012, y sin que resultara de aplicación a los formalizados con posterioridad.

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 5.2<sup>37</sup> del RDL 6/2012 es la siguiente:

---

35 A partir de la reforma del RDL 6/2012 mediante la Ley 5/2019, que entró en vigor el 16 de junio de 2019.

36 El preámbulo de la Ley 5/2019, por lo que respecta a la motivación de la modificación del RDL 6/2012, indica que «con el fin de convertir el Código de Buenas Prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda hipotecaria contenidas en el mismo».

37 A partir de la redacción dada por el RDL 1/2015.

«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 han 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 Transportes, Movilidad y Agenda Urbana<sup>38</sup> —Ministerio de Fomento, en redacción dada por el RDL 6/2012—. 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 Transportes, Movilidad y Agenda Urbana en función de la provincia y de 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 IVA<sup>39</sup> y que, cuando la norma hace referencia a la extensión del inmueble, se refiere a los metros cuadrados construidos<sup>40</sup>.

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

38 Se puede consultar dicho dato en el siguiente enlace: <https://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=35000000>.

39 Consulta 14 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

40 Consulta 16 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

de aplicación de las solicitudes presentadas por sus clientes al amparo del CBP. Así, algunos pronunciamientos se refieren a que es absolutamente inexcusable que el inmueble hipotecado tenga la condición de vivienda habitual de la unidad familiar del deudor. En el expediente R-201908097, la parte reclamante solicitaba la refinanciación del préstamo suscrito para la adquisición de viviendas dedicadas al alquiler, las cuales eran la garantía de la operación. En tanto que estas no eran la vivienda habitual del prestatario, se concluyó que la reestructuración que pudiera haber procedido se incardinaba dentro de la «política comercial y de asunción de riesgos de la entidad». Igual pronunciamiento se alcanzó en la reclamación R-201905328, en la que la vivienda hipotecada era una finca rústica.

En otras ocasiones, la entidad había emplazado a su cliente para realizar la tasación de la vivienda, si bien desde este DCMR se indicó que el RDL 6/2012 no exige como requisito para la aplicación de las medidas del CBP la tasación actualizada de la vivienda hipotecada, por lo que su no realización no podía ser un impedimento para aplicar lo dispuesto en el citado Código.

En el expediente R-201907525, la entidad había denegado la solicitud de reestructuración de deuda de su cliente porque se superaba el límite del artículo 5.2 del RDL 6/2012. Efectuados los cálculos de acuerdo con la documentación aportada, este DCMR pudo verificar que el precio de adquisición de la vivienda hipotecada —sin IVA— era mayor que el producto resultante de la extensión del inmueble —metros cuadrados construidos— por el precio medio por metro cuadrado para la vivienda libre que arroja el Índice de Precios de la Vivienda para la provincia en que está radicado el bien según las tablas publicadas por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana —obteniendo esta magnitud haciendo la media aritmética de los cuatro valores trimestrales correspondientes al año en que se adquirió el bien y tomando los valores de la tabla «1. Valor tasado de vivienda libre», que recoge los valores trimestrales de todas las provincias (no del municipio)— e incrementado en un 20 %, es decir, multiplicado por 1,20. Dado que no se cumplía el límite objetivo impuesto por el artículo 5.2 del RDL 6/2012, la falta de aplicación del CBP por parte de la entidad no mereció reproche alguno por parte de este DCMR.

En otras ocasiones, las partes discrepaban por la extensión del inmueble —magnitud que se ha de tener en cuenta para el cálculo del límite del artículo 5.2 del RDL 6/2012—, en tanto que existía una importante diferencia entre los metros cuadrados construidos de la vivienda que constaban en el Catastro y los del Registro de la Propiedad. Este DCMR indicó que nuestro sistema jurídico inmobiliario pretende la concordancia de la realidad física del inmueble con los datos que obran en el Registro de la Propiedad y en el Catastro. Por ello, en caso de observarse diferencias entre estas magnitudes, el interesado debería, de considerarlo oportuno, instar el oportuno procedimiento para lograr la concordancia anteriormente indicada. En todo caso, este DCMR debe basar su pronunciamiento, siempre que ello sea posible,

en los datos que figuren en las correspondientes oficinas públicas, ya fuere Registro de la Propiedad o Catastro, y sin que le corresponda determinar qué magnitud, de las indicadas por cada una de las partes, es la que ha de tomarse en consideración, que debería ser aquella que se ajusta a la realidad física. Tal determinación requiere la valoración por parte de expertos con conocimientos especializados en esta materia técnica, la cual es ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas bancarias y usos financieros.

### *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 1/2013<sup>41</sup>, 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.

## 2.3 Tramitación

### 2.3.1 Publicidad

El punto número 5<sup>42</sup> 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.»

---

41 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.

42 A partir de la versión introducida por el RDL 5/2017. Antes, punto número 4.

A las entidades les incumbe realizar, en particular entre sus clientes, la debida publicidad del CBP, tanto de su existencia como de su contenido. Esto es así porque, ante situaciones de dificultad sobrevenida para el pago de la deuda hipotecaria, resulta de suma importancia su detección y solución tempranas. 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 producirá tan pronto como el deudor le manifieste, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria y, como muy tarde, cuando se produzca el incumplimiento del pago de la primera cuota, le incumbe a la acreedora informar al deudor individualizadamente y por escrito sobre el contenido del Código y orientarle sobre las posibilidades que este ofrece, no siendo suficiente a estos efectos la información que la entidad pueda ofrecer en tablones de anuncios, en su página web o por otros medios no individualizados.

El artículo 5.9<sup>43</sup> del RDL 6/2012 recoge dicho deber de información y, reforzando la mencionada obligación de publicidad del punto número 5 del Código de Buenas Prácticas, señala a este respecto que:

«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.»

Y tal es la importancia de esta disposición, que el artículo 15 del RDL 6/2012<sup>44</sup>, sobre el «régimen sancionador», le atribuye la condición de normativa de ordenación y disciplina. 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-201907826 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no informar de la

---

43 A partir de la modificación introducida por la Ley 1/2013.

44 A partir de la modificación introducida por la Ley 1/2013.

existencia y del contenido del CBP al deudor hipotecario tan pronto como detectó las dificultades para asumir la deuda hipotecaria, lo cual se produjo, al menos, desde junio de 2015 —fecha en la que había solicitado a la entidad la revisión de las condiciones contractuales, dada su difícil situación económica— y al no haber gestionado de forma diligente su solicitud, indicando la documentación que restaba por aportar o bien analizando la que ya tenía e indicando, motivadamente, las razones por las que consideraba que no procedía la aplicación del CBP.

En el expediente R-201902776, la parte reclamante había mostrado dificultades para el pago de su préstamo desde 2014, lo cual motivó que en 2015 la entidad declarara vencido anticipadamente el préstamo y presentara demanda de ejecución hipotecaria. No obstante, no constaba acreditado que durante dicho período la entidad hubiera informado a su cliente de su adhesión al CBP, de su contenido ni de los requisitos que habría de reunir para la aplicación de sus medidas. Esto mereció que este DCMR considerara que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, sin perjuicio de que también se había apartado, en ese caso, de las buenas prácticas bancarias.

Por otro lado, en el expediente R-201912200 el reclamante había solicitado la tercera medida del CBP —dación en pago de su vivienda, así como el alquiler social de esta—. La entidad informó de que, estando el prestatario en el umbral de exclusión y siendo la reestructuración viable, procedía la aplicación de esta medida. Esta actuación es conforme al RDL 6/2012, toda vez que las medidas del Código son de aplicación sucesiva.

Finalmente hemos de apuntar que este deber de información del CBP ha de extenderse a todas las fases en que se encuentre la solicitud de aplicación de las medidas del Código. Así, por ejemplo, en ocasiones, después de que el plan de reestructuración de la deuda hubiera resultado inviable, los prestatarios insistían en que se les aplicara esta primera medida del Código. En estos casos resulta fundamental que la entidad advierta, de manera clara y personalizada, a su cliente —sin que sea suficiente la remisión de un documento genérico con información sobre lo dispuesto en el RDL 6/2012— de que, dadas sus circunstancias, tiene la posibilidad de solicitar, bien la quita, o bien la dación en pago de su vivienda, de conformidad con el apartado 2 o 3 del CBP.

### 2.3.2 Solicitud del cliente y respuesta de la entidad

Cuando un cliente comunica o de cualquier manera manifiesta a su entidad la dificultad o la imposibilidad de cumplir con sus compromisos de pago en los términos que fueron pactados en su día, esta ha de informarle, en los términos antes expuestos, de su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, así como



de los requisitos y circunstancias que han de concurrir para, en su caso, considerarlo situado dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 —«umbral de exclusión»—, facilitando a este que pueda solicitar y acogerse a las medidas que el Código contempla.

Una vez que 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 que se debe aportar—, una actuación de la entidad acorde con la diligencia debida pasaría por:

**A) Denegar su aplicación, de forma inmediata y motivada, cuando conozca 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 darle contestación 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, a la vista de sus concretas circunstancias, pudiera 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»<sup>45</sup>.

La falta de la necesaria motivación mereció un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad en el expediente R-201909912, y ello por cuanto pudo llegar a producir indefensión en el solicitante de las medidas, que no tendría información para, en su caso, poder enmendar su actuación lo antes posible y continuar así con el procedimiento o estudiar alternativas. Así, en este supuesto en el que el deudor hipotecario había presentado hasta cuatro solicitudes de reestructuración de deuda al amparo del CBP en los cinco últimos años, la entidad debió fundamentar por qué consideraba que no se encontraba en el umbral de exclusión (en particular, por qué no se daban los presupuestos del artículo 3.1.c). No solo debió indicar los ingresos de la unidad familiar —y la documentación sobre ellos— tenidos en cuenta, sino que además debió ponerlos en relación con la cuota hipotecaria del préstamo y especificar los cálculos efectuados. Por otro lado, debió concretar aquella documentación —que resultaba obligatoria— pendiente de aportar.

### 2.3.3 Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas

Las medidas que el CBP recoge 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 —la quita en el capital pendiente de amortización—, que es facultativa para la entidad o, en su caso, la dación en pago de la vivienda habitual. La cuarta es el derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

Según 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 de forma graciable las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, y ello 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».

#### *Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias*

La regulación de esta medida se encuentra en el punto número 1 del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

---

45 Consulta 8 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

El apartado a) de este punto 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 adherida al CBP tiene la obligación de formular el plan de reestructuración<sup>46</sup>.

El propio artículo 5.4 del RDL 6/2012, precepto 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».

En todo caso, se ha de precisar que no podrán formular solicitud de reestructuración aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de la subasta.

No obstante esto, si se hubiera producido el anuncio de la subasta y posteriormente hubiera recaído otra resolución judicial cuyo efecto incluyese la anulación, la declaración de inexistencia o retroacción de las actuaciones procesales a un momento anterior a la fecha de publicación de dicho anuncio, el deudor conservaría su derecho a presentar la solicitud de reestructuración<sup>47</sup>. Esta situación se daría en aquellos supuestos en los que se hubiera suspendido la subasta por un período superior a quince días, de acuerdo con el artículo 649.2 de la Ley 1/2000<sup>48</sup>, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El anuncio anterior habría quedado sin virtualidad y el deudor podría solicitar la reestructuración de la deuda conforme al CBP. 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

---

46 Consulta 3 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

47 Consulta 28 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

48 Artículo 649.2 de la LEC: «La suspensión de la subasta por un período superior a quince días llevará consigo la devolución de las consignaciones, retro trayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio como si de una nueva subasta se tratase.»

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.
- iii. Reducción del tipo de interés aplicable a euríbor + 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 hipotecario<sup>49</sup>.»

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, la cual, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.

El plan de reestructuración propuesto puede, en todo caso, mejorar las previsiones contenidas en el Código, sin que, por otro lado, resulte admisible la aprobación de un plan que suponga un empeoramiento para el deudor de las condiciones inicialmente pactadas, lo cual choca frontalmente con el espíritu del RDL 6/2012.

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 hipotecaria<sup>50</sup>.

---

49 Medida introducida por el RDL 1/2015.

50 Consulta 8 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

Por otro lado, cuando le sea propuesto por el deudor 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 %<sup>51</sup> 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 actuales<sup>52</sup>. 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»<sup>53</sup>—.

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.

Es práctica generalizada que el plan de reestructuración se eleve a escritura pública, si bien esta opción resulta potestativa para las partes. Ahora bien, en su ausencia, los terceros de buena fe no podrán verse perjudicados por la modificación y esta no podrá acceder al registro<sup>54</sup>. Así, 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».

Respecto a la información que la entidad financiera debe facilitar con carácter previo al otorgamiento de escritura pública, interesa el pronunciamiento efectuado por la Dirección General de los Registros y del Notariado —ahora, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE del 30).

La consulta 12 de esta instrucción, sobre la aplicabilidad de la Ley 5/2019 a las operaciones de reestructuración conforme al CBP, resuelve que hay que distinguir dos situaciones: i) la simple aplicación de las medidas legalmente predeterminadas

---

51 Este porcentaje era del 60 % en la primera versión del Código.

52 Consulta 8 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

53 En los primeros expedientes de reclamación referidos a la aplicación del CBP, en su primera versión, se consideraba que se había de tener en cuenta 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—.

54 Consulta 11.b) del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

(sobre intereses de demora, establecimiento de carencia, ampliación del plazo del préstamo, reducción del interés durante el período de carencia, supresión de la cláusula suelo, eliminación de la compensación por amortización anticipada e, incluso, la concesión de la quita), y ii) aquellas operaciones que además de aplicar las condiciones que establece el CBP introducen la modificación de otras disposiciones del préstamo y/o la reunificación del conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

Según resuelve la consulta, el primer supuesto «no parece constituir por sí mismo una novación del mismo [referido al contrato de préstamo constituido con anterioridad] para sujetarlo a un nuevo clausulado y condiciones que debiera dar lugar a la aplicación de la Ley 5/2019». Por el contrario, el segundo supone una novación del préstamo, de forma que necesariamente se han de cumplir las normas sobre las formalidades informativas y el acta previa, así como las limitaciones sustantivas<sup>55</sup> impuestas.

Por lo que se refiere a los efectos de la novación del contrato, el artículo 5.5 del RDL 6/2012 establece: «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 4.3<sup>56</sup> de la nombrada Ley 2/1994 establece que las modificaciones del clausulado del préstamo no supondrán 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 ocasiones las entidades han excusado la no aplicación de la reestructuración prevista en el Código por la pérdida de rango registral que comportaría aquella. No obstante esto, no 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. En este sentido, la Comisión de Control del CBP<sup>57</sup> 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

---

55 Las limitaciones sustantivas se refieren a los siguientes artículos de la Ley 5/2019: artículo 20, Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera; artículo 21, Variaciones al tipo de interés; artículo 23, Reembolso anticipado; artículo 24, Vencimiento anticipado, y artículo 25, Interés de demora.

56 Artículo 4.3 de la Ley 2/1994: «3 Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»

57 Consulta 11.a) del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 otro orden de ideas, hemos de referirnos a los préstamos hipotecarios titulizados. Siguiendo la línea marcada por la Comisión de Control del CBP<sup>58</sup>, el hecho de que un préstamo se encuentre titulizado no excluye, de entrada, la aplicación del Código, en tanto no existe amparo legal para ello.

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.

Por lo que se refiere a los pronunciamientos judiciales referidos a solicitudes de aplicación del CBP, hemos de hacer mención a la sentencia 410/2019, de 9 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo —recurso 607/2017—, que, dictada después de que hubiera sido ejecutada la vivienda habitual de los prestatarios, estima la solicitud de reestructuración de deuda presentada una vez iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la publicación de la subasta. La entidad había rechazado la aplicación de la primera medida del Código alegando causas que no estaban legalmente previstas y continuó el procedimiento judicial iniciado que culminó con la ejecución de la garantía del préstamo. Con independencia de este procedimiento, la parte deudora presentó demanda en defensa de su derecho a que le aplicaran la reestructuración solicitada. Aun cuando en primera y segunda instancia se consideró inviable reactivar el préstamo hipotecario una vez ejecutada la garantía, nuestro Alto Tribunal estimó la reestructuración solicitada, en tanto: i) el banco debía haberla atendido, y ii) al considerar que la prosperabilidad de la acción judicial ejercitada por los prestatarios —solicitando la reestructuración, al amparo del CBP— no podía quedar supeditada a que el banco no hubiera consumado la realización de la garantía. Y, así, dispone que «...ante la imposibilidad de dar cumplimiento in natura a la condena de hacer (otorgar la reestructuración de la deuda reclamada), haya que optar por el cumplimiento por equivalencia (la indemnización de los daños y perjuicios sufridos)».

---

58 Consulta 19 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.



Expuestos los criterios generales de aplicación y ciñéndonos a las reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2019, hemos de destacar que, con carácter general, estas versan, bien sobre deficiencias en relación con el plan de reestructuración mismo, bien en relación con la ausencia misma de formulación de un plan.

En unas ocasiones, la entidad condicionó la firma del plan de reestructuración de la deuda hipotecaria conforme al CBP a que su cliente previamente firmara un préstamo personal para reunificar las cuotas atrasadas. En otras, la entidad condicionó la formulación del plan de reestructuración al pago de la deuda pendiente. En estos casos, en los que la parte reclamante se encontraba en el umbral de exclusión, este DCMR concluyó que las entidades implicadas pudieron haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, al no haber formulado el correspondiente plan de reestructuración conforme al CBP, sin que resulte correcto que la entidad condicione su aprobación a que su cliente firme un préstamo personal para refinanciar la deuda que no reúne las condiciones previstas en el Código o que exija la puesta al día del préstamo.

En el expediente R-201909299, la parte reclamante, que se encontraba en el umbral de exclusión, se negaba a firmar el plan de reestructuración presentado por la entidad hasta que esta le concediera una quita de la deuda, toda vez que consideraba que, una vez finalizado el período de carencia, no podría hacer frente a sus compromisos financieros. Este DCMR confirmó que las medidas que recoge el CBP son de aplicación sucesiva, lo cual implica que, siendo viable la reestructuración de la deuda, no procede el análisis de medidas complementarias (quita) o sustitutivas (dación en pago). Asimismo, se aclaró que, pese a las manifestaciones del reclamante sobre la inviabilidad del préstamo una vez finalizara el período de carencia, los ingresos de la unidad familiar computables a efectos de calificar el plan como viable o inviable debían ser los actuales.

En otras ocasiones, como sucedió en la R-201909526, la entidad había reconocido que su cliente estaba en el umbral de exclusión y que el plan de reestructuración era viable. No obstante esto, no se llegó ni a formalizar ni a aplicar dicho plan, lo cual fue considerado por este DCMR como un posible quebrantamiento de la normativa de ordenación y disciplina.

En los expedientes R-201910422 y 201901272 se observó que, en la reestructuración propuesta por la entidad, aun cumpliendo las previsiones del CBP, se habían novado una serie de cláusulas que suponían un empeoramiento de las condiciones inicialmente pactadas para el prestatario. Así, en el primero se incluyó la figura de una codeudora y se aumentó el importe de la comisión de reclamación de posiciones deudoras; en el segundo se modificó la cláusula de intereses, de forma que, una vez finalizado el período de carencia, el diferencial que se había de aplicar al tipo de interés pactado (euríbor) aumentaría de 1,5 puntos porcentuales (pp) a 2 pp. Esta actuación resulta contraria a la finalidad de la normativa protectora de deudores hipotecarios sin recursos.

### *Medidas complementarias: la quita*

La quita en el capital pendiente de amortización es la segunda medida que recoge el CBP, en su apartado 2. Esta será de aplicación cuando el plan de reestructuración resulte inviable en los términos establecidos en el propio Código, es decir, cuando la cuota hipotecaria mensual resulte superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

Esta medida es discrecional para la entidad, de forma que esta tiene la facultad de aceptarla o rechazarla en el plazo de un mes, a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

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 guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.
- 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 por 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*

La dación en pago de la vivienda habitual es la tercera medida que recoge el CBP, en su apartado 3. Mediante la entrega de la vivienda que constituye la garantía del préstamo se da por cancelada definitivamente la deuda hipotecaria, así como las responsabilidades personales del deudor y de terceros derivadas de aquella.

En tanto las medidas recogidas en el CBP son de aplicación sucesiva, la solicitud de la dación en pago de la vivienda habitual procede cuando el plan de reestructuración —primera medida del Código— haya resultado inviable y la entidad haya optado por no aplicar la quita del capital pendiente de amortización —segunda medida, que tiene carácter discrecional—.

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.

Así, con respecto a los subjetivos, para poder considerar a los deudores de un préstamo o de un crédito en el umbral de exclusión a los efectos de aplicar esta medida, además de los requisitos establecidos en el artículo 3.1 del RDL 6/2012, cuyo cumplimiento se exige respecto de la primera medida recogida en el Código —el plan de reestructuración—, se han de cumplir los que figuran en el artículo 3.2 del RDL 6/2012, como se ha analizado en el epígrafe de esta Memoria dedicado al *umbral de exclusión*.

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 que el precio de adquisición de la vivienda no supere el límite que figura en el párrafo 2 del artículo 5.2 del RDL 6/2012, el cual no se incrementa —en un 20 %— como ocurre con la reestructuración de la deuda y la quita, siendo que el límite absoluto asciende a 250.000 euros —y no a 300.000, como en las otras medidas—. De todo ello se dio cuenta en el epígrafe de este capítulo dedicado al ámbito objetivo.

Asimismo existen dos límites temporales para esta medida. Por un lado, 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.

Por otro, la petición de esta medida se ha de efectuar en el plazo de 12 meses desde que se produjo la solicitud de reestructuración de deuda. Transcurrido este plazo, no procederá la dación en pago de la vivienda habitual al amparo del CBP. Esto no es óbice para que la entidad acepte una dación en pago extintiva de una deuda hipotecaria como una decisión dentro de su política comercial y de riesgos operativos.

Una vez presentada la solicitud de dación por parte de un cliente, compete a la entidad tramitarla con la máxima diligencia y urgencia.

Si no procediera esta medida, porque no se cumplieran los condicionantes anteriormente indicados, la entidad deberá dar respuesta a su cliente motivando con suficiente concreción la causa del rechazo.

Ahora bien, en caso de reunirse todos los requisitos, procede la aplicación de la dación en pago, lo cual supone que la entidad está obligada a aceptar la entrega de la vivienda hipotecada por parte del deudor —bien sea a la propia entidad o a un tercero que esta designe—, quedando con ello cancelada totalmente la deuda.

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 anual que habrá de 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 %<sup>59</sup>.

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».

Por lo que se refiere a las reclamaciones presentadas, a modo de ejemplo, en alguna ocasión la parte reclamante había solicitado la dación en pago de su vivienda conforme al CBP. Al encontrarse el cliente en el umbral de exclusión, la entidad presentó un plan de reestructuración. No conforme con esta opción, este reiteró su solicitud originaria de dación en pago de la vivienda. En supuestos como este, resulta vital que la entidad informe correctamente a su cliente de que las medidas que recoge el CBP son de aplicación sucesiva, razón por la que, si el plan de reestructuración resulta viable, debe aplicarse esta medida —el análisis de la quita o la dación en pago solo proceden cuando la reestructuración de la deuda resulta inviable—. Cualquier otra alternativa se enmarcaría dentro de lo que se denomina «política comercial y de riesgos» de la entidad.

### *Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual*

El derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual es la cuarta, y última, medida del CBP, introducida por el RDL 5/2017.

A diferencia del resto de las medidas —reestructuración de deuda hipotecaria, quita en el capital pendiente de amortización y dación en pago de la vivienda habitual—, que tratan de conseguir el cumplimiento de los compromisos adquiridos al formalizar el préstamo hipotecario y evitar la reclamación de la deuda a través de un procedimiento judicial, el derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual procede cuando se ha seguido contra el deudor hipotecario un procedimiento

---

59 En la primera versión del Código, este tipo ascendía al 20 %.

ejecutivo que ha culminado con la ejecución de la vivienda garantía del préstamo y, a mayor abundamiento, ha sido suspendido el lanzamiento<sup>60</sup>.

Para que esto haya tenido lugar, el deudor ha de encontrarse en situación de especial riesgo de exclusión, de conformidad con el artículo 1.1 de la Ley 1/2013. Según este, se han de cumplir las siguientes premisas:

- 1 La garantía del préstamo, que ha sido ejecutada, era la vivienda habitual del deudor.
- 2 El deudor se ha de encontrar en uno de los siguientes supuestos de especial vulnerabilidad:
  - a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
  - b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo.
  - c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.
  - d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
  - e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo.
  - f) 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.
  - g) Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género.
  - h) El deudor mayor de 60 años.
- 3 Se han de dar las circunstancias económicas siguientes:

---

<sup>60</sup> Se podrá aplicar la suspensión del lanzamiento hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, es decir, hasta el 15 de mayo de 2024, de conformidad con la modificación introducida por el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el IPREM anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en caso de que el ejecutado 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. El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en:
- i. 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales.
  - ii. 0,10 veces el IPREM para el resto de las familias.
- 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.
- Esto ocurre cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para su adquisición.

El deudor cuyo lanzamiento haya sido suspendido al cumplir los requisitos anteriores y esté situado en el umbral de exclusión podrá solicitar esta medida en el plazo de seis meses desde la suspensión del lanzamiento. Entonces, la entidad acreedora adherida al CBP concederá el alquiler de la vivienda por una renta anual máxima del 3 % de su valor al tiempo de la aprobación del remate. Este valor estará 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.

El arrendamiento conforme al CBP tendrá duración anual y será prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Transcurrido este

plazo, ambas partes pueden acordar la prórroga anual por otros cinco años adicionales.

Por lo que se refiere a las reclamaciones presentadas sobre esta materia en el ejercicio 2019, se ha de citar, a modo de ejemplo, el expediente R-201905489. En este, la reclamante se encontraba en situación de vulnerabilidad social y económica, su vivienda habitual había sido ejecutada y el lanzamiento había sido suspendido. No obstante esto, la entidad no había informado del derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual conforme al CBP, aunque sí había formalizado un contrato de arrendamiento que no contenía las exigencias del punto 4 del Código, en tanto este tenía una duración de tres años y, en palabras de la reclamante, el cálculo de la renta no se ajustaba a lo dispuesto en el RDL 6/2012. Este DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, por cuanto no constaba acreditado que informara a su cliente, de forma proactiva y diligente, en relación con la solicitud presentada, requiriendo la documentación necesaria para acreditar que aquel se encontraba en el umbral de exclusión, así como porque no constaba que el importe de la renta y el plazo del contrato de alquiler social se ajustaran al límite previsto en el CBP.

### *Otras ventajas*

Además de las medidas estudiadas, el RDL 6/2012 recoge otra serie de ventajas 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 interés moratorio, de acuerdo con artículo 4 del RDL 6/2012, será el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados un 2 %<sup>61</sup> sobre el capital pendiente del préstamo.

Los intereses así calculados son de aplicación al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión a partir del momento de acreditación de esta circunstancia, es decir, desde la presentación de la solicitud de cualquiera de las medidas del CBP con la documentación completa. 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 desfase 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.

---

61 En la versión originaria del RDL 6/2012, este porcentaje ascendía al 2,5 %.



Por otro lado, la fórmula de cálculo se aplica sobre «el capital pendiente del préstamo». Preguntada la Comisión de Control del CBP<sup>62</sup> sobre cómo ha de entenderse esta expresión —si el término capital comprende exclusivamente el capital principal pendiente del préstamo o, por el contrario, incluye el capital principal más los intereses devengados y no pagados—, esta ha resuelto que el término «capital» ha de interpretarse «con exclusión de los intereses que se hubieran generado». Es más, siendo el RDL 6/2012 una norma imperativa, que se impone a lo pactado por las partes, el cálculo de los intereses moratorios debe realizarse en los estrictos términos que ha previsto el artículo 4 del RDL.

En este sentido, la Comisión de Control ha indicado que, aun en caso de que las partes, de acuerdo con el artículo 317 del Código de Comercio, hayan optado por capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, tampoco pueden incluirse estos intereses a los efectos de calcular el capital pendiente del préstamo.

### 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 documentados<sup>63</sup>.
- 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 de este, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre dicha 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 marzo<sup>64</sup>.

62 Consulta 20 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

63 El artículo 8 del RDL 6/2012 introdujo una modificación en el 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.I.B) de dicho texto.

64 El artículo 9 del RDL 6/2012 estableció una modificación en el 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 el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y la 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.

- 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 de este, 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 patrimonio<sup>65</sup>.

---

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 concurran 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 equiparará 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.»

- 65 El artículo 10 del RDL 6/2012 estableció una modificación 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, 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.

Asimismo estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda en que concurran 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.»

- 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 hipotecado<sup>66</sup>.

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 formalizaron 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 V026116. Este DCMR apreció la existencia de una práctica bancaria incorrecta, en tanto que la entidad, que 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 todos los requisitos para la dación en pago, al amparo del CBP.

#### 2.3.4 Solicitud de aplicación por segunda vez de las medidas del Código de Buenas Prácticas

Como ya se ha dicho anteriormente, la finalidad de la reestructuración de la deuda conforme al CBP es alcanzar su viabilidad a medio y largo plazo. Aprobado el plan de reestructuración, durante los cinco primeros años se establece un período de carencia durante el cual el deudor solo satisfará la cantidad correspondiente a intereses (euríbor más 0,25). Finalizado este, las cuotas del préstamo comprenderán capital e intereses, de acuerdo con las condiciones inicialmente pactadas —o novadas posteriormente—.

---

<sup>66</sup> Artículo 11 del RDL 6/2012.

En este punto, llegado el fin del período de carencia aplicado a la reestructuración de la deuda conforme al Código, puede ocurrir que los deudores del préstamo no hayan logrado mejorar su situación económica y soliciten de nuevo la aplicación de las medidas del CBP: la reestructuración de la deuda hipotecaria, la quita en el capital pendiente de amortización o, incluso, la dación en pago de la vivienda habitual.

Pese a esto, no es posible la aplicación en más de una ocasión de alguna de las medidas del Código<sup>67</sup>. Así, la entidad no estaría obligada a aplicar una nueva reestructuración de deuda una vez finalizado el período de carencia de otra que se hubiera aprobado cinco años antes.

Si el deudor hipotecario hubiera solicitado una quita del capital pendiente de amortización porque el plan de reestructuración hubiera devenido inviable —la inviabilidad del plan puede ser originaria, desde el mismo momento de aprobación del plan de reestructuración, o bien sobrevenida en un momento posterior—, la entidad deberá estudiar la aplicación de esta segunda medida cuando se reúnan los requisitos y plazos previstos por la norma, y aceptarla o rechazarla en el plazo de un mes desde que se acredite la inviabilidad del plan de reestructuración, recordando, en cualquier caso, como se ha dicho anteriormente, que su aceptación es discrecional para la entidad.

Por otro lado, se ha planteado si resultaría de aplicación la dación en pago de la vivienda habitual conforme al CBP una vez finalizado el período de carencia, o antes del vencimiento de este. La respuesta a dicho planteamiento ha de ser negativa, pues la propia regulación de esta medida —apartado 3.a) del CBP— establece que tal solicitud de dación habría de efectuarse en el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, y siempre que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables<sup>68</sup>.

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2019 solicitando, bien una segunda reestructuración de deuda, bien una dación en pago de la vivienda habitual. En todos los casos, este DCMR se ha ajustado a lo indicado en los párrafos anteriores, añadiendo que cualquier actuación de la entidad respecto a las pretensiones de su cliente se enmarcaría dentro de su política comercial y asunción de riesgos.

## 2.4 Responsabilidad del deudor, tipos infractores y actuación supervisora

### 2.4.1 Responsabilidad del deudor y tipos infractores

El RDL 6/2012 nace con vocación de solucionar la difícil situación en que se encuentran aquellos deudores hipotecarios que carecen de recursos suficientes

---

67 Consulta 27 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

68 Consulta 30 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

para hacer frente a la deuda hipotecaria cuya garantía es 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, el deudor hipotecario que se hubiese beneficiado tanto de las medidas del Código como del resto de ventajas recogidas en el RDL 6/2012 (p. ej., intereses moratorios) sin reunir los requisitos establecidos para estar en el «umbral de exclusión», o bien, voluntaria y deliberadamente, se hubiera situado o mantenido en dicho umbral, 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, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que su conducta pudiera haber dado lugar<sup>69</sup>.

Por otro lado, la entidad debe cumplir los mandatos del RDL 6/2012 en sus términos y, más en particular, el propio Código de Buenas Prácticas al que voluntariamente se ha adherido. Por lo que se refiere al régimen sancionador aplicable a la entidad, el artículo 15<sup>70</sup> 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 Ley<sup>71</sup>.»

Conforme a lo establecido en este artículo, tres son las disposiciones que tienen la consideración de normativa de ordenación y disciplina:

- 1 El artículo 5.9 del RDL 6/2012, que se refiere a la obligación de las entidades adheridas al CBP (en particular, a través de su red comercial de oficinas) de informar sobre la existencia del Código, su contenido y posibilidad de acogerse a él a aquellos clientes con dificultades en el pago de su deuda

---

69 Artículo 7 del RDL 6/2012.

70 Artículo introducido por la Ley 1/2013. De ello resulta que tienen la consideración de normativa de ordenación y disciplina las citadas disposiciones del RDL 6/2012 en su redacción vigente a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013; no en su redacción originaria si difiere de esta.

71 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.»

hipotecaria. A esta materia ya nos hemos referido en el apartado dedicado a «Publicidad».

- 2 El artículo 5.4 del RDL 6/2012, que establece la obligatoriedad para la entidad adherida al CBP de aplicar las previsiones de este desde que el deudor hipotecario acredite que se encuentra en el umbral de exclusión.
- 3 El artículo 6.5 del RDL 6/2012, que se refiere a la obligación de las entidades adheridas de remitir al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la Comisión de Control y, en todo caso:
  - a) El número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del CBP.
  - 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 formuladas ante el Banco de España derivadas del presunto incumplimiento del CBP.

La condición de normativa de ordenación y disciplina implica que, en caso de incumplimiento de estas disposiciones por parte de una entidad, se dará traslado a los servicios de supervisión correspondientes<sup>72</sup> para el estudio y valoración de su conducta, tramitándose, en su caso, el oportuno expediente sancionador. En este sentido, aun cuando el Código de Buenas Prácticas sea de asunción voluntaria por las entidades, en la medida en que los incumplimientos de las obligaciones que imponen los preceptos citados pueden ser objeto de sanción administrativa una vez adheridas, estas deben estar en disposición de acreditar su debido cumplimiento.

#### 2.4.2 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 del RDL

---

72 De acuerdo con el artículo 50.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: «El Banco de España es la autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito y de las demás entidades previstas en el artículo 56, para garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina. Para el ejercicio de esta función podrá desarrollar las actuaciones y ejercer las facultades previstas en esta Ley y cualesquiera otras que le atribuya el ordenamiento jurídico. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias que el ordenamiento jurídico atribuya a otras instituciones u órganos administrativos.»

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 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, ninguna de ellas durante el año 2019, y, al cierre del ejercicio 2019, estaba en curso un nuevo expediente sancionador contra un cuarto banco.

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 la iniciativa del deudor, información individualizada y 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 y, como muy tarde, cuando haya incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria. Adicionalmente, 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 previamente 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.
  - 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). A fin de poder recabar dicha documentación, la entidad deberá informar al deudor, con la mayor brevedad, de la documentación pendiente de entrega y necesaria para poder acceder a las solicitudes de acogimiento a las medidas del CBP.
  - 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 que se han de 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 situado en el umbral de exclusión, un plan de reestructuración en el que se concreten las medidas que se han de 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 el 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 el 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 en el propio RDL 6/2012.

## 2.5 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas

Corresponde al Banco de España (en particular, al DCMR) la tramitación de las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades a él adheridas<sup>73</sup>. El procedimiento que se debe seguir —común a todas las reclamaciones presentadas ante el DCMR— exige que el cliente se dirija, en primer lugar, ante el SAC de la entidad financiera, o el defensor del cliente si este último hubiera sido designado. Inadmitida o desestimada la reclamación, o transcurrido el plazo de contestación sin haber recibido respuesta —un mes desde su presentación, en caso de consumidores—, el deudor hipotecario se podrá dirigir al DCMR planteando el hecho controvertido. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales competentes en defensa de los derechos legítimos<sup>74</sup>.

Por otro lado, el cumplimiento del CBP por parte de las entidades adheridas será supervisado por una Comisión de Control constituida al efecto<sup>75</sup>.

Entre las funciones de la comisión, figuran recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España<sup>76</sup> 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 Asuntos Económicos y Transformación Digital —antes denominada de Economía y Competitividad, en la redacción dada por el RDL 6/2012— del Congreso de los Diputados.

Asimismo, corresponde a esta comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable.

Por otro lado, podrá analizar y elevar al Gobierno propuestas relativas a la protección de deudores hipotecarios.

El apartado referente a la Comisión de Seguimiento, publicado en el sitio web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 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, resueltas por la comisión ante las consultas que le han sido sometidas.

---

73 Artículo 6.6 del RDL 6/2012.

74 Consulta 2 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

75 Artículo 6.1 del RDL 6/2012.

76 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.

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 Asuntos Económicos y Transformación Digital —antes denominado de Economía y Competitividad, en la redacción dada por el RDL 6/2012—, 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, Consumo y Bienestar Social, antes denominado de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en redacción dada por el RDL 6/2012— que realicen labores de acogida.

### 3 Préstamos personales

Los 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 un bien mueble (prenda, hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento), 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.

Desde el punto de vista subjetivo, podemos diferenciar entre préstamos personales concedidos a:

- Personas físicas: la mayoría de los concedidos a personas físicas se encuadran dentro de la modalidad de crédito para consumo, regulación que se desarrolla en detalle en el siguiente epígrafe. Cuando se trate de préstamos personales a personas físicas a los que no resulte de aplicación la Ley de Contrato de Crédito al Consumo, habrá de estarse principalmente a lo establecido en la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en 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.
- Profesionales, autónomos o pymes: dentro de este apartado haremos referencia a las operaciones de financiación concedidas directamente a estos sujetos con fondos de entidades de crédito y a los préstamos financiados a través de las denominadas «líneas ICO», que también gestionan las entidades de crédito.

### 3.1 Préstamo para consumo

Como ya hemos avanzado, una parte muy importante de los préstamos personales a las personas físicas son los llamados «préstamos o créditos para consumo», que se regulan en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, también referida como LCCC). Esta ley entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, derogando la anterior Ley 7/1995, de crédito al consumo<sup>77</sup>. Nuestra norma nacional deriva, a su vez, de la trasposición de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Siendo numerosos los pronunciamientos que, en fechas recientes, ha emitido el TJUE ante las dudas interpretativas de juzgados de los Estados miembros, se incorpora a la presente Memoria el esquema 2.2, donde se reseñan las resoluciones de mayor relevancia sobre la interpretación de la referida directiva.

Pues bien, para que resulte de aplicación la LCCC, los préstamos concedidos deben cumplir con los requisitos objetivos y subjetivos recogidos en la citada ley. Así, en cuanto al ámbito objetivo de aplicación, los préstamos deben reunir las siguientes características:

- 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 1-11, 14, 15 y 32-36 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 la TAE sea nula, salvo en el caso de «contratos vinculados» (aquellos en los que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos, constituyendo ambos contratos una unidad comercial), en los cuales se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de bienes o servicios han pactado una retribución por la que este abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato.

---

77 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.

**CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE DERIVADAS DE LA DIRECTIVA 2008/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE ABRIL DE 2008, RELATIVA A LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO**

	Supuesto planteado	El TJUE resuelve que:
Sentencia del TJUE de 5 marzo de 2020 Asunto C-679/18 Evaluación de la solvencia del deudor	<p>En el marco de un contrato de crédito, la prestamista no afirmó ni acreditó que hubiera evaluado la solvencia del prestatario antes de la celebración del contrato</p> <p>A la vista de dicho contrato, un tribunal checo plantea si el artículo 8 de la directiva, en relación con su artículo 23: i) se opone a una normativa nacional que prevé que la sanción por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor sea la nulidad relativa del contrato y que únicamente se aplique si la invoca el consumidor dentro de un plazo de prescripción de tres años, y ii) exige que un órgano judicial nacional aplique de oficio la sanción prevista (es decir, aun cuando el consumidor no solicite expresamente su aplicación)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a comprobar de oficio si se ha producido un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor y, añade, las sanciones que pueda imponer la autoridad supervisora por este incumplimiento no pueden garantizar por sí solas de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la directiva, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto</li> <li>Cuando el juez nacional compruebe que se ha incumplido dicha obligación, estará obligado, sin esperar una petición a tal efecto, a aplicar todas las consecuencias que, según el derecho nacional, se derivan de tal incumplimiento, siempre que las sanciones se atengan a los requisitos de la directiva. En concreto, esta sentencia considera que la previsión de la prescripción de tres años para solicitar la nulidad del contrato por el consumidor que consta en la legislación checa no se ajusta a la directiva</li> </ul>
Sentencia del TJUE de 6 junio de 2019 Asunto C-58/18 Explicaciones adecuadas Evaluación de la solvencia del deudor	<p>Un tribunal belga, al analizar un contrato de préstamo, se plantea si es contrario al artículo 5.6 que el derecho nacional establezca:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>La obligación de que el prestamista/intermediario busque, entre los contratos de crédito que ofertan habitualmente, el tipo y el importe del crédito que mejor se adapten a las necesidades del consumidor, teniendo en cuenta su situación económica y la finalidad del crédito</li> <li>La obligación del prestamista de renunciar a celebrar el contrato de crédito si no puede estimar razonablemente la solvencia del consumidor</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Conforme al artículo 5.6, los Estados miembros velarán por que se facilite al consumidor las explicaciones adecuadas para evaluar si el contrato se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera. Por tanto, una norma nacional que imponga a los prestamistas la obligación de buscar y presentar al consumidor el crédito que mejor se adapte a sus necesidades: i) no excede del margen de maniobra concedido por la directiva, y ii) contempla un nivel elevado de protección en la fase precontractual</li> <li>Resulta encuadrable en el artículo 8.1 (verificación de la solvencia del deudor) una norma nacional que obliga al prestamista a no celebrar el contrato de crédito si no puede estimar razonablemente la solvencia del consumidor. Considera el TJUE que, aunque la directiva no contiene ninguna disposición sobre el comportamiento que debe adoptar el prestamista que duda de la solvencia del consumidor, siendo competencia de los Estados miembros su determinación, tal disposición nacional no contraviene el artículo 8.1, pues no hace sino reiterar su objeto, ya que busca responsabilizar a los prestamistas y disuadirlos de conceder préstamos de manera irresponsable</li> </ul>
Sentencia del TJUE de 26 marzo de 2020 Asunto C-66/19 Derecho de desistimiento	<p>La cláusula de desistimiento recogía que el plazo para su ejercicio (14 días) comenzaba a contar una vez celebrado el contrato, pero después de que el prestatario hubiese recibido toda la información recogida en una disposición del Código Civil alemán, sin que el contrato enumerase esa información</p> <p>Sobre dicha cláusula, un tribunal alemán plantea si: i) se deben incluir en el contrato las condiciones para que comience a computar el plazo de desistimiento, y ii) se opone a la directiva que el contrato se remita a otra normativa nacional</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>A tenor del artículo 10.2.p), el contrato debe especificar, de forma clara y concisa, «la existencia o ausencia de derecho de desistimiento», «el plazo» y «[las] demás condiciones para ejercerlo», entre las que se incluyen, según el TJUE, el procedimiento para el ejercicio del derecho y el modo de comenzar a computar el plazo de desistimiento</li> <li>Mediante la remisión a una disposición nacional, el consumidor no puede determinar el alcance de su declaración contractual, ni controlar si figuran en el contrato todos los datos exigidos ni comprobar si se ha abierto el plazo de desistimiento del que pueda disponer</li> </ul>
Sentencia del TJUE de 19 diciembre de 2019 Asunto C-290/19 TAE	<p>Ante un contrato de crédito al consumo en el que la TAE se expresaba en forma de horquilla, situándola entre el 21,5 % y el 22,4 %, en función de la fecha en la que los fondos estuvieran a disposición del prestatario, un tribunal eslovaco plantea si tal cláusula se ajusta a la directiva</p>	<p>La indicación de la TAE en forma de una horquilla entre dos valores no se ajusta a la directiva, ya que esta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Obliga a fijar un porcentaje concreto (art. 3.1), se calcula conforme a una fórmula matemática y debe calcularse de manera uniforme (art. 19.1, interpretado en relación con el anexo I, parte I, y con el art. 19.5.2.º)</li> <li>Si se permitiera que la TAE pudiese expresarse en referencia a una horquilla, en lugar de a un tipo único, no se cumpliría el criterio de claridad y concisión previsto en el artículo 10.2, ya que: i) hace más difícil la apreciación del coste total del crédito, y ii) puede inducir a error al consumidor respecto al alcance real de su compromiso</li> <li>Es irrelevante que la fecha de disposición del crédito o la fecha de celebración del contrato no sea conocida por el prestamista cuando se presenta una oferta de contrato de crédito, pues la directiva, en su anexo I, parte II, prevé supuestos adicionales destinados a facilitar el cálculo de la TAE en caso de que determinados elementos no sean conocidos o cuando no sea posible, por otras</li> </ul>

FUENTE: Banco de España.

**CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE DERIVADAS DE LA DIRECTIVA 2008/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE ABRIL DE 2008, RELATIVA A LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO (cont.)**

	Supuesto planteado	El TJUE resuelve que:
Sentencia del TJUE de 26 marzo de 2020 Asunto C-779/18 <b>Coste del crédito no correspondiente a intereses</b>	Sobre un contrato de crédito, un tribunal polaco explica que su normativa nacional contempla el concepto «coste total del crédito no correspondiente a intereses». En el caso analizado, si bien dichos costes se habían calculado sobre la base de la fórmula establecida por dicha normativa y no superaban el importe máximo permitido, el tribunal plantea si la introducción de ese concepto en su norma nacional podría vulnerar los objetivos de la directiva	La directiva no se opone a que la norma nacional establezca un concepto como el cuestionado y un método para calcular el importe máximo, siempre que no se establezca ninguna obligación contractual adicional que amplíe las establecidas en el artículo 10.2, pues: <ul style="list-style-type: none"> <li>El artículo 3.g) define, de manera amplia, el concepto «coste total del crédito para el consumidor» como todos los costes y gastos que el consumidor esté obligado a pagar y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notario. De lo que se desprende que el concepto cuestionado constituye una subcategoría del «coste del crédito»</li> <li>Ni la información precontractual (art. 5.1) ni la contractual (art. 10.2) recogen una obligación de información sobre este concepto ni sobre su método de cálculo. Ahora bien, puesto que el artículo 10.2 lleva a cabo una armonización plena de la información obligatoria en el contrato de crédito, no cabe que la norma nacional amplíe o reduzca dicho contenido</li> </ul>
Sentencia del TJUE de 11 septiembre de 2019 Asunto C-383/18 <b>Costes del reembolso anticipado</b>	El contrato estipulaba el pago de una comisión cuyo importe no dependía de la duración de dicho contrato  Habiéndose producido el reembolso anticipado del crédito, un tribunal polaco se pregunta si el derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito, en caso de reembolso anticipado (art. 16.1 de la directiva), afecta también a aquellos gastos que no dependen de la duración del contrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>Si el derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito en caso de reembolso anticipado se limitase a los gastos derivados de la duración del contrato, la efectividad de este derecho resultaría menoscabada, dado que es el banco el que determina unilateralmente los gastos y su desglose. En consecuencia, en la reducción del coste total del crédito se incluyen todos los gastos</li> <li>Señala también la dificultad práctica de que un consumidor o un tribunal puedan determinar los gastos objetivamente relacionados con la duración del contrato</li> </ul>
Sentencia del TJUE de 5 septiembre de 2019 Asunto C-331/18 <b>Cuadro de amortización</b>	Un tribunal eslovaco se plantea si se ajusta al artículo 10.2, letras h)-j), de la directiva que una normativa nacional obligue a que un contrato de crédito al consumo incluya un desglose de las cuotas de devolución del crédito entre la amortización del capital y los demás elementos del coste del crédito	<ul style="list-style-type: none"> <li>La directiva no establece la obligación de incluir en el contrato un cuadro de amortización (art.10.2.h), mientras que de los artículos 10.2.i) y 10.3 se desprende que el prestamista solo está obligado a facilitar una suerte de cuadro de amortización en: i) un contrato de duración fija, y ii) solo previa solicitud del consumidor formulada en cualquier momento a lo largo de la duración del contrato</li> <li>Una normativa nacional que imponga que el contrato de crédito debe precisar el desglose de cada reembolso no se ajusta a la directiva, a tenor de la armonización plena del artículo 22.1</li> </ul>
Sentencia del TJUE de 7 noviembre de 2019 Asuntos C-419/18 y C-483/18 <b>Garantías del contrato de préstamo</b>	Un tribunal polaco se cuestiona si es lícito, al amparo de la directiva, que el pago de la deuda se garantice mediante la emisión de un pagaré incompleto denominado «pagaré en blanco», en el que no se recoge inicialmente ningún importe	La directiva no ha armonizado el uso del pagaré como garantía de pago de la deuda resultante de un crédito al consumo, por lo que no cabe manifestarse a este respecto  En los mismos términos se pronunció en la sentencia de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17

FUENTE: Banco de España.

Por su parte, en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, la norma señala que el prestamista puede ser cualquier persona física o jurídica que concede crédito en el ejercicio de su actividad, lo que incluye las entidades de crédito, mientras que 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.

Además, 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.



Por último, cabe señalar que 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»).

### 3.1.1 Información precontractual y prácticas previas a la contratación

En cuanto al contenido de la citada normativa, comenzaremos por decir que la LCCC recoge en su capítulo II la información y actuaciones previas a la celebración del contrato de crédito, regulando la publicidad —condiciones que se recogerán de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo—; la obligación de entrega —y el contenido— de la información precontractual; la obligación de facilitar, ante la solicitud del cliente, la oferta vinculante, y 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.

Una herramienta de utilidad en el estudio previo a la contratación de préstamos de esta naturaleza es el simulador ofrecido en el Portal del Cliente Bancario: [https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/podemosayudarte/simuladores/calculo\\_tae\\_prestamo\\_personal.html](https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/podemosayudarte/simuladores/calculo_tae_prestamo_personal.html).

En cuanto a la información precontractual, el artículo 10 de la vigente LCCC impone al prestamista la obligación de entregar información precontractual, que deberá recogerse en un formulario estandarizado denominado «Información normalizada europea sobre el crédito al consumo» (INE), especificando que dicho documento deberá facilitarse al consumidor «con la suficiente antelación».

En este sentido, una de las cuestiones que se presentan de forma recurrente ante este DCMR es qué se considera «suficiente antelación», entendiéndose este DCMR que tal expresión debe interpretarse como el margen de tiempo que permite al futuro prestatario identificar las condiciones financieras esenciales de la operación y compararlas 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.

De esta forma, 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, podrían suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia informativa y protección de la clientela. Así sucedió, por ejemplo, en los expedientes R-201900652, R-201904001 y R-201904022, en los que la INE presentaba idéntica fecha a la del contrato.

Otra de las cuestiones que cabe destacar sobre la información precontractual es que la carga de la prueba del cumplimiento de estas obligaciones legales corresponde al prestamista. Hasta tal punto que no se considera acreditación suficiente de la puesta a disposición de la INE la mera inclusión en el contrato de una cláusula<sup>78</sup> 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 se encuentra accesible en el sitio web de la entidad.

Resulta ocioso añadir que las entidades de crédito han de cumplir con estas obligaciones de información precontractual también en los siguientes casos:

- Que se empleen 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 que no solo ha 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.
- 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.

Debe destacarse que la ley también regula la información precontractual en casos específicos, como, por ejemplo, los créditos en forma de descubiertos, en los que se exige del cumplimiento de los requisitos de información precontractual a los intermediarios de crédito a título subsidiario.

En lo que se refiere al contenido de la información precontractual, cabe señalar que el citado artículo 10 de la vigente LCCC indica que esta información se facilitará

---

78 A este respecto, procede traer a colación la sentencia del TJUE 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 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.

conforme al formulario identificado como INE cuyo contenido mínimo figura detallado en el anexo II de dicho texto legal.

En este contexto, este DCMR ha manifestado que, aun cuando la INE viene prefijada en el anexo II de la LCCC, la entidad debe ser clara en la cumplimentación de los apartados fijados en dicho anexo.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la R-201907853, en la que la parte reclamante mostraba su disconformidad, entre otras cuestiones, con los gastos de intervención notarial correspondientes a un contrato de crédito al consumo. En este caso, el DCMR, a la vista de la INE aportada por la entidad, advirtió que el tenor transcrito en el formulario podría inducir a confusión a la parte reclamante sobre la existencia, o no, de dichos gastos. En concreto, el DCMR señaló que la entidad había completado el apartado de la INE prefijado por el anexo II de la LCCC que reza «honorarios obligatorios de notaría» con el siguiente tenor literal: «En el caso de que la póliza sea intervenida notarialmente, los gastos serán asumidos por el cliente». Asimismo, junto con lo anterior, se consideró el hecho de que en el apartado de la INE correspondiente al importe total a abonar por el crédito se incluía una referencia a la exclusión de los gastos de notaría: en este sentido, aunque los gastos notariales se excluyan en la LCCC del coste total del crédito, este DCMR consideró que la exclusión expresa de estos en el apartado referente al importe total del crédito, para después incluirlos a través de una referencia genérica a la posible intervención notarial, contribuía aún más a la confusión del reclamante. De esta forma, no quedaba manifiestamente claro si el contrato debía ser, o no, protocolizado ante notario, por lo que se estimó la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

### 3.1.2 Solvencia del deudor

Además de proporcionar la ya citada información precontractual, con carácter previo a la contratación, la norma impone a las entidades la obligación de evaluar la solvencia del deudor, en concreto en su artículo 14, que en el punto 1 establece lo siguiente:

«El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.

En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica».

En aplicación del anterior artículo, el DCMR emitió un pronunciamiento contrario a la entidad en la R-201903487, ya que, ante la alegación de la parte reclamante según la cual le concedieron los préstamos y seguros coaccionándole, haciéndole creer que eran obligatorios, a lo que añadía que no tenía ingresos ni era solvente y que la única documentación que entregó a la entidad fue un presupuesto para la celebración de su boda, se consideró que la entidad debería haber adjuntado a sus alegaciones documentación justificativa de que, con anterioridad a la contratación, había recabado de la prestataria información sobre sus ingresos / su patrimonio para efectuar la preceptiva evaluación de su solvencia o el estudio previo necesario de los riesgos que alegaba haber efectuado. En resumen, a juicio del DCMR, la entidad debería haber demostrado que efectuó el preceptivo análisis de solvencia de la reclamante.

### 3.1.3 Contratación

Los contratos de crédito para consumo, que deberán estar debidamente firmados, cumplirán, necesariamente, con los requisitos previstos en el artículo 16 («Forma y contenido de los contratos») de la LCCC. Además, las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

La LCCC regula así la forma de los contratos, disponiendo que se harán constar —por escrito, en papel<sup>79</sup> 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, y el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá realizar el consumidor. Además, deberá contener, cuando proceda, los gastos de mantenimiento de las cuentas vinculadas al crédito, salvo que su apertura sea opcional, así como los gastos relativos a la utilización de un medio de pago asociado a ellas; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; las garantías y los seguros

---

79 El TJUE, el 9 de noviembre de 2016, resolviendo la cuestión prejudicial C 42/15, 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 TAE, 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.

a los 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, 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, comunicándoselo así a la otra parte contratante en un plazo de 14 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—.
- 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 y con un límite máximo.

Además, 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-201908957 la parte reclamante se mostraba disconforme con el hecho de que la entidad le hubiera obligado a la contratación de dos seguros para poder acceder a la financiación. La entidad, por su parte, sostenía que en el capital del préstamo se incluía tanto la cantidad solicitada de 20.000 euros como la financiación del seguro de protección de pagos. A la vista de la documentación aportada al expediente, este DCMR concluyó que, no haciéndose referencia en el contrato a la necesidad de contratar esos «servicios accesorios», ni a su coste, la actuación de la entidad era contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

Por otro lado, al igual que sucedía con la información precontractual, la LCCC contempla un régimen de información específico para determinados contratos —en

particular, para los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y los excedidos y descubiertos tácitos (arts. 17-20)—. También se regulan el derecho a poner fin a contratos indefinidos (art. 27) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (art. 31).

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—.

Por último, 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) 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.

Al amparo de la citada normativa, este DCMR ha declarado que no existe impedimento alguno a la contratación de un préstamo o crédito para consumo a través de una técnica de contratación 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, 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).

### 3.1.4 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)<sup>80</sup> 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.»

Ahora bien, 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.

### 3.1.5 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 documentos de liquidación podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anejo, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

---

80 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.»



Lo expuesto es predicable respecto de cualesquiera liquidaciones de la operación de financiación, se encuentre esta en situación regular o irregular —impago—. 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 sosteniendo el DCMR a este respecto 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 información que precise para determinar cómo se procedió a la liquidación de dicho saldo hasta su cesión.

### *Intereses ordinarios*

Respecto a los intereses ordinarios que se han de aplicar en los créditos para consumo, debemos comenzar diciendo que en el artículo 32 de la LCCC se define de forma clara el coste total del crédito para el consumidor, con objeto de garantizar la comparabilidad de la información relativa a las TAE en toda la UE. 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).

Otro punto destacable en relación con el cálculo de intereses que ya venimos aclarando en las memorias de años anteriores es que, aunque tradicionalmente se había venido aceptando en la fórmula de cálculo de intereses 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) como un «uso bancario» establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras, en la actualidad 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.

### *Intereses de demora*

En relación con los intereses de demora aplicables en las operaciones de financiación del consumo, es preciso mencionar que, en virtud de la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, confirmada por las sentencias 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, 364/2016, de 3 junio, y 671/2018, de 28 de noviembre, 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 LEC 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.

Al amparo de la doctrina jurisprudencial citada, 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.

### *Comisiones y gastos*

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. Esta regulación encuentra su excepción en el apartado 4 del mismo artículo, que dispone que, si el prestamista demuestra la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada que la establecida en el artículo 30.2. Ahora bien, modula que «las pérdidas consistirán en aplicar a la cantidad anticipada la diferencia entre el tipo de interés acordado inicialmente y el tipo de interés al que el prestamista pueda prestar el importe del reembolso anticipado en el mercado en el momento de dicho reembolso, teniendo asimismo en cuenta el impacto del reembolso anticipado en los gastos administrativos. A estos efectos, se considerará como tipo de mercado el euríbor al plazo más cercano a la fecha de vencimiento del préstamo».

Como ejemplo de la aplicación del artículo 30 de la LCCC, puede citarse la R-201909788. En este supuesto, la parte reclamante explicaba haber suscrito un préstamo para la compra de un vehículo, beneficiándose de una bonificación en el precio del vehículo después de impuestos de 2.600 euros y de una subvención en el precio del servicio de mantenimiento del vehículo por importe de 601,80 euros.

Sostenía que, con motivo del reembolso anticipado del crédito, la entidad pretendía cobrarle una compensación por importe del 1 % del crédito más la devolución de la bonificación y de la subvención, de forma que el importe total a abonar representaba el 18,97 % del importe prestado. La entidad, por su parte, alegaba que estas cantidades no guardaban relación alguna con la comisión por cancelación anticipada y que el cliente había sido debidamente informado sobre la obligación de devolver dichas cantidades en el caso de cancelación anticipada.

Sobre estos hechos, el DCMR partió en su análisis de que el objetivo del artículo 30.2 de la LCCC es establecer un límite a la compensación que pueden recibir las entidades cuando el reembolso anticipado tiene un impacto desde el punto de vista de los costes de financiación asumidos por la entidad. El respeto a tal límite impide, en consecuencia, el establecimiento de comisiones o tarifas adicionales que incrementen el importe a abonar por los clientes en caso de reembolso anticipado y desborden los límites porcentuales que consagra el artículo —salvo, evidentemente, de acuerdo con el artículo 30.4 de la LCCC, que se justifiquen pérdidas mayores como consecuencia de dicha operación de reembolso—.

En esta línea argumental, el hecho de que en la penalización por reembolso anticipado se incluyan tanto el porcentaje de compensación del 1 % como los

descuentos aplicados, cuando esos descuentos —otorgados normalmente por el concesionario— no pueden considerarse una pérdida directa derivada del reembolso anticipado, al no estar ligados a la financiación asumida por la entidad, no parece encajar en la única excepción que contempla el artículo 30.4 de la LCCC para permitir la imposición de una penalización superior a los límites establecidos.

De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, el DCMR estimó que la posición de la entidad, al considerar que el acreditado estaba obligado a abonarle como compensación por el reembolso anticipado no solo el porcentaje del 1 %, sino además el importe de los descuentos comerciales, resultaba contraria a las buenas prácticas. Y ello además porque la entidad no acreditaba en qué medida ese mayor importe era consecuencia de los mayores costes asumidos por la prestamista por razón del reembolso desde el punto de vista financiero, de acuerdo con el artículo 30.4 de la LCCC.

### 3.1.6 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.

Ahora bien, procede insistir en que la parte prestataria debe hacer valer su derecho de desistimiento con respecto al contrato de suministro subyacente ante los tribunales de justicia, y no ante el DCMR, y así lo hemos venido declarando en numerosos expedientes.

En este sentido, cabe hacer especial mención a las numerosas reclamaciones que este DCMR ha continuado recibiendo durante el ejercicio 2019 solicitando la cancelación de contratos de crédito vinculados a la prestación de servicios dentales

debido al cierre de sus clínicas. En dichas reclamaciones, este DCMR concluye que tales peticiones de cancelación del contrato financiero corresponde realizarlas, tras analizar lo sucedido con el contrato principal de prestación de tratamientos dentales, en sede judicial. A título de ejemplo, podemos citar los expedientes R-201910029, R-201908507 y R-201905373, entre otros.

### 3.2 Préstamos a pymes

Otra de las modalidades de financiación con garantía personal objeto de reclamación ante este departamento son las concedidas a pymes. Hay que tener en cuenta que las entidades bancarias constituyen una de las principales fuentes de financiación para pymes. Productos como préstamos, cuentas de crédito, descuento comercial, etc., forman parte del funcionamiento operativo de este tipo de empresas.

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 y pymes introducidas por la Ley 5/2015<sup>81</sup>, 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.

Resulta, asimismo, de aplicación a estos préstamos 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 prevista en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

El texto íntegro de esta última norma puede consultarse en [http://app.bde.es/clf\\_www/leyes.jsp?id=155613&tipoEnt=0](http://app.bde.es/clf_www/leyes.jsp?id=155613&tipoEnt=0).

Así, conscientes de que una información deficiente, insuficiente o poco fiable de los demandantes de financiación puede traducirse en una restricción o encarecimiento de aquella, 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.

---

81 La mayor parte de los preceptos de esta norma se encuentran vigentes desde el 29 de abril de 2015. Sin embargo, su título primero, concerniente a la financiación propiamente bancaria, entró en vigor el 11 de octubre de 2016.

Estas obligaciones, que se han de incluir, en todo caso, dentro de la información contractual, se concretan en las siguientes acciones por parte de las entidades:

- El preaviso con una antelación mínima de tres meses de la intención de no prorrogar el flujo de financiación que vengan concediendo a una pyme o de disminuirlo en una cuantía igual o superior al 35 %.
- La entrega a dicha pyme de un documento denominado «Información financiera-Pyme», basado en toda la información que hubiera recabado de ella en relación con su flujo de financiación, obligación que deberá cumplir dentro de los 10 hábiles a contar desde el siguiente al preaviso de cese o reducción del indicado flujo, o bien en los 15 días hábiles siguientes a su petición por el deudor o acreditado si no se diera esa circunstancia —en este segundo caso, la entidad podrá cobrar un precio por el servicio—.

En el expediente R-201909637, la empresa reclamante era titular, entre otros productos, de una póliza de crédito en la entidad. Exponía en su reclamación que la entidad había interrumpido unilateralmente y sin comunicación previa el flujo de financiación. Añadía que tampoco se le había proporcionado el documento «Información financiera-Pyme» en el que constasen su situación financiera y la valoración del riesgo crediticio. La entidad, por su parte, exponía que, a través de una carta, había comunicado a su cliente la «cancelación y/o reducción» en un porcentaje superior al 35 % del flujo de la financiación del que entonces disponía a través de la póliza de crédito. En este caso, este DCMR consideró que, según los términos del artículo 1 de la Ley 5/2015, según el cual las entidades notificarán su intención de no prorrogar o extinguir el flujo de financiación, la entidad debería haber informado sobre su intención inequívoca de, o bien cancelar, o bien reducir el flujo de la financiación, por lo que este DCMR declaró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia; concretamente, el artículo 1 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, y el artículo 2 de la misma ley, por falta de entrega del documento denominado «Información financiera-Pyme».

Otra fuente de financiación a la que pueden acudir las empresas son los préstamos a créditos ofrecidos mediante las llamadas «líneas ICO». Respecto de ellos, es criterio de este DCMR que 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 facilitar la distribución y la puesta en marcha de las normas de financiación promulgadas, el ICO y el resto de las Administraciones Públicas precisan de las entidades bancarias, quienes actúan como mediadoras de los productos financieros subvencionados. Para ello, las entidades, de forma voluntaria,

han tenido que solicitar al ICO su adhesión a las distintas líneas, firmando los correspondientes convenios. Ahora bien, hay que señalar que la firma del convenio por parte de una entidad no obliga a esta a la formalización de la operación de crédito con un cliente, aun cuando la solicitud esté efectuada de forma correcta y se cumplan todas las condiciones exigidas, y ello porque las decisiones que adoptan las entidades de crédito de cara a las condiciones exigibles en las operaciones son cuestiones que se enmarcan dentro de su política comercial y de asunción de riesgos, y su fiscalización excede las competencias del DCMR, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

## 4 Avals y garantías

### 4.1 Introducción

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con las figuras del aval, la garantía, la fianza<sup>82</sup> o el afianzamiento<sup>83</sup>, fundamentalmente en dos condiciones:

- En la de avalistas, en aquellos casos en que emiten esas garantías a favor de sus clientes (avalados). En estos supuestos, dichas garantías cubren el eventual incumplimiento de las condiciones pactadas en un contrato entre partes distintas a la entidad —obligación principal—, siendo una de las partes el obligado principal y la otra parte el beneficiario del aval.
- En la de beneficiarios de tales garantías, situación común en los supuestos de concesión de determinadas operaciones de financiación a sus clientes, a fin de disminuir el riesgo de solvencia asociado a dichas operaciones.

En los casos en los que la entidad actúa como avalista, las reclamaciones presentadas por los obligados principales suelen centrarse en el pago de comisiones por riesgo a las entidades —resulta natural que se acuerde el pago de una serie de comisiones a la entidad por el servicio de garantía prestado—. En particular, en cuanto a en qué momento se producen la cancelación y el cese de efectos del aval —y, en consecuencia, el cese de la obligación de pago de las comisiones por riesgo—.

---

82 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.

83 «Aval», «fianza» y «garantía» son tres términos que reflejan una misma realidad: el negocio jurídico de garantía. Representando «garantía» la denominación más amplia y genérica, «aval» es por antonomasia 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.



En el caso de reclamaciones formuladas por los beneficiarios de la garantía, la controversia, con cierta frecuencia, versa sobre las condiciones que deberán concurrir para que el aval sea ejecutable.

Por lo que respecta a los casos en los que las entidades de crédito actúan como beneficiarias de las garantías, los expedientes tramitados suelen tener origen en la denuncia de los avalistas, al considerar que la información recibida en cuanto a la deuda exigida es insuficiente.

#### 4.2 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, por lo que el texto de la garantía resulta esencial para identificar su naturaleza y determinar sus efectos. Así, el régimen jurídico de cada garantía vendrá establecido por su propio contenido y, en último término, por el contenido de la relación jurídica garantizada —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 garantías de entregas a cuenta del precio de compra de viviendas).
- Determinar y concretar la obligación garantizada.
- Señalar el plazo de duración, vigencia y, eventualmente, exigibilidad de la garantía. A este respecto, en los avales de duración determinada es posible que su plazo de duración se configure como:
  - plazo de garantía, de tal modo que, nacidas las obligaciones garantizadas durante la fecha de vigencia del aval, la reclamación correspondiente a su cumplimiento pueda llevarse a cabo una vez finalizado este, durante

el plazo general de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones de carácter personal, o

- plazo de caducidad, de manera tal que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado quedarían extinguidos los efectos de tal aval<sup>84</sup>.
- 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.

Entrando ahora en lo que podría establecerse como 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.

Así, 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:

---

<sup>84</sup> 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».

«Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.»

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

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

- 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 Código Civil, son estas:
  - 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 normas generales, al beneficiario a cuyo favor está otorgada aquella y que alega tal incumplimiento.

Continuando con la clasificación de las garantías, podríamos señalar, además de las garantías simples, las garantías solidarias, que surgen cuando, como se deriva

—lógicamente— del concepto de solidaridad, se excluyen los beneficios de excusión, división y orden del fiador, 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.

### 4.3 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 sobre la base de una supuesta falta de competencia por nuestra parte para conocer 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 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 y la 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.

Asimismo, en lo concerniente a la competencia de este DCMR para la resolución de reclamaciones relativas a contratos de aval, cabe mencionar el caso particular en el que las Administraciones Públicas instaban, como beneficiarias, la ejecución de los avales concedidos a su favor por distintas entidades de crédito, siendo que, adicionalmente, se habían iniciado actuaciones para su ejecución por el procedimiento específico establecido al efecto por la normativa administrativa de aplicación (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 estos supuestos se alcanzó la conclusión de que el DCMR carecía de competencias para emitir un pronunciamiento, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.a) de la Orden ECC/2502/2012, que establece que será causa de inadmisión por falta de competencia que «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».

#### 4.4 Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación

A lo largo de diferentes ejercicios, este DCMR ha venido detectando distintas áreas de conflicto, que podemos concretar en las siguientes:

- La información precontractual y las explicaciones adecuadas que han de facilitarse 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.

Sobre este particular, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, 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 el art. 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, la citada Circular del Banco de España 5/2012<sup>85</sup> establece 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 la extensión de la garantía otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar su ejecución. En particular, se informará expresamente sobre si se reconocen o no a la entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias. También se informará, en su caso, sobre la exigencia y las formas de acreditar el incumplimiento del afianzado cuando ello constituya un requisito para la ejecución de la garantía.
- c) La duración de la garantía. Cuando se prevea una duración determinada, deberá indicarse expresamente si el plazo de duración se configura como plazo de vigencia de la garantía, de forma que, nacidas las obligaciones garantizadas durante ese plazo, la reclamación correspondiente a su cumplimiento por la entidad garante podría llevarse a cabo una vez finalizado este, 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,

---

85 La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en la norma sexta, «Informaciones exigibles», del capítulo III, «Información precontractual», que, con carácter general, señala:

«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 [...]»

automáticamente, al transcurrir este, 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.» Como segunda fuente de conflicto, podemos identificar aquellas que se refieren a la oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afecte a su calificación, a la identificación del régimen legal aplicable (en el caso de garantías reguladas por leyes especiales), a la necesaria claridad en cuanto a la concreción de la obligación garantizada, a la duración y/o al plazo de exigibilidad de la garantía y a los requisitos para su ejecución.
- También dentro del terreno de la claridad que les es exigible a las entidades para con sus clientes, ámbito de actuación propio de este DCMR, se han planteado reclamaciones atinentes a la información facilitada a los garantes durante la vida del aval.
  - En otros supuestos 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. En estos casos, este DCMR ha manifestado que la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en cuanto que afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca dentro de



la política comercial y de asunción de riesgos de las entidades de crédito, por lo que su fiscalización excede el ámbito de nuestras competencias.

- Asimismo, la ejecución de las garantías resulta una importante fuente de conflictos. A este respecto, cabe señalar que la prueba del incumplimiento del afianzado —a cargo del beneficiario en las garantías simples y solidarias— o la de su cumplimiento —carga del fiador en las obligaciones independientes— es una materia ajena a las atribuciones de este DCMR, debiendo plantearse estas cuestiones ante los tribunales de justicia.

Sin embargo, al margen de otras valoraciones, como quiera que se considera que el texto del aval es determinante para establecer los derechos y las obligaciones del 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 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.

- Por último, nos referimos a 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 o 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.

En 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 de 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.

En este sentido, podemos citar la R-201908840 y la R-201908773. Ambas reclamaciones fueron presentadas por dos sociedades distintas, pero referentes a un mismo texto de aval concedido por la misma entidad. En ellas, la parte reclamante denunciaba que, de conformidad con el texto de la garantía, la vigencia del aval se circunscribía a diez años, por lo que, habiendo transcurrido dicho plazo, debía procederse a la cancelación del aval y al cese del cobro de la comisión. Por su parte, la entidad sostenía que, para acceder a la petición de cancelación del aval, se debía facilitar algún documento que acreditase la continuidad de la actividad autorizada por la Administración, pues dicho aval fue concedido al objeto de obtener una licencia administrativa, requiriendo, por tanto, la renovación de su licencia administrativa o un certificado *ad hoc*. Sin embargo, este DCMR, a la vista de la propia letra del aval, resolvió que de este se desprendía que el plazo de diez años era de caducidad, con independencia de que se prevea como posibilidad la emisión de un nuevo aval para otro período adicional de diez años, por lo que no cabía acoger las alegaciones de la entidad, al ser propias de un plazo de garantía y no de caducidad.

#### **4.5 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

percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, la cual resultó derogada con efectos el 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.

Así, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2015, los promotores y vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas deberán garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas, y, en caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga.

Asimismo, 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.
- 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 la 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 2019 se refieren y explican en el apartado 6.4.19, «Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción», de este capítulo.

## 5 Depósitos bancarios. Introducción y aspectos comunes

Entre los servicios bancarios que prestan las entidades de crédito se encuentra la captación de fondos de los clientes, esencialmente en forma de depósitos de carácter reembolsable. Estos depósitos pueden ser de dos tipos: depósitos a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) o depósitos a plazo, dependiendo de la disponibilidad de los fondos depositados y de si se presta o no a través de la cuenta el servicio de caja, esto es, de si se permite la realización de operaciones de pago por la entidad y en nombre y por cuenta del cliente.

### 5.1 Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación

En nuestro ordenamiento jurídico es norma general que toda persona tiene capacidad jurídica, es decir, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Para ser titular de una cuenta se necesita, además de esta capacidad jurídica, tener capacidad de obrar. Esta aptitud se presupone, no obstante, para todas las personas mayores de edad, salvo en las excepciones a las que nos referiremos más adelante.

Las entidades de crédito, cuando aceptan el depósito de fondos de sus clientes en las cuentas que estos suscriben, han de cumplir, entre otras, una serie de obligaciones

derivadas de las normas de transparencia bancaria y de prevención del blanqueo de capitales.

### 5.1.1 Cuentas de incapaces

Las entidades han de partir de la presunción de la capacidad de obrar de quienes pretenden abrir una cuenta. Por ello, en general, para la apertura o disposición de una cuenta bancaria es suficiente con que la persona sea mayor de 18 años (o mayor de 16 años si estuviese emancipada).

No obstante, existen situaciones especiales que determinan que, en virtud de las causas establecidas en la ley, una persona sea declarada incapaz por sentencia judicial. En estos supuestos, para llevar a cabo la apertura de un depósito o la disposición de este, la entidad tendrá que adecuar su actuación al contenido de la sentencia de incapacitación en la cual se designa al tutor o, en su caso, al curador, y se establecen los límites, según se trate de una incapacitación total o parcial.

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, en su opinión, no estaban capacitadas para efectuar actos de disposición, ya fuese por razón de su avanzada edad o por padecimiento de alguna enfermedad. 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.

En el expediente R-201900741 se manifestaba que la reclamante, una persona de avanzada edad, había sido víctima de un timo y que, bajo los efectos de alguna sustancia que habría anulado su voluntad, había retirado la cantidad de 4.000 euros en una sucursal diferente de la que habitualmente le presta servicios para entregárselos inmediatamente después a unos desconocidos. Consideraba que, de haber cumplido la entidad con el procedimiento de tener que avisar con antelación para retirar importes elevados, esta situación se habría evitado. El DCMR indicó que, dado que no había quedado acreditado que existiera declaración judicial de incapacitación, debía presumirse la capacidad de obrar de la titular de la cuenta y, por ello, puesto que la entidad había acreditado la correcta identificación de su cliente en el momento de solicitar la retirada de fondos de su cuenta, no emitió un pronunciamiento contrario a la entidad.

### 5.1.2 Cuentas de menores de edad

Los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y, en consecuencia, solo pueden realizar válidamente negocios

jurídicos, como la apertura y disposiciones de cuentas bancarias, a través de sus representantes legales. Por regla general, los legítimos representantes de los hijos menores no emancipados<sup>86</sup> son sus padres o progenitores, pues ostentan la patria potestad<sup>87</sup>.

En consecuencia, los padres o progenitores podrán abrir cuentas bancarias a nombre de estos y efectuar ingresos, reintegros y demás actos dispositivos sobre ellas. Dichos actos podrán ser realizados por ambos progenitores o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro.

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 surgen 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 a los tribunales de justicia determinar el alcance de lo acordado.

No obstante, y hasta que dicha controversia fuera resuelta por la autoridad judicial, no resultaría contrario a las buenas prácticas el que, cuando persisten las discrepancias entre los progenitores que cursan órdenes contradictorias, las entidades procedieran a adoptar alguna medida cautelar en espera del correspondiente pronunciamiento judicial que resolviera el conflicto entre los interesados, como podrían ser requerir el consentimiento de ambos progenitores para efectuar operaciones con cargo a la cuenta, consignar los fondos, etc. Véase lo recogido al respecto en los casos de modificación del régimen de disposición.

En otros casos, el DCMR ha emitido pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades, cuando estas:

- Han dado 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

---

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Los padres o progenitores pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia judicial.

representante legal del titular de la cuenta, tras alcanzar el titular, reclamante ante el DCMR, su mayoría de edad.

También se han planteado supuestos en los que se ha abierto una cuenta a nombre de un menor de edad no emancipado sin el conocimiento y consentimiento de sus representantes legales (por ejemplo, por abuelos u otros familiares, sin el conocimiento de los padres). En estos casos, el DCMR estimó que las entidades se habían apartado de las buenas prácticas financieras.

Un caso concreto de apertura de cuenta por una madre que no ostentaba la representación de su hijo se analizó en la R-201907106. En este expediente, el reclamante discrepaba porque, siendo él menor y habiendo sido declarado en situación de desamparo y sometido a la tutela de los servicios sociales, su madre había abierto una cuenta a su nombre, sin su firma, en la que existía una deuda de 3.000 euros que se negaba a asumir. La entidad alegaba que la cuenta se abrió sin tener este conocimiento de que los servicios sociales habían asumido la tutela del menor, interviniendo en la cuenta la madre del reclamante como representante de este y cotitular. Este DCMR no calificó de contraria a las buenas prácticas la conducta de la entidad respecto de la apertura de una cuenta a su nombre, pues lo hizo por error, en la presunción de que la madre del reclamante ostentaba la patria potestad. No obstante, se consideró que, conforme a las buenas prácticas, se debió corregir con diligencia el error cometido por la entidad, dado que, una vez que el reclamante demostró que la cuenta había sido abierta a su nombre por quien no estaba legitimado para representarlo, la entidad no le dio de baja como titular sin más trámite, sino que le exigió que acudiese a la oficina con la documentación correspondiente para tramitar la baja.

En otro caso (R-201900183), también relacionado con la cuestión de la que venimos hablando, la madre de un menor, que en su día abrió una cuenta cuyos dos cotitulares eran ella y su hijo menor, mostraba su disconformidad porque la entidad había permitido la incorporación de su exmarido como nuevo autorizado en la cuenta, de manera que se había producido la posterior disposición por este de parte del saldo de la cuenta. Este departamento no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas en la actuación de la entidad por la inclusión del otro progenitor como representante o autorizado del menor, ya que, salvo que un juez le hubiera privado de la patria potestad —lo que no constaba—, el padre ostentaba también la patria potestad y representación legal del menor, con independencia de que tuviera o no la custodia.

### 5.1.3 Cuentas de personas jurídicas

Para proceder a la apertura del depósito a nombre de una persona jurídica, la entidad de crédito debe requerir, con carácter previo, los correspondientes poderes, con el fin de proceder a su bastateo, estableciendo quién y en qué condiciones —si existe



un régimen de administración solidaria o mancomunada— puede actuar en nombre de la sociedad. Debe, además, 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.

Como ejemplo de que la problemática planteada guarda relación con la apertura de la cuenta de una sociedad, cabe citar el expediente R-201907762, en el que la reclamante, en calidad de socia perjudicada y administradora mancomunada de una sociedad mercantil, discrepaba de numerosas operaciones de importe superior a 2.000 euros anotadas en una cuenta abierta a nombre de la sociedad que no le constaba haber firmado. El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que no había bastantado correctamente los poderes, pues, a pesar de que los estatutos de la sociedad exigían para cualquier acto de administración la firma mancomunada de las tres administradoras, salvo para los de cuantía inferior a 2.000 euros, había permitido abrir una cuenta a nombre de la sociedad con régimen de disposición indistinto sin limitación de importe, contando para ello solamente con la firma de dos de las tres administradoras.

En el expediente con referencia R-201912892 se planteaba, entre otras cuestiones, el hecho de que la entidad hubiera permitido la apertura de una cuenta a nombre de una sociedad, cuando ya se encontraba revocado su NIF. Sobre este concreto particular, por este DCMR se manifestó que la identificación del número fiscal de una sociedad constituye un elemento fundamental de conocimiento del cliente para la apertura de una cuenta en una entidad bancaria, correspondiendo a la entidad verificar que este se encuentra activo antes de entablar cualquier relación de negocio con la sociedad, con la finalidad no solo de conocer si su cliente mantiene una actividad autorizada, sino también de evitar ulteriores problemas que puedan plantearse por razón de dicha revocación. A este respecto se señalaba, además, que la revocación del NIF había sido objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* en fecha anterior a la de la solicitud de la apertura de cuenta, y que la Agencia Estatal de Administración Tributaria ofrece en su sitio web un listado con el acumulado de los NIF revocados<sup>88</sup>. Por lo expuesto, se consideró que la actuación de la entidad, por no haber observado diligencia en la verificación de este extremo, resultaba contraria a las buenas prácticas financieras.

#### 5.1.4 Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios

Las comunidades de bienes, como las comunidades de propietarios, aunque son entes sin personalidad jurídica, cuentan con plena capacidad de obrar en el

---

88 [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Campanas/Censos\\_\\_NIF\\_y\\_domicilio\\_fiscal/Empresas\\_y\\_profesionales\\_\\_Declaracion\\_censal\\_\\_Modelos\\_036\\_y\\_037/Tramitacion\\_y\\_consultas/Consulta\\_de\\_NIF\\_revocados\\_y\\_rehabilitados/Consulta\\_de\\_NIF\\_revocados\\_y\\_rehabilitados.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Campanas/Censos__NIF_y_domicilio_fiscal/Empresas_y_profesionales__Declaracion_censal__Modelos_036_y_037/Tramitacion_y_consultas/Consulta_de_NIF_revocados_y_rehabilitados/Consulta_de_NIF_revocados_y_rehabilitados.shtml).

tráfico jurídico. Por ello, el DCMR opina que no existe impedimento alguno para que una comunidad pueda ser titular de una cuenta. En estos casos, quienes pueden realizar la apertura, disposición y administración de la cuenta de la comunidad son los apoderados o autorizados designados por los comuneros, 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.

Los autorizados por los comuneros son quienes, en representación de la comunidad, pueden presentar reclamación ante su entidad o ante el DCMR.

Como ejemplo de las controversias planteadas por comuneros ante este departamento en el seno de comunidades de bienes, cabe citar el expediente de reclamación R-201905151, motivado por la apertura de una cuenta a nombre de una comunidad de bienes por comuneros que representaban el 66,6 % de los votos y de la propiedad de los bienes. El reclamante, que representaba el 33,3 % restante, denunciaba que le negaban información sobre la cuenta, las firmas, los ingresos y los gastos de esta, apuntando asimismo a la concurrencia de un posible delito de apropiación indebida o administración desleal.

Este DCMR recordaba que en las comunidades de bienes, a falta de pactos internos, rigen las reglas de los artículos 392 y siguientes del Código civil, y que el artículo 398, para la administración y el mejor disfrute de la cosa común, solo exige acuerdos de la mayoría de los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. En el caso analizado, el comunero reclamante no aportaba ninguna evidencia de que fueran necesarias la unanimidad o su propia firma para administrar los bienes de la comunidad en cuestión. Por ello, este DCMR no apreció quebrantamiento de la normativa de transparencia o de las buenas prácticas y usos financieros en la conducta de la entidad por permitir la apertura de la cuenta a nombre de la comunidad a los otros comuneros que representaban la mayoría de los votos y de la propiedad de los bienes.

Mayor incidencia presentan las reclamaciones de comunidades de propietarios. En el caso particular de las comunidades de esta naturaleza, se ha de partir de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), la representación legal en todos los asuntos que les afecten, en juicio y fuera de él, le corresponde al presidente de la comunidad nombrado, entre los propietarios, por acuerdo de la junta. Por esa razón, es el presidente quien puede dirigirse a este DCMR en nombre de la comunidad para plantear las quejas o reclamaciones. Para ello debe acreditar su cargo mediante la aportación del acta de la junta en la que se le designó para el cargo.

Respecto a la posibilidad de que sea el administrador de la comunidad quien represente a la comunidad de propietarios a los efectos de presentar una reclamación

ante el DCMR, se considera que, con carácter general, esta facultad no se encuentra entre las que contempla el artículo 20 de la LPH. No obstante, el administrador podrá ejercer esta representación cuando esta atribución le hubiese sido atribuida expresamente por la junta, hecho que deberá acreditar presentando el acta en la que se refleje esta decisión.

Algunas reclamaciones vienen a cuestionar las actuaciones de las entidades, al no reconocer la legitimidad para representar a la comunidad de propietarios de quien se presentaba como presidente portando la correspondiente acta de nombramiento en junta de propietarios. Específicamente, sucedió, entre otros, en los siguientes casos:

- En el expediente R-201909911, en el que el reclamante discutía la decisión de la entidad de no incluirle como autorizado en la cuenta de la comunidad, por considerar insuficiente el acta de la junta en la que se le nombraba presidente, argumentando que dicha acta no contenía las firmas de los cargos salientes ni de los entrantes. Este departamento consideró ajustada a las buenas prácticas la actuación de la entidad, en la medida en que, además de hacer una alegación razonable, había proporcionado una respuesta motivada al reclamante, explicándole cuál era la documentación que consideraba necesaria, dado que las firmas del presidente y del secretario son requeridas para que los acuerdos sean ejecutivos, según el artículo 19.3 de la LPH.
- En el expediente R-201906823, una entidad había restringido el acceso a la información de la cuenta de la comunidad de propietarios a quien se presentaba como presidente con un acta de nombramiento. En virtud del artículo 13.7 de la LPH, el nombramiento de los órganos de gobierno se hará por el plazo de un año, salvo que los estatutos de la comunidad dispongan lo contrario, y el DCMR consideró que la actuación de la entidad se había adecuado al principio de prudencia, ya que, en el momento en que se produjeron los hechos, había transcurrido más de un año desde la junta anterior, sin haberse renovado y sin que se hubiese acreditado previsión estatutaria que especificara otro plazo distinto al legal.
- En el expediente R-201904892 se reclamaba porque la entidad no había permitido al presidente representar a la comunidad para pedir la devolución de un recibo, debido a la ausencia de la firma de otro autorizado que la entidad consideraba necesaria. A juicio de este departamento, esa causa no era suficientemente justificada para la negativa —sería causa justificada, por ejemplo, que a la entidad le constara discrepancia de otros dos autorizados en la cuenta sobre la devolución, o que el recibo contara con las dos firmas necesarias, a pesar de que la presidenta no lo aprobara, lo que no resultaba probado—, puesto que la actuación representativa del

presidente sustituye con su voluntad individual la voluntad social común, con posibilidad de considerar lo realizado por el presidente como si la misma comunidad lo hubiese realizado (sin perjuicio de la relación interna entre el presidente y la junta de propietarios, ante la que debe responder de su gestión).

Otras controversias de comunidades de propietarios guardan relación con los cambios en las personas designadas para representar a la comunidad, o de aquellas 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 unas y otras para ostentar su representación. En estos casos, la operativa bancaria habitual de las comunidades puede verse afectada.

Sobre este particular, el DCMR ha manifestado en las reclamaciones examinadas que las entidades deben valorar los documentos que se le entreguen para acreditar el nombramiento o cambio de apoderados o autorizados en la cuenta de la comunidad con la máxima diligencia, a la luz de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y, en su caso, de los estatutos de la comunidad de propietarios, y 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 a los interesados dichas medidas. Debe señalarse al respecto que las situaciones de conflictos internos de las comunidades de propietarios son ajenas a la actividad de las entidades de crédito y que la entidad, en última instancia, tiene que actuar prudentemente y en defensa de los intereses de la comunidad de propietarios que es su cliente. Asimismo, se ha indicado que solo el pronunciamiento de los tribunales de justicia puede establecer la validez de los acuerdos de la junta de propietarios y la legitimidad de los cargos directivos de la comunidad, excediendo las competencias del DCMR la determinación de estas cuestiones.

- Así, por ejemplo, en el expediente R-201904349 la parte reclamante planteaba que el banco había desatendido una orden de retrocesión de recibos previamente pagados. Tal orden había sido cursada por la nueva presidenta aportando el acta correspondiente, de manera que el banco, además de no atender la retrocesión, no reconocía el cambio de los representantes de la comunidad. El banco justificaba su actuación alegando no la falta de legitimidad de la nueva presidencia, sino que los anteriores autorizados en la cuenta habían consentido los pagos ahora cuestionados. Sin embargo, la entidad no justificaba documentalmente ante la nueva representante que el pago de los recibos en cuestión hubiera sido autorizado por los anteriores representantes de la comunidad, por lo

que mereció un pronunciamiento contrario por parte de este DCMR, ello sin perjuicio de recordar que, en presencia de controversias en el seno de las comunidades ajenas a la actividad de la entidad financiera, debe ser un juez el que decida quien ostenta la legitimidad para representar y administrar la comunidad.

Por lo demás, este DCMR ha manifestado que resultaría contrario a los intereses de la comunidad de propietarios que su actividad bancaria pudiera ser automáticamente entorpecida por la mera expresión de cualquier discrepancia, incluso la efectuada por uno solo de los comuneros. Entendemos que, cuando se ponga de manifiesto un posible conflicto, resulta necesario que las entidades valoren el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, de modo que exista una razonable adecuación entre estas y las eventuales limitaciones operativas que adopten. Todo ello sin perjuicio de lo que pudiera decidir con posterioridad, al respecto, el órgano jurisdiccional que resultase competente.

Tal criterio fue expuesto por este DCMR en el expediente de reclamación R-201904038: una entidad bancaria había bloqueado la cuenta de una comunidad de propietarios al apreciar que existía un conflicto en su seno y la parte reclamante, por el contrario, señalaba que no tenía constancia de ninguna controversia. Concurrían en ese caso un conjunto de circunstancias de carácter anómalo que dotaban a la referida controversia de importancia suficiente para concluir que las limitaciones operativas adoptadas respecto a la cuenta de la comunidad resultaban ajustadas a las buenas prácticas bancarias, siempre que aquellas no afectaran a los pagos ordinarios de la comunidad. En ocasiones, las discrepancias que las comunidades de propietarios plantean ante este departamento están relacionadas con la caducidad de la vigencia de los cargos representativos de la comunidad de vecinos. En esta línea, en el expediente R-201815902 se cuestionaba que la entidad bloqueara la cuenta y dejara de abonar recibos básicos de la comunidad, como el del suministro eléctrico, al no haberse aportado la documentación acreditativa de los nuevos cargos sociales dentro de un plazo razonable desde la expiración de la vigencia de los anteriores. El DCMR recordó que los clientes bancarios titulares de las cuentas son responsables en primera instancia de aportar la documentación acreditativa necesaria para el normal funcionamiento de la cuenta, y que no puede exigirse que la entidad financiera soporte indefinidamente una situación de irregularidad por falta de aportación de la citada documentación. Por este motivo, dado que la entidad acreditó que, antes de proceder al bloqueo de la cuenta, había permitido que esta siguiera operativa durante un período de cuatro meses, el DCMR no apreció motivos en contra de la actuación de la entidad.

### 5.1.5 Cuentas de no residentes

Las entidades deberán hacer constar la condición de no residente del titular de la cuenta o el 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 queda, además, obligada a requerir al titular de la cuenta de que se trate que, en el plazo de 15 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 del Interior con una 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 (debe ser requerido cada dos años 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 por que 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 el 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 justificar debidamente que se efectuó la necesaria comunicación sobre la circunstancia del bloqueo y sus causas, y que fue advertido con antelación suficiente de que, si no remitía la declaración de residencia fiscal firmada, se procedería a dicho bloqueo.

## 5.2 Obligaciones de identificación según la normativa de 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, el reglamento<sup>89</sup> establece qué documentos se considerarán fehacientes, para personas tanto físicas como jurídicas, a efectos de identificación formal.

Adicionalmente, la normativa exige a las entidades la adopción de medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, a fin de garantizar, entre otras cuestiones, que los documentos, los datos y la información de los que se disponga estén actualizados.

En consecuencia, no puede considerarse contrario a las buenas prácticas el que las entidades se abstengan de mantener relaciones de negocio o realicen operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas o que procedan a la adopción de medidas restrictivas en las cuentas de sus clientes, incluido el bloqueo o la cancelación de estas, en los casos en los que consideren que los intervinientes no han sido debidamente identificados.

En el epígrafe 6.4.18 de este capítulo se exponen en detalle los criterios de este DCMR en relación con la implementación de medidas restrictivas motivadas por exigencias derivadas de la aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

### **5.3 Información al público sobre comisiones, intereses y tipos de cambio**

#### **5.3.1 Comisiones e intereses. Documento Informativo de las Comisiones: información pública y ante el Banco de España**

En relación con las comisiones y los intereses, la vigente normativa de transparencia<sup>90</sup>, al igual que lo hacía la anterior, establece que las comisiones percibidas y los intereses aplicables a los servicios bancarios (entre ellos, los depósitos) serán los que libremente se pacten 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 deben cumplir con una serie de obligaciones de información pública en relación con las comisiones e intereses<sup>91</sup>. Con carácter general, las entidades deben publicar los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela. Esta información

---

89 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 el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

90 Artículos 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en relación con la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio.

91 CBE 5/2012, anejos 1 y 2, en vigor desde el 1 de enero de 2013.



debe presentarse en el formato unificado que establece la Circular del Banco de España 5/2012 en su anejo 1; debe estar a disposición de los clientes gratuitamente en cualquier momento, en todos los establecimientos comerciales de las entidades, en sus sitios web y en el sitio web del Banco de España, y debe ser actualizada con periodicidad trimestral.

Desde abril de 2019, las comisiones, los gastos y los intereses asociados a cuentas de pago dejaron de publicarse por la vía mencionada, pues tal información se suministrará al cliente de la forma que establece la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, por la que se regulan los requisitos del Documento Informativo de las Comisiones, del Estado de Comisiones y de los sitios web de comparación de cuentas de pago.

De conformidad con esta última circular y con el Real Decreto-ley 19/2017, las entidades que ofrezcan cuentas de pago están obligadas a entregar gratuitamente, a clientes y potenciales clientes, antes de la contratación de cualquier cuenta, un documento estandarizado, en papel u otro soporte duradero, denominado «Documento Informativo de las Comisiones» (DIC), uno por cada cuenta que ofrezcan. El documento debe ser breve y de fácil lectura, e incluir los servicios más representativos asociados a la cuenta (publicada por el Banco de España y en el anejo 1 de la circular), junto con las comisiones asociadas a tales servicios. Debe contener en la parte superior el título «Documento Informativo de las Comisiones» y un símbolo específico que lo diferencia de otros documentos. Su finalidad es que cualquier persona que quiera contratar una cuenta pueda conocer y comparar las comisiones de todas las cuentas de forma fácil antes de contratar y, con esa información, elegir la cuenta que más le convenga.

El DIC también se debe publicar en lugar destacado en los establecimientos comerciales y sitios web de cada entidad.

Por su parte, el Banco de España ha actualizado, con fecha 7 de mayo de 2020, el comparador de comisiones de cuentas bancarias, que permite cotejar las comisiones que las entidades financieras ofertan a sus posibles clientes a partir de la información que las propias entidades les facilitan en el DIC antes de la formalización del contrato. En este documento, la entidad informa a los potenciales clientes sobre las comisiones que aplican por la utilización de los principales servicios asociados a la cuenta, y sirve para comparar las comisiones con otras cuentas de la misma entidad u otra. Puede consultarse el comparador en el siguiente enlace: [https://app.bde.es/csfcwciu/GestorDePeticones?IdOperacion=becsfwciu\\_InicioComisionesCuentasPago&token=7b0c60b2-b810-4348-9eb1-b856ca926763](https://app.bde.es/csfcwciu/GestorDePeticones?IdOperacion=becsfwciu_InicioComisionesCuentasPago&token=7b0c60b2-b810-4348-9eb1-b856ca926763).

Otra herramienta de utilidad, en este caso para el cálculo de intereses, es el simulador de intereses en depósitos que ofrece el Portal del Cliente Bancario: [https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/podemosayudarte/simuladores/simulador\\_intereses\\_tae\\_deposito.html](https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/podemosayudarte/simuladores/simulador_intereses_tae_deposito.html).

### 5.3.2 Tipos de cambio

Cuando se compra o vende una moneda extranjera, o se hace o recibe un pago en otra divisa (por ejemplo, una transferencia en dólares o una compra en un comercio en el extranjero), interesa saber el valor que esa divisa tiene con respecto a nuestra moneda, lo que se denomina «tipo de cambio». El tipo de cambio es libre, fluctúa cada día y normalmente presenta un valor diferente según compres o vendas divisa.

En tanto que la operativa con divisas está liberalizada en España, los tipos de cambio son libres y pueden variar en cualquier momento. En la operativa de compra y venta de divisas, las entidades de crédito y los establecimientos de cambio de moneda pueden aplicar los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, debiendo estar en condiciones de demostrar que acordaron con el cliente el tipo de cambio, o los parámetros para determinarlo, en el contrato marco regulador de la cuenta o antes de realizar la operación de compraventa de divisa, según los casos. Ello 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, en virtud de la norma cuarta de la Circular del Banco de España 5/2012.

Además de fijar el tipo de cambio, la entidad que lleva a cabo la conversión de divisa puede establecer libremente una *comisión* para retribuir ese servicio.

Como novedad que se ha de considerar para las operaciones que se produzcan a partir del 19 de abril de 2020, el legislador europeo, tras revisar el Reglamento (CE) 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos y publicar el nuevo Reglamento (UE) 2019/518, de 19 de marzo de 2019 (DOCE 23.3.2019), ha reforzado las obligaciones de información exigibles a las entidades que prestan servicios de conversión de divisas, en particular en las operaciones de compra en comercios o de retirada de efectivo en cajeros mediante un instrumento de pago (por ejemplo, una tarjeta o dispositivo móvil), de modo que los usuarios puedan comparar los gastos que aplican los distintos proveedores y elegir la mejor opción de conversión.

De esta manera, como se ha señalado, desde el 19 de abril del presente año, al ofrecerse servicios de conversión de divisas en los cajeros automáticos o en los puntos de venta, ya sea en establecimientos comerciales o en compras a través de Internet, el proveedor tiene la obligación de informar al usuario, de forma clara y accesible, antes de iniciar el pago, del tipo de cambio y las comisiones que aplicará por ese servicio (por ejemplo, mediante un cartel en el mostrador de caja o, en su caso, mostrando la información a través de la pantalla del cajero, del terminal de venta o del dispositivo del usuario).

Además, se indicarán expresamente el importe que se pagará por los bienes y servicios en la divisa del comercio (o el importe de la retirada de efectivo en la divisa

seleccionada) y el importe total que pagará el usuario en su propia divisa, incluyendo los gastos aplicables.

En estos casos, el usuario podrá elegir entre:

- pagar en su propia divisa (por lo general, en euros), conforme al tipo de cambio, comisiones y demás información facilitada en el momento de realizar la retirada de efectivo o la compra, o
- pagar en la divisa del comercio o cajero (por ejemplo, coronas danesas), de modo que la conversión se realizará posteriormente por su entidad, con arreglo a las condiciones (tipo de cambio y comisiones) previstas en el contrato. Para facilitar la comparación entre las distintas opciones de conversión, es necesario que la información sobre los gastos se exprese de la misma manera. Por este motivo, además de facilitar información detallada sobre el tipo de cambio y las comisiones aplicables, los proveedores que presten servicios de cambio de divisa deberán informar al usuario del coste total de la operación. Este coste se calculará como un porcentaje sobre el último tipo de cambio de referencia del euro publicado por el Banco Central Europeo (BCE).

Algunos ejemplos de expedientes resueltos en 2019 sobre el tipo de cambio aplicado en operaciones de divisas con clientes son los siguientes:

- En el expediente de reclamación R-201910118, el reclamante, según manifestaba, se había personado en una oficina bancaria y había comunicado a una empleada su intención de realizar una venta de divisas y preguntado el tipo de cambio que le resultaría aplicable. Señalaba que, como la empleada se refirió al del cierre del mercado de divisas, dio por sentado que sería el tipo de cambio oficial de ese día, pero al día siguiente comprobó que le habían aplicado uno distinto a aquel. El DCMR determinó que, en cuanto que la entidad no aportaba prueba alguna de haber acordado el tipo de cambio o los parámetros, ni en el contrato marco ni con anterioridad a la operación, la actuación de la reclamada había sido poco clara con el cliente y, por tanto, contraria a las buenas prácticas y usos financieros. Además, se señalaba que pudo haber incumplido la normativa de transparencia y protección de la clientela, en concreto los artículos 3 y 12 de la Orden EHA/1608/2010, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.
- En el expediente R-201906221 también se reclamaba por motivo del tipo de cambio, esta vez el aplicado en el reparto de una herencia en la que la cuenta del causante estaba denominada en dólares estadounidenses y

la cuenta del reclamante y beneficiario, en euros. El reclamante solicitaba que se aplicase el tipo de cambio oficial del día. La entidad alegaba que el tipo de cambio que aplicó fue comunicado inmediatamente después de la ejecución de la cancelación de la operación a plazo. El DCMR, también en este caso, apreció posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, en la medida en que la entidad no aportaba acreditación documental en cuanto a la información ofrecida a los ordenantes sobre la operación a realizar, ni previamente ni en el momento de llevarse a cabo.

#### **5.4 Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos**

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 y suficiente, sin ocultación de los riesgos inherentes y sin omitir o desnaturalizar ninguna información relevante.

##### **5.4.1 Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados**

El apartado 3 del artículo 8 establece que, con motivo de cada liquidación de los intereses o las comisiones que aplican a los depósitos, las entidades facilitarán a sus clientes un documento 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 y su anejo 4.

##### **5.4.2 Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses y estado de comisiones**

Las entidades de crédito 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 los gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior (excepto los servicios asociados a las cuentas de pagos, que, como

desarrollaremos a continuación, se incluirán en un documento separado denominado «Estado de Comisiones»).

El resumen anual debe ajustarse al modelo establecido en el anejo 5 de la Circular 5/2012. En caso de operaciones atribuibles a más de un cliente, el 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.

Debemos insistir en la novedad introducida por el artículo 17 de la Ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, por la que, a partir de 2020, tras la entrada en vigor de la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, sobre los requisitos del DIC y del Estado de Comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, durante el mes de enero de cada año, los proveedores de servicios de pago deberán facilitar a los clientes gratuitamente el Estado de Comisiones, en el que se incluirán todas las comisiones en que hayan incurrido durante el año natural anterior por los servicios asociados a cada cuenta de pago.

## 5.5 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 piezas publicitarias 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 a los depósitos a la vista, de ahorro y a plazo, entre otros productos bancarios. 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—, que de forma fácilmente comprensible y visual clasifique los productos con una escala de colores y numérica —que puede ser sustituida por una solo numérica— para advertir sobre su posible riesgo y alertar sobre la liquidez y complejidad del producto, así como sobre la identidad y cobertura máxima del fondo de garantía de depósitos al que la entidad esté adscrita.

## 5.6 Embargos de saldos de depósito en las entidades

Las entidades bancarias, con carácter general, solo están legitimadas para anotar cargos en una cuenta corriente, o para disponer de las cantidades depositadas en ella, cuando el titular de la cuenta les haya otorgado autorización expresa para ello. Como excepción, pueden anotar adeudos en la cuenta en virtud de mandato legal o judicial que, con las pertinentes formalidades, así lo dispusiera.

El embargo del saldo de cuentas o depósitos es el procedimiento más utilizado por la Administración para cobrar deudas tributarias o de la Seguridad Social. También se usa para la ejecución forzosa de deudas en vía judicial. Las entidades bancarias actúan, en estos casos, como meros intermediarios entre el órgano o autoridad embargante y el deudor, limitándose a cumplir las instrucciones emanadas del primero. Las entidades tienen, por tanto, el deber de colaborar con la Administración o con la justicia cumpliendo las órdenes o diligencias de embargo en sus justos

términos, ajustándose al procedimiento que establece la propia ley, que, como detallamos más adelante, es distinto en función de si el embargo se ordena en el curso de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial.

Con ocasión de algunas reclamaciones presentadas por los titulares de los depósitos afectados por una orden de embargo, este DCMR ha considerado necesario recordar, de modo reiterado, que resulta imprescindible que las entidades aporten al expediente de reclamación: i) la orden de embargo (si se trata de embargo telemático, al menos impresión de pantalla informática o documento que proporcione el detalle de las operaciones practicadas donde figuren expresamente el órgano emisor de la orden, la fecha y los términos de la orden), y ii) la comunicación al cliente de la retención que se deriva de dicha orden. Además, cuando se trate de embargos ordenados por una autoridad administrativa, las entidades bancarias deberían acreditar que el adeudo en cuenta lo hicieron respetando el plazo previsto en la normativa (10 o 20 días, como se verá a continuación), para que el interesado pueda ejercitar ante el organismo embargante los derechos o las acciones correspondientes.

Sobre el embargo de saldos de cuentas corrientes, este DCMR ha considerado conveniente precisar lo siguiente:

- Sin perjuicio de que el procedimiento debe 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 también deberían comunicar a sus clientes las órdenes de embargo que reciben, de forma inmediata (esto es, en cuanto las reciben y practican la retención del saldo correspondiente dando cumplimiento a estas), para permitirles ejercer ante la autoridad embargante, en los breves plazos señalados al efecto, los derechos que la ley les confiere para oponerse a su ejecución.
- El embargo no lo es nunca de la cuenta o el depósito, como soporte contable, sino de los saldos existentes a favor del deudor en la fecha de recepción de la orden de embargo (o, como se verá más adelante, para el caso de embargos judiciales, de los saldos que pudiera haber en el futuro hasta el límite de cierta cantidad). Por este motivo, es fundamental determinar el momento exacto en que tiene entrada la orden de embargo en la entidad bancaria. Además, como han recordado nuestros tribunales en diferentes sentencias<sup>92</sup>, de ello se deriva que la ejecución del embargo no puede producir un descubierto por insuficiencia de saldo en cuenta en el momento en que se practica el correspondiente adeudo, pues, en el caso de que el saldo fuese inferior a la cantidad embargada, al ejecutar la

---

<sup>92</sup> Véanse las sentencias 292/1995, de 17 de noviembre, y 350/2000, de 9 de octubre, de la Audiencia Provincial de Palencia, y la 209/2005, de 11 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona.



retención o trabar, la entidad se encuentra limitada por el importe del saldo disponible en la cuenta en la fecha de recepción de la orden.

En el expediente de reclamación R-201902403 se discutía un embargo administrativo que, según el reclamante, se practicó cuando en la cuenta no había saldo, generándose con tal actuación un descubierto. La entidad alegaba haber recibido la orden telemática de embargo a primera hora del día y que, ese mismo día, después de la retención y el bloqueo del saldo, cuando el titular acudió a la oficina a retirar dinero, le comunicó la retención por embargo, pero le indicó que, por la relación que mantenía con la entidad, le permitía disponer en descubierto. Este DCMR apreció vulneración de las buenas prácticas por considerar que la actuación de la entidad faltó a la diligencia debida, dado que ni acreditó en el expediente haber comunicado al cliente el embargo de inmediato, en cuanto recibió la orden y efectuó la retención del saldo, ni aportó al expediente la orden telemática de embargo recibida o el registro con los datos de esta. Ese déficit probatorio impidió a este DCMR comprobar, entre otros aspectos, que el cargo por embargo estaba justificado y que se adaptaba a los términos de dicha orden.

- Una vez practicada la retención o traba del saldo, la operativa de la cuenta podrá continuar con su funcionamiento habitual, pues no se encuentra inmovilizada, pudiendo el ejecutado disponer del saldo disponible restante, si existiera, y realizarse cualquier operación, como cargos y domiciliaciones de gestión corriente, o la recepción de ingresos o cobros.
- La retención o traba del saldo supone que la cantidad retenida sigue apareciendo en la cuenta, aunque el titular no puede disponer de ella. Las cantidades que se ingresasen en la cuenta con posterioridad a la retención quedarían libres de la retención (salvo que, en caso de orden judicial, esta dispusiera otra cosa).
- 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 LEC, de forma que aquellos solo podrán embargarse con los límites que establece esta norma y en la parte que exceda del salario mínimo interprofesional. La normativa tributaria considera sueldo, salario o pensión el importe ingresado en la cuenta por esos conceptos en el mes en que se practica el embargo o, en su defecto, en el mes anterior. La carga de la prueba recae sobre el deudor, quien, para oponerse al embargo o pedir su nulidad, debería acreditar ante el órgano embargante que el saldo de su cuenta bancaria proviene única y exclusivamente de sus percepciones salariales o de su pensión. En estos casos podría exigirse a las entidades bancarias que, si sus clientes les señalan la concurrencia de

las condiciones para considerar aplicables estas limitaciones, desarrollen alguna actuación frente al organismo embargante para advertirle de ello, pero aquellas no serían, en ningún caso, responsables del resultado de tal actuación.

- El embargo ha de efectuarse exclusivamente sobre bienes del deudor, por lo que, si la cuenta corriente se hubiera abierto a nombre del ejecutado y de otras personas con régimen de disposición indistinto, la principal dificultad radicaría 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, debiendo partirse de la separación entre la cotitularidad y el régimen de disposición de la cuenta y la propiedad de las cantidades depositadas. En el caso de los embargos por deudas tributarias o de la Administración, como se verá a continuación, la normativa tributaria establece la presunción de que los saldos de las cuentas pertenecen a partes iguales a cada titular (al margen del régimen de disposición pactado). En general, cuando una entidad recibe un mandamiento de embargo judicial por una determinada cantidad o hasta un determinado límite, ha de atenderlo de inmediato. No obstante, en el caso de cuentas con más de un titular, el cotitular no deudor puede presentar una tercería de dominio para oponerse al embargo de las cantidades de las que pueda demostrar su propiedad en exclusiva (véase a este respecto lo establecido en el apartado 5.6.3, en relación con los embargos judiciales).
- 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. La entidad no podrá discutir la procedencia de la deuda que se reclama a sus clientes (cuestión que tan solo puede ser discutida por el deudor principal en el respectivo procedimiento, judicial o administrativo).
- En el expediente R-201900483, el reclamante discrepaba de un embargo practicado contra su cuenta, manifestando que la entidad bancaria había incurrido en un error, porque la deuda ya estaba pagada y se la habían cobrado doblemente. Este DCMR no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas por el hecho de que la entidad ejecutase el embargo en la cuenta, pues estaba obligada a cumplir la orden, pero sí por el hecho de que en la comunicación al titular de la cuenta no hubiera indicado de modo claro cuál era el órgano embargante y de que se debía reclamar ante este, para oponerse a la ejecución o pedir la nulidad del embargo.

### 5.6.1 Embargos por deudas con las Administraciones

En materia tributaria, los embargos del dinero depositado en cuentas abiertas en entidades de crédito se regulan en los artículos 171 de la Ley General Tributaria y 79 y siguientes del Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. La presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta, salvo que se acuerde otra cosa, implicará la retención inmediata —o traba— del importe embargado si existe en ese momento saldo suficiente, que deberá ser ingresado en el Tesoro una vez transcurridos 20 días naturales desde el día siguiente a la fecha de la retención si la oficina correspondiente no recibe comunicación en contrario del órgano de recaudación. El embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, al resto de los bienes y derechos de los que sea titular el obligado al pago en dicha entidad de crédito, dentro del ámbito estatal, autonómico o local que corresponda a la jurisdicción respectiva de cada Administración Tributaria ordenante del embargo<sup>93</sup>.

Habrá que estar en cada caso al tipo de deuda con la Administración de la que parta el embargo, pero, en general, para el cobro en vía ejecutiva de deudas tributarias y administrativas de diversa índole, las normas tributarias establecen el procedimiento que se ha de seguir en el embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito.

### 5.6.2 Embargos por deudas con la Seguridad Social

La Ley General de la Seguridad Social y el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social regulan el procedimiento que se debe seguir en caso de embargo de forma muy similar a la normativa tributaria.

Conviene destacar que, según lo dispuesto 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, las entidades depositarias tienen el deber de colaborar en el embargo y, si no lo hacen, son responsables solidarias del pago de la deuda hasta el valor de los bienes que se hubieran podido embargar. Asimismo, el artículo 96 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, establece que el importe de las cantidades retenidas será ingresado en la cuenta determinada al efecto por la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez transcurridos diez días naturales desde el siguiente a la fecha de la traba o retención, siempre y cuando la entidad bancaria no hubiera recibido comunicación en contrario por parte del recaudador ejecutivo de la Seguridad Social.

---

93 De acuerdo con la modificación del Reglamento General de Recaudación introducida por el Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2018.

### 5.6.3 Embargos judiciales

En los embargos judiciales, la entidad actúa como mandataria del juzgado, esto es, como mera intermediaria entre el juzgado actuante y el sujeto embargado, y tiene el deber de cumplir con lo ordenado en el oficio que le sea remitido por dicho órgano judicial, de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 591 de la LEC, procediendo a retener y a transferir a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales que se le señale el saldo que presente la cuenta o el depósito embargado.

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 practicar 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 embargo<sup>94</sup>. Después, en cuanto el juzgado se lo ordene, deberá consignar, sin dilación alguna, la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y las consignaciones del órgano judicial que se le indiquen.

El DCMR ha recordado, con ocasión de las reclamaciones que se han planteado con motivo de la práctica de embargos en las cuentas de los reclamantes, según órdenes o diligencias judiciales, que, cuando la actuación de la entidad se ajusta a lo indicado, no puede ser considerada contraria a las buenas prácticas bancarias.

El DCMR ha comprobado que, en ocasiones, el juzgado u órgano judicial decreta embargos que recaen no solo en el saldo existente en ese momento en la cuenta, sino también en los saldos que pudieran existir en el futuro, a partir de la recepción de la orden, lo que resulta posible siempre que la orden o diligencia indique una cantidad como límite máximo a embargar, según exigen las normas reguladoras de los embargos judiciales (arts. 588 de la LEC 1/2000 y 254 de la Ley 36/2011).

En el expediente de reclamación R-201901373, un fiador de un crédito reclamaba porque un dinero que había sido ingresado en la cuenta vinculada al crédito para su pago se había utilizado para atender un embargo, y ello le perjudicaba. Este DCMR consideró que la entidad había quebrantado las buenas prácticas por el hecho de que no acompañaba sus alegaciones de suficiente documentación acreditativa, ya que solo adjuntaba el contrato regulador de la cuenta y la comunicación al cliente de la ejecución del embargo, pero no el oficio recibido del juzgado en el que se ordenaba el embargo, el cual solo aportó en fase de rectificación, lo que impedía a este DCMR poder juzgar si el discutido cargo por embargo estaba justificado, por haberse ajustado a los estrictos términos de la orden. Finalizado el expediente, este DCMR tuvo acceso al oficio de embargo ordenado y pudo conocer que este recayó

---

<sup>94</sup> 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.

no solo sobre saldos existentes en la fecha de la recepción del oficio, sino también sobre todos los ingresos que se produjeran a partir de esa fecha en la cuenta corriente de la sociedad mercantil ejecutada.

En el caso de cuentas corrientes con varios titulares, este DCMR estima que, conforme a 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.

Cuando los reclamantes solicitan que se interprete el contenido del mandato judicial o su extensión, este DCMR señala en sus informes que carece de competencias para ello, o para determinar que debería prevalecer la interpretación de una de las partes sobre la que realiza la otra, pues para dicha interpretación solo resulta competente el propio organismo ordenante del embargo.

En el expediente R-201901803, el reclamante discrepaba porque la entidad bancaria no le había comunicado a tiempo un embargo que, según él, podría haberse evitado, puesto que el juzgado había confundido su nombre con el de su hermano. La comunicación se la habían remitido cuatro días después de la fecha de recepción de la orden del juzgado. Resultando probada la incoherencia interna de la orden judicial, porque contenía el número de DNI del reclamante, pero el nombre de su hermano, este DCMR consideró que esta tenía suficiente relevancia como para haber generado un comportamiento activo de la entidad dirigido a aclarar la ejecución antes de llevarla a cabo, y que ello no debía considerarse contrario, sino más bien conforme, al deber de colaboración contemplado en el artículo 17 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y en el artículo 591 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Este DCMR apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en el expediente por falta de diligencia a la hora de ejecutar el embargo no solo por el hecho de que la entidad había omitido ese comportamiento activo, sino, sobre todo, porque no había notificado la recepción de la orden de embargo de forma inmediata ni al reclamante ni al cotitular de la cuenta.

## 6 Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas

### 6.1 Cuestiones generales

Mediante el contrato de depósito a la vista, se permite al cliente ingresar dinero en una entidad de crédito, que queda obligada al reembolso de estos fondos cuando el titular lo solicite y a la prestación del denominado «servicio de caja», en virtud del cual la entidad se obliga a ejecutar las órdenes de pagos y cobros a terceros que reciba del titular. De esta forma, la entidad, que se convierte en mandataria singular de su cliente, administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de

este. Por lo general, la entidad suele ofrecer al cliente una remuneración o interés por el dinero depositado, al tipo pactado, y puede cobrar una 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 ambas partes para darlo por terminado en cualquier momento. Para la cancelación deberá seguirse, no obstante, el procedimiento establecido en el propio contrato y/o en la normativa de aplicación.

La derogada Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (también referida en este documento como LSP), y, de idéntica manera, el vigente Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante, RDLSP), definen 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 y abonos. El real decreto-ley fue desarrollado por la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación, que entró en vigor el pasado 25 de marzo de 2019. La orden resulta aplicable también a no consumidores, si bien permite que, en este caso, las partes puedan acordar su no aplicación. El RDLSP aplica necesariamente no tanto a consumidores como a microempresas. En el caso de empresas medianas o grandes (esto es, con más de diez empleados y un volumen de negocios anual o balance general que supere los 2 millones de euros), es posible pactar la no aplicación de los preceptos relacionados con la información y transparencia de los servicios de pago.

## 6.2 Cuentas de pago básicas

El ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas y comparabilidad de comisiones, 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 dicha norma 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 en euros en las oficinas o cajeros automáticos de la entidad situados en la UE y las siguientes operaciones de pago en dicha zona: adeudos domiciliados, pagos mediante tarjeta de débito o prepago y transferencias.

La 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 en ella<sup>95</sup>, sin que pueda supeditarse su acceso a la adquisición de otros servicios y quedando restringida su denegación a tres motivos: que la apertura de la cuenta sea contraria a los intereses de la seguridad nacional o de orden público, 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, o que el cliente ya sea titular en España de una cuenta en un proveedor de servicios de pago que le permita realizar los servicios que presta la cuenta de pago básica. Por ello, antes de abrir una cuenta de pago básica, la entidad de crédito podrá verificar si el cliente dispone o no de una cuenta en España que le permita realizar los servicios citados, pudiendo basarse a tal fin en una declaración responsable firmada por el propio cliente.

El real decreto-ley fue desarrollado por la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación, que entró en vigor el pasado 25 de marzo de 2019. En este mismo contexto fue publicada la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, sobre los requisitos del Documento Informativo de las Comisiones y del Estado de Comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 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, vigente desde el 5 de abril de 2019.

La orden determina que la comisión máxima, única y conjunta que la entidad podrá cobrar al cliente titular de una cuenta de pago básica será de 3 euros al mes, cantidad que el Banco de España podrá actualizar cada dos años, de conformidad con los criterios del artículo 9.3 del real decreto-ley. Además, establece que ese importe de 3 euros mensuales cubrirá un número de 120 operaciones de pago anuales en euros dentro de la UE (adeudos domiciliados y transferencias en oficina y mediante servicios en línea). En el supuesto de que el cliente realizara un mayor número de estas operaciones, la entidad no podrá repercutirle una comisión o gasto superior en cómputo anual a las comisiones o los gastos medios que aplique para cada tipo de operación, que son comunicados trimestralmente al Banco de España y que se pueden consultar en el sitio web [www.bde.es](http://www.bde.es).

En beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, introduce un régimen gratuito de cuentas de pago básicas, de manera que la entidad no podrá exigir comisión alguna en los casos en que todos los titulares y autorizados de una cuenta de esta tipología se encuentren en esa situación. La gratuidad se mantendrá durante

---

95 En particular, la norma se refiere a los consumidores: i) que residan legalmente en la UE, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo; ii) que sean solicitantes de asilo, y iii) que no tengan un permiso de residencia pero su expulsión sea imposible por razones jurídicas o de hecho.



períodos de dos años, salvo que la entidad pueda acreditar que el cliente ha dejado de pertenecer al colectivo de vulnerabilidad. En todo caso, se debe notificar al usuario la pérdida o la prórroga de tal derecho.

Al respecto de lo anterior, véase el recuadro 2.2, sobre cuentas de pago básicas.

Durante el ejercicio 2019 se han analizado varias reclamaciones relacionadas con clientes que solicitaban a las entidades financieras la sustitución de su cuenta de uso habitual por una cuenta de pago básica.

Así, por ejemplo, en el expediente con referencia R-201910268 la entidad había denegado a su cliente la apertura de una cuenta de pago básica y, en consecuencia, el acceso al régimen de gratuidad previsto en el Real Decreto 164/2019 que este había solicitado, por ser el solicitante titular de una cuenta de pago ordinaria contratada con esta misma entidad, concurriendo la causa de denegación establecida en el artículo 4.1.c) del Real Decreto-ley 19/2017.

Este DCMR emitió pronunciamiento favorable a la entidad financiera por considerar que la denegación se había realizado conforme a la normativa, dado que el real decreto contempla la denegación frente a la solicitud de cuenta de pago básica «cuando el potencial cliente ya sea titular en España de una cuenta [...]», circunstancia que no había sido controvertida por el reclamante. En cuanto a la solicitud de aplicación del régimen de gratuidad, según el real decreto, dicho régimen solo puede establecerse respecto de una cuenta de pago básica ya existente, lo que, por lo expuesto, tampoco se cumplía en el caso descrito.

Finalmente, también se ha reclamado sobre esta materia ante la negativa de la entidad a dar el tratamiento de cuenta de pago básica a la cuenta de una comunidad de propietarios y permitirle disfrutar del régimen más beneficioso en materia de comisiones de mantenimiento que establece el Real Decreto-ley 19/2017. En el expediente R-201905629, el DCMR concluyó que esta actuación no es contraria a las buenas prácticas y usos financieros, al no encontrarse la solicitante dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la referida normativa y concurrir, en ese caso, una de las causas de denegación establecidas en esta.

### 6.2.1 Cuenta de pago básica. Denegación de acceso o resolución del contrato en razón de exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales

En ocasiones, como más adelante se analizará en detalle, las entidades adoptan determinadas medidas restrictivas en relación con sus clientes, como pueden ser bloqueos de cuentas o cancelación de relaciones contractuales, aduciendo para ello razones derivadas de las exigencias impuestas por la normativa de prevención

**CUENTAS DE PAGO BÁSICAS**

En aras de garantizar una máxima inclusión financiera y que los consumidores europeos no vean mermadas sus posibilidades de elección de proveedor de cuentas de pago en cualquiera de los países de la Unión Europea (UE), la Directiva 2014/92/UE contempla el derecho de acceso a una cuenta de pago básica y el principio de no discriminación por razones de nacionalidad en la apertura de cuentas de pago.

Así pues, el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, contempla el derecho de los consumidores al acceso a cuentas de pago básicas, definidas como aquellas cuentas de pago, denominadas en euros, abiertas en una entidad de crédito, que permiten prestar al menos los servicios de apertura, utilización y cierre de la cuenta; depósito de fondos; retirada de dinero en efectivo, y las siguientes operaciones de pago en la UE: adeudos domiciliados y operaciones de pago mediante una tarjeta de débito o de prepago, incluidos los pagos en línea y transferencias, así como las órdenes permanentes.

En la opción legislativa nacional, todas las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago estarán obligadas a ofrecer cuentas de pago básicas a aquellos potenciales clientes que: i) residan legalmente en la UE, aunque no tengan domicilio fijo; ii) sean solicitantes de asilo, y iii) no tengan un permiso de residencia, pero su expulsión sea imposible.

Las entidades de crédito podrán denegar el acceso a las cuentas de pago básicas por tres motivos:

- si el cliente no aporta la información requerida, en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de dicho cliente;
- su apertura es contraria a los intereses de la seguridad nacional o de orden público, y
- el cliente ya es titular en España de una cuenta.

En cuanto al régimen de comisiones previsto para este tipo de cuentas, el legislador ha optado por establecer un sistema estructurado en dos niveles, en función del colectivo al que se aplique: *un primer nivel*, de comisión ordinaria, establecida con carácter general para aquellas personas que cumplan los requisitos previstos para tener derecho de acceso a una cuenta de pago básica, y *un segundo nivel*, de carácter más ventajoso que el anterior, para el colectivo de personas que, además, se encuentren en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera.

Para las *cuentas de primer nivel*, la Orden ECE/228/2019 establece una comisión máxima mensual de 3 euros por el uso ilimitado de determinados servicios (apertura, utilización y cierre de la cuenta, depósito de fondos en efectivo en euros, retiradas de efectivo en euros de cajeros y operaciones de pago mediante tarjeta de débito o prepago) y la realización de hasta 120 operaciones de pago anuales dentro de la UE (adeudos domiciliados, transferencias y órdenes permanentes). Además, la Orden ECE/228/2019 establece que las entidades podrán repercutir al cliente de este tipo de cuentas las comisiones o los gastos que deba satisfacer a otra entidad como consecuencia de lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (comisión por retiradas de efectivo en cajero ajeno).

En relación con las *cuentas de segundo nivel*, el Real Decreto 164/2019 establece los requisitos que el colectivo de población más vulnerable debe cumplir para poder acceder a cuentas de pago básicas de forma gratuita, durante el plazo de dos años.

La opción utilizada a la hora de determinar el colectivo de personas que se benefician de la gratuidad es la de emplear el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM). Un nivel de renta inferior al umbral determinará la gratuidad de la cuenta de pago básica, siempre y cuando no se cuente con inmuebles adicionales a la vivienda habitual, ni titularidad real en sociedades mercantiles. El Real Decreto 164/2019 también configura la forma de acreditar ante las entidades el nivel de renta y de patrimonio, así como la composición de la unidad familiar, y el procedimiento concreto para llevar a cabo la correspondiente solicitud.

Esquema 1  
ESQUEMA DE COMISIONES APLICABLES



del blanqueo de capitales. En consonancia, y siempre desde el punto de vista de las buenas prácticas financieras, este DCMR ha venido desarrollando determinados criterios sobre el modo de implementación de tales medidas. La idea central, en todo caso, es que este DCMR no resulta competente, con carácter general, para pronunciarse sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las entidades en cumplimiento de la citada normativa.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-ley 19/2017 introduce determinadas disposiciones sobre esta materia, aplicables exclusivamente a las cuentas de pago básicas. En concreto, en su artículo 4 establece que las entidades denegarán el acceso a una cuenta de pago básica en caso de que el potencial cliente no aporte la información que requiera la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de su potencial cliente. Del mismo modo, el artículo 6 de esta norma permite resolver unilateralmente el contrato marco cuando el cliente no haya aportado la documentación o información requerida en el curso de la relación de negocios, determinando la imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida u otras obligaciones previstas en la Ley 10/2010, de 28 de abril.

En el expediente de reclamación R-201908982, la entidad financiera había denegado al potencial cliente el acceso a la cuenta de pago básica por no haber aportado la documentación necesaria de acuerdo con la Ley 10/2010. El DCMR señaló que, en el caso del derecho de acceso a la cuenta de pago básica, las posibilidades de actuación de las entidades están acotadas por el Real Decreto-ley 19/2017, que permite la denegación de apertura de la cuenta de pago básica por razones derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales exclusivamente en los casos en los que el potencial cliente no aporte la información requerida por la entidad. En consecuencia, resultaba necesario que la entidad hubiera acreditado el requerimiento de algún tipo de información o documentación que resultara pertinente a los efectos de la norma, según un elemental juicio de proporcionalidad, cuya no aportación determine la resolución denegatoria. Dado que en este caso la entidad no había facilitado detalle alguno sobre qué documentación o información había dejado de ser aportada por el interesado de entre la que hubiera podido requerirle, este DCMR emitió un pronunciamiento contrario a la entidad por posible vulneración del derecho de acceso a la cuenta de pago básica.

### **6.3 Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia**

La apertura de una cuenta requiere el consentimiento expreso y la aceptación de sus condiciones por ambas partes, 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. Asimismo, desde el 5 de abril de 2019, día en que entró en vigor la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, en toda la información al cliente se debe utilizar la terminología normalizada para referirse a los servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, publicada en el anejo 1 de dicha circular. Por otra parte, 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.

El 5 de febrero de 2016 entró en vigor la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros (BOE de 5 de noviembre), ya citada, conocida como «orden de los semáforos» u «orden de los números», por cuanto establece una clasificación de los productos financieros en función de su riesgo, mediante una escala de seis colores y seis números (del 1 al 6), que puede ser sustituida por una escala solo numérica. De la orden interesa destacar lo siguiente:

- 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. Por ejemplo, el número 1 se asigna a los depósitos bancarios a la vista o a plazo en euros, incluidos en la categoría de menor riesgo, mientras que las cuentas denominadas en moneda distinta del euro entrarían en la categoría de mayor riesgo, a la que se asigna el número 6.
- Resulta de aplicación a depósitos a la vista, de ahorro y a plazo, si bien se excluyen de su ámbito los depósitos estructurados<sup>96</sup>. Se han planteado reclamaciones que tenían como objeto depósitos denominados en moneda distinta del euro. El DCMR, una vez resaltado el hecho de que los depósitos bancarios en moneda distinta del euro están clasificados en la clase 6, o de máximo riesgo, de acuerdo con la citada «orden de los semáforos», ha estimado que se había producido un quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias en los casos en que la entidad no acreditó que hubiese facilitado a sus clientes información sobre todas las condiciones de tales depósitos con antelación suficiente respecto a su contratación.

---

96 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 su denominación 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.

A mayor abundamiento, en el trámite de apertura de cuentas de pago el Real Decreto-ley 19/2017 introduce la obligación de entrega de un DIC estandarizado, que se desarrolla mediante la Circular del Banco de España 2/2019. Sobre el contenido y el formato específicos de este documento, puede consultarse el recuadro 2.4, sobre el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, y su normativa de desarrollo.

### 6.3.1 Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas deben diferenciarse de la información precontractual, pues, aunque son complementarias, ambas son dos cosas distintas. Dado que la normativa (Orden EHA/2899/2011 y Circular del Banco de España 5/2012) no exige, si bien tampoco excluye, la entrega escrita de las explicaciones adecuadas, estas se facilitarán, normalmente, de forma verbal durante el proceso de comercialización, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.

Según el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011, las explicaciones deberán incluir, entre otras aclaraciones, las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios puede tener para el cliente.

Además, en caso de que la relación contractual contemple la prestación de servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, en las explicaciones se deberá aludir a la existencia del DIC y de la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago.

### 6.3.2 Información precontractual

Tanto la normativa de servicios de pago como la normativa general de transparencia regulan la exigencia de que, con carácter previo al momento en que el cliente quede vinculado por el contrato o la oferta, le sea entregada gratuitamente la oportuna información precontractual, 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 las cuentas a la vista, la obligación de información previa podrá ser cumplida proporcionando al cliente una copia del borrador del contrato.

Las entidades deberán entregar al cliente la información y las condiciones contenidas en el citado artículo 12 de la Orden EHA/1608/2010 con suficiente antelación respecto a la fecha en que quede vinculado por el contrato marco u oferta o, si esto

no fuese posible porque el contrato se hubiese celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia, inmediatamente después de su celebración. La obligación de entrega de la información podrá cumplirse proporcionando una copia del borrador del contrato marco que incluya la información y las condiciones a las que se refiere el artículo 12 de la orden.

En el supuesto de que la comercialización de depósitos a la vista u otros productos se acompañe de una recomendación personalizada, las entidades deberán extremar la diligencia en las explicaciones que han de facilitar al cliente, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva. 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, así como el procedimiento que se implementará para comprobar el cumplimiento, o no, de los requisitos exigidos para la obtención de las condiciones ofrecidas, de modo que estos tengan un conocimiento claro y preciso de las prestaciones que pueden recibir y, con ello, se evite que alberguen falsas expectativas al respecto. En particular, se considera que las entidades deben estar en condiciones de acreditar que dieron explicaciones adecuadas y que entregaron a sus clientes la información precontractual a través de la cual se justificaría que, antes de contratar, los clientes estuvieron en condiciones de conocer con exactitud las condiciones o los requisitos que debían cumplir para beneficiarse 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.). Así, se han presentado ante este DCMR 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, a pesar de que, a su entender, habían cumplido los requisitos acordados con los empleados de la entidad, no se les habían aplicado las ventajas que esperaban obtener; en otros casos, manifestaban expresamente que en la oficina les habían facilitado información o explicaciones poco claras, o engañosas, sobre los requisitos necesarios para disfrutar de especiales condiciones.

En los expedientes de reclamación en los que, en cierto modo, el reclamante pone 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 acuse expresamente a la entidad de no informarle correctamente, bien porque su interpretación discrepe de la de la entidad sobre la aplicación a su cuenta de las condiciones o ventajas, o sobre el cumplimiento de los requisitos—, este DCMR considera imprescindible que la entidad financiera aporte 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.

En el expediente R-201900561, el cliente manifestaba que había abierto la cuenta con la única finalidad de pagar su préstamo, y que transfería mes a mes el dinero justo para cubrir el importe exacto de la cuota. Se quejaba de que, como consecuencia de la comisión de mantenimiento aplicada, el saldo en cuenta no había alcanzado para cubrir el pago de la cuota mensual, generándose un descubierto en cuenta, con los consiguientes intereses. La entidad bancaria alegó que las comisiones estaban pactadas en el contrato y no se daba el requisito para exonerar el cobro porque la cuenta no se utilizó solo para dar servicio al préstamo. Analizada la documentación, el DCMR observó que la comisión de mantenimiento, aunque aparecía en el contrato, no se recogía expresamente en el documento de información precontractual firmado por el reclamante, cuyo apartado «Comisiones y gastos», referido a servicios de pago, se remitía, de modo genérico, al folleto de tarifas. Consecuentemente, se apreció el posible quebrantamiento del artículo 11 de la Orden EHA/1609/2010, de 14 de junio, y de la norma sexta de la Circular 5/2012 en la medida en que la entidad no demostró haber cumplido con su deber de informar sobre los gastos de la cuenta antes de la contratación, deber cuya carga de la prueba correspondía a la entidad.

### *Documento Informativo de las Comisiones (DIC)*

Con la finalidad de que los clientes puedan comparar fácilmente las comisiones que resultan de aplicación a distintas cuentas, las entidades que ofrezcan cuentas de pago están obligadas a entregar gratuitamente a los clientes y potenciales clientes, antes de la contratación de la cuenta, un documento estandarizado en papel u otro soporte duradero para cada una de las cuentas que ofrezcan. Este documento debe ser breve, de fácil lectura, incluir los servicios más representativos asociados a la cuenta que se ofrecen (publicada por el Banco de España, de conformidad con la norma), junto con las comisiones asociadas a tales servicios.

El documento debe contener, en la parte superior de su primera página, el título «Documento Informativo de las Comisiones» y el símbolo correspondiente que lo diferencia de otros documentos. Su finalidad es que el cliente que quiera contratar una cuenta pueda conocer las comisiones de cualquier cuenta de forma fácil, antes de la contratación, y, sobre la base de esta información, elegir la cuenta que más le convenga.



Ese DIC también se debe publicar en lugar destacado en los establecimientos comerciales y sitios web de cada entidad.

### 6.3.3 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.

En el expediente con referencia R-201904951, la parte reclamante señalaba que, en el momento de abrir una cuenta, la entidad les había recogido la firma a través de un dispositivo PDA, en el que solamente se visualizaba una leyenda de protección de datos. Se quejaba de que las comisiones que recogía el contrato en papel, que se les entregó posteriormente, resultaron ser superiores a las que habían sido informadas verbalmente antes de la firma del contrato. La entidad alegaba que las condiciones eran las recogidas en el contrato que estaba firmado por su cliente. El DCMR señaló que el hecho de que el consentimiento se recoja a través de medios digitales no debe suponer una merma de las obligaciones de información previa al cliente y que, según la normativa de servicios de pago, es a la entidad proveedora del servicio de pago a quien corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones informativas contenidas en dicha normativa. El DCMR no consideró suficiente la inclusión de una cláusula estándar en el contrato en la que el titular declaraba haber recibido con suficiente antelación la información precontractual exigible para acreditar la entrega de información precontractual al cliente. Por ello, como la entidad no demostró haber informado al reclamante sobre las comisiones antes de contratar la cuenta, en su actuación se apreció un posible quebrantamiento del artículo 11 de la Orden EHA/1608/2010.

### 6.3.4 Cuentas en divisas

Este DCMR estima que, en este tipo de cuentas, las entidades deben velar por que el contenido de los contratos 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 a este respecto la comisión de manipulación.

En el expediente con referencia R-201910118 se reclamaba en relación con un traspaso desde una cuenta denominada en dólares estadounidenses hacia otra en euros, ambas del reclamante. Este DCMR consideró que la entidad debería

haber aportado al expediente prueba de que, antes de formular la orden —en el contrato o inmediatamente antes de ejecutarse la operación— había informado al reclamante del tipo de cambio aplicable, y este había prestado su consentimiento. Como la entidad no aportó prueba de que, antes de ejecutar la orden de traspaso, acordó con el cliente el tipo de cambio que aplicaría a ese servicio de venta de divisa que resultaba necesario (o los parámetros que utilizaría para determinarlo), este DCMR consideró que su actuación había sido contraria a las buenas prácticas y que, además, pudo haber incumplido los artículos 3 y 12 de la Orden EHA/1608/2010.

### 6.3.5 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.

### 6.3.6 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 las 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.

En el expediente R-201900826, el DCMR apreció quebrantamiento de las buenas prácticas por considerar que la entidad había hecho una interpretación del contrato claramente favorable a sus intereses y en perjuicio del cliente, pues de la lectura literal de las condiciones específicas del contrato se podía deducir que la cuenta del reclamante debería gozar de exención en la comisión trimestral de mantenimiento,

ya que se indicaba que gozarían de exención las cuentas cuyo saldo medio fuera superior a 50 euros tanto si estaban inmovilizadas como si no lo estaban. Por el contrario, la entidad consideró aplicable la comisión a todas las cuentas inmovilizadas, incluso a la del reclamante cuyo saldo medio era superior a esa cantidad. El DCMR apreció posible quebrantamiento del artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, recordando el criterio de nuestro Código Civil de que la interpretación de cláusulas oscuras no debería favorecer a la parte que causa la oscuridad.

### 6.3.7 Entrega de documento contractual y conservación de documentos

En cualquier momento de la relación contractual, el titular tiene derecho a solicitar y 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 intervenidos 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 ha venido considerando, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo sobre este asunto, que las entidades han de conservar toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben no solo durante el plazo de seis años, sino al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas.

Este criterio ha adquirido rango legal en virtud del artículo 44 del RDLSP, según el cual el proveedor de servicios de pago conservará la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que le llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Adicionalmente, el citado artículo 44 del RDLSP establece que el proveedor de servicios de pago conservará la documentación y los registros que le permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el título III («Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago») y sus disposiciones de desarrollo, y los facilitará al usuario en caso de que así le sea solicitado, durante, al menos, seis años.

Todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o de la UE aplicables.

En el expediente con referencia R-201910419, el reclamante solicitaba información en relación con la cancelación de un depósito del que era cotitular, junto con otras cinco personas. El DCMR concluyó que la entidad debería haber facilitado al reclamante documentación acreditativa de la fecha en que se había producido la cancelación del depósito y de quién había dado la orden, así como una copia del contrato. El DCMR razonó que, aunque hubieran transcurrido más de seis años desde que se produjeron los hechos, en el caso analizado regía el plazo general de prescripción de 15 años porque se trata de derechos y obligaciones cuya prescripción se inició antes del 7 de octubre de 2015, fecha en que se modificó el artículo 1964 del Código Civil. En consecuencia, se consideró la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas financieras, dado que, al no haber aportado la documentación mencionada, se dejaba al reclamante en situación de indefensión.

Sin embargo, en el expediente R-201901905 se reclamaba contra un cargo mensual de 100 euros que se había estado realizado sin autorización del titular entre 2008 y 2011. Este DCMR recordó la doctrina reiterada por nuestros tribunales<sup>97</sup> en el sentido de que incumbe a los clientes una cierta diligencia y que, una vez recibida la información mediante los extractos, se deben formular oportunamente a la entidad los reparos. Como en este caso la reclamante no negaba haber recibido regularmente los extractos que la entidad aseguraba haberle remitido, este DCMR aplicó la jurisprudencia citada y, por considerar extemporánea la reclamación, entendió que no procedía emitir opinión respecto a esos movimientos, pues ello podría atentar contra el principio de seguridad jurídica, la doctrina de los actos propios y la buena fe.

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 dichos contratos 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, el DCMR entiende que el contrato y las condiciones que le son de aplicación deben facilitarse a los clientes tan pronto como lo soliciten, pues no se considera

---

97 Por ejemplo, SSTs de 31 de mayo de 2007, 19 de junio de 2012, 9 de marzo de 2012 y 25 de febrero de 2013.

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 los de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las partes.

Cuando el objeto de los expedientes de reclamación tramitados por este DCMR ha sido 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, de procesos de fusión de entidades. Este DCMR ha insistido en la importancia de custodiar adecuadamente los documentos que recojan las condiciones contractuales, según prevé la normativa de aplicación. Hay que recordar que las entidades deben estar en condiciones de facilitar a sus clientes, en el momento en que lo soliciten, copia de los contratos formalizados, según se prevé en la norma novena de la Circular del Banco de España 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.

## 6.4 Operativa y funcionamiento de la cuenta

El RDLSP 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.

### 6.4.1 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 acordados en el contrato. La entrega o disposición de fondos debe efectuarse siempre contando con la preceptiva autorización del interesado, como manifestación de su voluntad.

#### *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 8 de este capítulo, «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.

En el expediente de reclamación R-201910460, la reclamante denunciaba el acceso no autorizado a sus cuentas y tarjetas por parte de terceras personas que habían realizado múltiples operaciones, entre ellas 11 transferencias con destino a la misma cuenta. Aunque la reclamante reconocía haber facilitado el número de su tarjeta para hacer la primera disposición, negaba haber facilitado el PIN o las claves. La entidad alegaba que en la primera operación había requerido la introducción del TLO (tres números de tarjetas de coordenadas) y el código de seguridad de un solo uso (OTP) que había enviado al teléfono móvil del cliente, dándose de alta, a partir de ahí, la cuenta de destino como cuenta de confianza, por lo cual no pidió autenticación para las sucesivas operaciones. El DCMR apreció posible vulneración de la normativa y de las buenas prácticas, porque la entidad no aportó el contrato de banca digital que se encontraba vigente cuando se realizaron las operaciones, ni el documento justificativo de la entrega de las claves para operar, no habiendo acreditado, por tanto, que había pactado con el cliente esa forma de prestar el consentimiento para operaciones de pago, como exige el artículo 36 del RDLSP.

En el expediente R-201901311 se reclamaba respecto a cuatro transferencias ordenadas por el sistema Bizum con cargo a la cuenta de una comunidad de propietarios. La entidad alegaba que para activar el sistema de pagos instantáneos se usó una clave de un solo uso (OTP) enviada por SMS al número de teléfono móvil facilitado por el cliente. El DCMR apreció quebrantamiento de las buenas prácticas y usos financieros, porque la entidad pretendía que la comunidad de propietarios reclamante asumiera la pérdida económica, pero no había aportado al expediente el contrato de cuenta o el de banca electrónica, ni acreditación de entrega y recepción de claves por el titular de la cuenta, no demostrando, por tanto, que esa forma de prestar el consentimiento que se había utilizado para las operaciones, mediante claves sustitutivas de la firma, hubiese sido aceptada por el reclamante. Tampoco se consideró demostrado que el procedimiento de autenticación usado fuera reforzado con dos claves independientes.

## 6.4.2 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. También puede darse el supuesto de representación voluntaria, a través de las autorizaciones que, a estos efectos, el titular de la cuenta pudiese dar a tercero (las denominadas «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.

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 supondrá ningún perjuicio para el resto, pues sin la firma de 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 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 en una cuenta puede suscitar las siguientes cuestiones:

- Extensión de sus facultades de actuación: en general, la amplitud o la limitación de las facultades del autorizado dependerán del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta de la misma forma que el titular. Es conveniente que los contratos de cuenta que incluyen autorizados recojan de forma clara, además de los instrumentos de pago que el autorizado puede utilizar para realizar las disposiciones, la extensión de la autorización, especialmente en lo que respecta a la disposición de fondos en descubierto por el autorizado, puesto que esta facilidad supone en la práctica la apertura de un crédito del que deberá responder no el autorizado, sino el titular o los titulares de la cuenta.

Peticiones de información realizadas por un autorizado: entendemos que, salvo pacto en contrario o negativa justificada, el autorizado tendría la facultad de informarse sobre el saldo de la cuenta y, por ello, las entidades deberían atender las peticiones de información del autorizado sin necesidad de exigir que fueran refrendadas 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 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 sobrevenidos.

- 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 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.

#### 6.4.3 Disposiciones en efectivo

##### *Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta*

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» de este capítulo, en particular en el epígrafe 8.5, «Ingresos, retiradas en efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja».

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 soliciten disponer 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 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.

Es decir, aunque resulta posible, y además constituye una práctica frecuente entre las entidades, establecer un plazo de preaviso para disponer del saldo de la cuenta en efectivo (esto es, en billetes y monedas) por encima de un determinado importe, aquellas deben facilitar siempre a sus clientes, como ya se ha indicado más arriba, un medio alternativo y sin coste por el que los clientes puedan disponer de la totalidad del saldo de sus cuentas en el momento en que así soliciten. Esta obligación del depositario deriva de la propia naturaleza jurídica de la cuenta a la vista, debiendo estarse, no obstante, a lo estipulado en el contrato en el caso de que se hubiera establecido alguna limitación relativa a la disposición de los fondos.

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

Con carácter general, en todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y 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. Esta misma diligencia les será exigible en la corrección de los errores detectados.

El DCMR ha venido señalando que la actividad bancaria, al igual que el resto de las actividades humanas, no está exenta de verse afectada por errores de diversa naturaleza, 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 y 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.

En el expediente con referencia R-201902848, la reclamante señalaba que, a pesar de cumplir los requisitos de un programa de exención de comisiones, y tras haberle sido devueltas las cantidades reclamadas ante el DCMR en un expediente anterior, la entidad había continuado cobrándole cantidades indebidas. Pese a que la entidad reconoció que se había producido un error y mostró voluntad de subsanarlo, este DCMR consideró su actuación contraria a las buenas prácticas bancarias, apreciando que se trataba de la reiteración de una conducta que ya había sido analizada en la reclamación que la misma interesada había planteado con anterioridad.

Cuando se trate de operaciones de pago que se ejecuten incorrectamente, habrá de estarse a lo establecido al efecto en la normativa de servicios de pago, y más concretamente en el artículo 43 del RDLSP, 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 13 meses desde la fecha del adeudo o abono, pudiendo pactar las partes un plazo inferior en caso de que el usuario no sea un consumidor. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 8 de este capítulo, «Servicios de pago».

#### 6.4.5 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. En relación con la autorización de las operaciones de pago, el RDLSP regula en su artículo 36 el consentimiento y su retirada, señalando que se considerará autorizada la operación de pago cuando el ordenante haya dado

el consentimiento a su ejecución, e indica que, a falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 8 de este capítulo, «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) firmada en apariencia por él, el DCMR no puede emitir un pronunciamiento sobre la cuestión, 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.

#### 6.4.6 Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros)

Son frecuentes las reclamaciones en las que titulares de cuentas discrepan del cargo unilateral, en concepto de penalización, del precio estimado de una retribución en especie (un regalo promocional) cuando se han dejado de atender los requisitos exigidos para obtener dicha retribución que se encuentran recogidos en las condiciones del contrato suscrito por las partes (como, por ejemplo, no haber cumplido con el tiempo de fidelización). En esos casos, si bien este DCMR reconoce el derecho de las entidades a proceder al adeudo pactado, exige que la actuación de estas sea diligente, de modo que el cargo se produzca inmediatamente después de que sea 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 requiere, 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 para cargar en la cuenta de su cliente la penalización prevista en el contrato. Véase más adelante el apartado 6.4.13, «Liquidación de la cuenta».

#### 6.4.7 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.

En el expediente R-201909922, la reclamante manifestaba que su oficina se había negado a entregarle una prueba sellada de que había facilitado la fe de vida, en un control de pervivencia de la titular de la cuenta, y que solo le puso de forma manuscrita «recibí» con un garabato que no indicaba el nombre del firmante. Este DCMR consideró que el hecho de que la oficina bancaria no le facilitase un documento con el que poder acreditar que había cumplimentado el trámite de control de pervivencia en tiempo y forma dejaba a la titular de la cuenta en situación de indefensión, en caso de que tuviese que defenderse ante el organismo público correspondiente de las posibles consecuencias legales que para la disponibilidad de su pensión le podría ocasionar no haber cumplido dicho trámite. En consecuencia, este departamento apreció que la actuación de la entidad había sido contraria a las buenas prácticas bancarias.

En cuanto a la fecha de abono de las pensiones, se trata de un motivo por el que en muchos casos se presentan reclamaciones. Este DCMR ha recordado que el pago de prestaciones periódicas de la Seguridad Social por parte de las entidades financieras colaboradoras está regulado en normativa ajena a la transparencia y protección de la clientela bancaria; en concreto, el Real Decreto 696/2018, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social, dispone que, una vez abonada la primera mensualidad, los importes de los sucesivos pagos mensuales de pensiones y demás prestaciones de pago periódico deberán figurar en la cuenta de los perceptores, o a disposición del beneficiario en la entidad financiera colaboradora el primer día hábil del mes en que se realice el pago y, como máximo, el cuarto día natural de dicho mes.

En el expediente con referencia R-201901047, el reclamante cuestionaba el retraso con que se efectuaba el ingreso en cuenta de su pensión de la Seguridad Social, pues entendía que dicho organismo ordenaba el pago en torno al día 25 de cada mes, pero el abono no aparecía en su cuenta hasta el día 30 o 31. La entidad alegó que el pago de pensiones se realiza el primer día hábil del mes en el que se realiza el pago y, en todo caso, antes del cuarto día natural de este. Asimismo, informó de que, en pensiones domiciliadas, anticipaba cinco días su cobro por el cajero automático, realizándose el abono en firme el último día hábil del mes. Habiéndose acreditado que la pensión del reclamante era abonada antes del primer día hábil del mes en cuestión, el DCMR consideró que no cabía emitir un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad.



#### 6.4.8 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, por ejemplo, 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 tan pronto como sea posible, 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. Esta advertencia o comunicación debe tener lugar con carácter previo al bloqueo y, de no resultar posible, inmediatamente después de este, a menos que la comunicación de tal información resulte improcedente por razones de seguridad o contraria a cualquier otra disposición normativa, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de bloqueos motivados por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales. A continuación se exponen algunos supuestos que se han analizado durante 2019 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 de cuenta a pyme por revocación del NIF*

La disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria establece, en su apartado 4, lo siguiente:

«La publicación de la revocación del número de identificación fiscal asignado en el *Boletín Oficial del Estado* determinará la pérdida de validez a efectos identificativos de dicho número en el ámbito fiscal. Asimismo, la publicación anterior determinará que las entidades de crédito no realicen cargos o abonos en las cuentas o depósitos bancarios en que consten como titulares o autorizados los titulares de dichos números revocados, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal.»

Cuando la revocación se refiera a una entidad, la publicación anterior también determinará que el registro público en que esté inscrita, en función del tipo de entidad de que se trate, proceda a extender en la hoja abierta a la entidad a la que afecte la revocación una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a esta, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal.»

Además de la publicidad que de la revocación de un NIF se realiza a través del sitio web del *Boletín Oficial del Estado* ([www.boe.es](http://www.boe.es)), se señala que, para conocimiento general del público, la Agencia Tributaria ofrece, en su sede electrónica, un enlace en el que es posible consultar el listado de acumulado de los NIF revocados y rehabilitados<sup>98</sup>.

En el expediente R-201913119, el administrador de una mercantil cuestionaba el bloqueo de la cuenta de la sociedad administrada, efectuado por la entidad a raíz de la publicación en el *BOE* de la revocación de su NIF. Este DCMR consideró que la entidad había actuado de acuerdo con la disposición adicional sexta antes transcrita al restringir la operativa de la cuenta, pero finalmente emitió pronunciamiento contrario a la entidad por no haber acreditado que hubiera comunicado el bloqueo a su cliente en el momento de ser adoptado.

#### *Bloqueo motivado por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*

Las cuestiones referentes a esta materia son objeto de tratamiento específico en el apartado 6.4.18 de este capítulo.

---

98 [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Campanas/Censos\\_\\_NIF\\_y\\_domicilio\\_fiscal/Empresas\\_y\\_profesionales\\_\\_Declaracion\\_censal\\_\\_Modelos\\_036\\_y\\_037/Tramitacion\\_y\\_consultas/Consulta\\_deNIF\\_revocados\\_y\\_rehabilitados/Consulta\\_de\\_NIF\\_revocados\\_y\\_rehabilitados.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Campanas/Censos__NIF_y_domicilio_fiscal/Empresas_y_profesionales__Declaracion_censal__Modelos_036_y_037/Tramitacion_y_consultas/Consulta_deNIF_revocados_y_rehabilitados/Consulta_de_NIF_revocados_y_rehabilitados.shtml).

### *Bloqueo de la cuenta por concurrencia de discrepancias entre cotitulares*

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 que estas no se resuelvan, debiendo las entidades comunicar a los interesados la adopción de dicha medida tan pronto como sea posible y, en todo caso, a más tardar, inmediatamente después de su adopción. De no llevarse a cabo dicha comunicación, el proceder de la entidad se estimaría contrario a las buenas prácticas financieras.

#### 6.4.9 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 ha 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 atender, en primer lugar, al contenido de las cláusulas contractuales de los contratos que se aporten en cada expediente.

Se han analizado casos en los que las entidades bancarias habían utilizado el importe de la pensión o salario de los reclamantes para compensar deudas y se planteaba por estos que no se habían respetado por aquellas los límites que el artículo 607 de la LEC considera mínimos para la supervivencia. En estos supuestos, este DCMR ha partido de la premisa de que las limitaciones que establece la LEC son solo, desde el punto de vista estrictamente legal, aplicables a embargos, y no a otros supuestos de utilización del saldo de la cuenta, como la compensación para saldar deudas a la que nos venimos refiriendo.

No obstante lo anterior, el DCMR considera exigible que las entidades bancarias, al ejercitar el derecho de compensación contemplado en el contrato, desplieguen esa misma especial diligencia o cuidado que se les exige en el caso los embargos y traten de evitar detraer a su favor la cantidad límite que, formando parte del salario o pensión, la ley considera un mínimo vital. Así, este DCMR consideraría buena práctica bancaria que la compensación respetara ciertas pensiones de las que fuera beneficiario el cliente por encontrarse en situación de desamparo, por tener menores a su cargo u otra situación de necesidad; en definitiva, la entidad, al encontrarse ante tal conflicto de intereses, no debería priorizar de modo absoluto su propio interés o derecho a compensar deudas en detrimento del interés del cliente, en caso de que este último se refiera a cantidades percibidas como mínimos vitales para subsistir.

#### 6.4.10 Cuentas con varios titulares o cuentas plurales

En las cuentas plurales, la titularidad corresponde a dos o a 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.

#### 6.4.11 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)*

Son cuentas corrientes conjuntas o mancomunadas aquellas en las que los titulares, aunque pueden efectuar ingresos en cuenta por sí solos, necesitan el consentimiento del resto de los cotitulares para poder efectuar reintegros u otras operaciones que impliquen una disminución del saldo. Este régimen es el que resulta aplicable en caso de que el contrato de una cuenta conjunta no especifique expresamente el régimen de disposición.

Existen también cuentas mancomunadas en las que para la disposición de fondos se pacta 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 de unas determinadas relaciones internas (familiares o de otra índole) entre sus titulares 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, lo que puede entenderse como una modificación del régimen de disposición de la cuenta, que pasaría de indistinta a mancomunada, al requerir para la disposición de los fondos el acuerdo de todos los cotitulares.

Este DCMR mantiene que, en caso de discrepancias internas entre 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) de que se opone 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, los cuales deberán ser informados cuanto antes de la situación producida.

En definitiva, la documentación permite constatar la existencia de discrepancias de la que habla la entidad en sus alegaciones, por lo cual este departamento no encuentra mala práctica en la conducta consistente en cambiar a mancomunado el régimen de la cuenta y exigir la concurrencia de las firmas de los dos cotitulares; se trata de una postura prudente, en tanto los cotitulares no se pongan de acuerdo respecto a la propiedad de los fondos.

En el expediente con referencia R-201903036, el reclamante señalaba que la entidad había cambiado el régimen de disposición de una cuenta, de indistinto a mancomunado, sin contar con su consentimiento, lo que le impedía disponer por sí solo de su dinero. Este DCMR consideró acreditada la existencia de discrepancias entre los titulares respecto a la propiedad de los fondos que justificaban las medidas adoptadas por la entidad y, por ello, concluyó que la actuación de la entidad resultaba acorde a las buenas prácticas financieras.

### *Descubierto en cuentas indistintas*

Aun cuando en cuentas indistintas cualquiera de los cotitulares puede realizar actos de disposición del saldo a través de cualquiera de los medios disponibles para hacerlo, la facultad de cada uno de ellos para generar descubiertos en cuenta y la responsabilidad del cotitular que no los ha provocado son cuestiones que no resultan pacíficas, en la medida en que no han tenido un tratamiento uniforme por parte de la doctrina o de los tribunales de justicia. El DCMR considera que, cuando se dan controversias en relación con la responsabilidad solidaria de los titulares indistintos por los descubiertos ocasionados por uno solo de ellos, y a falta normalmente de determinados extremos que resultarían esenciales para adoptar una decisión fundada, ha de abstenerse de emitir opinión sobre el fondo de la cuestión sometida a su consideración, debiendo los interesados someter aquella, de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

Algunos casos concretos que 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 por uno solo 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.

#### 6.4.12 Modificaciones contractuales

##### *Formalidades y plazos*

La normativa de servicios de pago regula de forma precisa la forma y el plazo en que las modificaciones contractuales efectuadas a instancia de una de las partes (generalmente, la entidad de crédito) deben ser comunicadas a la otra parte (el cliente), dotando así al proceso de determinadas garantías que refuerzan la transparencia.

Así, en el caso de cuentas corrientes a la vista, conforme al artículo 33.1 del RDLSP, se distinguen dos tipos de modificaciones:

- Las que se pueden aplicar de forma inmediata, que son todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente. Desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, se deberá informar al titular sobre ellas en la primera comunicación que se dirija al cliente.
- Las restantes modificaciones contractuales, que deberán efectuarse cumpliendo con el procedimiento establecido en la normativa, que incluye una comunicación de preaviso individualizada que se remitirá obligatoriamente al cliente, en papel u otro soporte duradero, con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha de entrada en vigor de la modificación propuesta.

En cuanto a las modificaciones del tipo de interés o de cambio, el referido artículo 33 señala que podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se



haya acordado en el contrato marco y que las variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados. El usuario de servicios de pago deberá ser informado, no obstante, de toda modificación del tipo de interés lo antes posible, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información. Los cambios en los tipos de interés o de cambio que sean más favorables para los usuarios de servicios de pago podrán aplicarse sin previo aviso.

En ocasiones, cuando las entidades dirigen una comunicación al cliente con la propuesta de una modificación en el contrato de cuenta corriente, le advierten de que se considerará aceptada la modificación en caso de que no se notifique la no aceptación de la modificación propuesta antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor. Esta aceptación tácita de la modificación del contrato marco por parte del cliente solo será admisible, según la normativa de servicios de pago: i) si así se ha convenido en el contrato de cuenta, siendo esta una de las menciones obligatorias del contrato, y ii) si 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 de reclamación R-201904536, este DCMR apreció posible vulneración de la normativa, porque el aviso de modificación que la entidad aportaba no tenía fecha ni dirección de envío y, además, no informaba del derecho del titular de la cuenta a rescindir el contrato sin coste en caso de no aceptar la modificación.

Si bien el DCMR ha venido sosteniendo que las entidades financieras pueden modificar unilateralmente las condiciones de los contratos de duración indefinida siempre que cumplan con los requisitos de notificación previa establecidos en los propios contratos y, en todo caso, en la normativa aplicable, el cumplimiento de estos preceptos puede no ser suficiente en algunos supuestos. Así sucede, por ejemplo, en casos en los que el contrato de cuenta al que afectaba la modificación se encontraba vinculado a un contrato de préstamo hipotecario, entendiéndose el DCMR que las condiciones deben considerarse pactadas de manera inmodificable hasta el vencimiento del préstamo y que, por ello, la aplicación de las modificaciones debe considerarse apartada de las buenas prácticas bancarias aun cuando estas se hubiesen realizado cumpliendo formalmente con los requisitos establecidos en la normativa de servicios de pago.

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 no cargar o retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, este DCMR ha venido estableciendo que, aunque la comisión estuviese contemplada contractualmente, para que la entidad pueda variar el régimen de exención que había venido aplicando, las buenas prácticas y usos bancarios exigen una comunicación previa e individualizada a los clientes afectados en la que se expliquen convenientemente las

nuevas condiciones aplicables y, muy particularmente, el cese de la gratuidad que, hasta entonces, venían disfrutando, con la finalidad de que puedan aceptarlas o rechazarlas, rescindiendo el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad sin coste adicional.

### *Modificaciones contractuales notificadas a través de comunicación a buzón virtuales*

En 2019 se han analizado varios expedientes en los que los reclamantes manifestaban no haber tenido conocimiento de las modificaciones que les habían sido aplicadas a las condiciones de los contratos de cuenta que tenían suscritos con sus entidades con la antelación prevista por la normativa de transparencia. Por su parte, las entidades alegaban que las comunicaciones correspondientes habían sido remitidas al buzón de correo electrónico de la plataforma digital correspondiente con la antelación exigida por la normativa. Sirva de ejemplo a estos efectos el expediente con referencia R-201901581.

En estos casos, este DCMR ha traído a colación la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2017, dictada en el asunto C-375/15, sobre la entrega de información en soporte duradero a través de buzón de correo electrónico integrado en un sitio web de banca electrónica. Según esta sentencia, las modificaciones del contrato marco, que se transmiten por el proveedor de servicios de pago al usuario de estos servicios mediante un buzón de correo electrónico integrado en un sitio web de banca electrónica, solo pueden considerarse facilitadas en un soporte duradero, en el sentido de tales disposiciones, si se cumplen dos requisitos:

- Que el sitio web permita al usuario almacenar la información que se le envía personalmente de manera que pueda acceder a ella y reproducirla sin cambios, durante un período de tiempo adecuado, sin que sea posible ninguna modificación unilateral de su contenido por el proveedor o por cualquier otro profesional.
- Que, si el usuario de servicios de pago está obligado contractualmente a consultar ese sitio web para tener conocimiento de dicha información, la transmisión de esta información se acompañe de un comportamiento activo del proveedor de servicios de pago destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en ese sitio web.

En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado por el TJUE, este DCMR considera que las entidades reclamadas deben acreditar que dieron a conocer a su cliente la existencia y disponibilidad de la información relativa a la modificación contractual de la cuenta en el sitio web (buzón de e-correspondencia) mediante un

comportamiento activo; por ejemplo, mediante el envío de un *e-mail* o de un SMS al correo electrónico o al número de teléfono, respectivamente, que consten en la base de datos de la entidad, para avisarle de que tenía dicha información a su disposición en el buzón de e-correspondencia.

### *Cambio 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 caso de los contratos 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 de 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 como la existencia de saldo deudor en la cuenta, o la existencia de contratos vinculados con saldo cuya titularidad corresponda a la persona que pretende darse de baja, en cuyo supuesto habrá que estudiar las circunstancias invocadas para poder valorar si la negativa resulta contraria a las buenas prácticas.

En el expediente R-201912529, dos cotitulares de una cuenta reclamaban porque la entidad había aceptado la solicitud de baja de la tercera cotitular sin la autorización de los otros dos, que se consideraban perjudicados en sus intereses porque se exoneraba a la tercera persona de responsabilidad económica por el descubierto existente. La entidad bancaria alegaba que accedió a la baja porque la cotitular indistinta propuso abonar la tercera parte del saldo deudor, y que era ajena a las relaciones o pactos privados que pudieran existir entre cotitulares. El DCMR, tras recordar que no le correspondía opinar sobre la responsabilidad de cada cotitular indistinto por los descubiertos, pues este tipo de cuestiones solo pueden ser resueltas por los tribunales de justicia, concluyó que no apreciaba vulneración de las

buenas prácticas bancarias por el hecho de que la entidad hubiera admitido la baja de una cotitular, puesto que la renuncia de un cotitular indistinto tiene el carácter de acto unilateral que no precisa el consentimiento de la entidad ni de los otros cotitulares. No obstante, el pronunciamiento fue contrario a la entidad porque no pudo acreditar que hubiese comunicado oportunamente la baja al resto de los cotitulares, comunicación que el reclamante negaba que le hubieran hecho.

#### 6.4.13 Liquidación de la cuenta

##### *Cobro de comisiones. Casuística*

Una de las cuestiones que se ponen de manifiesto con mayor frecuencia en las discrepancias de los clientes con el proceder de las entidades en relación con los depósitos a la vista se refiere a la 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 discute el reclamante respondió a un servicio efectivamente prestado, que hubiese sido solicitado o aceptado, y si, 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, el titular de la cuenta tuvo ocasión de conocer su concepto y su cuantía 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.

Interesa advertir que el 5 de abril de 2019 entró en vigor la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, que desarrolla las previsiones del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones. Ambas normas regulan, entre otros aspectos, nuevas obligaciones informativas para las entidades, con el fin de permitir la comparabilidad de las comisiones que afectan a los servicios asociados a cuentas de pago. En concreto, se exige a las entidades que utilicen una terminología y unos documentos normalizados en toda la información que faciliten al cliente, tanto en fase precontractual como contractual. La terminología normalizada en relación con la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago se encuentra en el anejo 1 de esta circular e incluye los siguientes servicios: mantenimiento de la cuenta, emisión y mantenimiento de tarjeta (de débito o de crédito), descubierto expreso, descubierto tácito, transferencia, orden permanente, retirada de efectivo (a débito o a crédito) mediante tarjeta en cajeros automáticos, servicio de alertas, negociación y compensación de cheques, y devolución de cheques.

### *Comisión de mantenimiento de la cuenta*

La comisión de mantenimiento de cuenta remunera el servicio prestado e incluye una serie de operaciones que en la práctica bancaria reciben la denominación de «servicio de caja básico», como, en la mayor parte de las entidades, los servicios de ingreso y reintegro en efectivo o las disposiciones mediante cheque, adeudos, 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), u otros servicios o apuntes, 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 de 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 33.1 del RDLSP 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 optan por su cancelación, 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» del epígrafe 6.4.15 de este capítulo.

### *Comisión de administración*

La comisión de administración está generalmente 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 (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, como adeudos e ingresos por conceptos diferentes (por ejemplo, los adeudos de recibos o los apuntes de transferencias ordenadas o recibidas). Este DCMR ha considerado contrario a las buenas prácticas la aplicación de esta comisión que no se pueda demostrar que se cobra por apuntes distintos de los retribuidos por la comisión de mantenimiento.

En los casos en los que los reclamantes han planteado desconocer la existencia, el funcionamiento o el importe de esta comisión, el DCMR ha analizado la redacción contractual dada por la entidad, a fin de verificar si en ella había ambigüedades susceptibles de afectar a su comprensibilidad por parte del cliente que pudieran inducirle a confusión respecto a la coexistencia de una comisión de mantenimiento de la cuenta y otra comisión por administración o por los apuntes correspondientes a otros servicios financieros proporcionados por la misma entidad (ya sean de pago u otros). En la mayoría de los casos no se ha podido identificar que la redacción afectase de manera significativa a la posible comprensión de la existencia de dos comisiones diferentes por cada uno de los conceptos.

#### *Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas*

Tradicionalmente, el DCMR ha venido considerando que, cuando las cuentas se mantienen por imposición de la entidad y son utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo hipotecario o personal, o a los pagos derivados de cualquier otro tipo de operativa, no 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 calificaba como 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 para 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 depósitos, préstamos o créditos, o de otro tipo de productos, bancarios o no), siempre que 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 para consumo ha impuesto la revisión del anterior criterio, 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 o para consumo, y depósitos a plazo—, la normativa que les afecta ha tenido en cuenta dos aspectos en materia de transparencia: la información previa que se ha de suministrar respecto al cobro de la comisión y la inclusión de la comisión en el cómputo 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 dicha comisión pueda ser modificada unilateralmente por parte de la entidad según prevé el artículo 33.1 del RDLSP, (salvaguarda inicialmente prevista en la norma sexta, apartado 2.5.j, de la Circular del Banco de España 5/2012 solo para los préstamos o créditos enteramente excluidos del ámbito de aplicación tanto de la Ley 16/2011 como de la Orden 2899/2011, pero que este DCMR, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, viene extendiendo a todos los servicios bancarios).

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—, este DCMR no considera apartado de las buenas prácticas bancarias el cobro de comisiones en las cuentas instrumentales o vinculadas a dichos servicios, aunque se utilicen exclusivamente para la gestión de estos, siempre y cuando se cumpla con las exigencias establecidas en la respectiva normativa (según se encuentren vinculadas a la gestión de un producto u 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 cumplieran 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 calificaría como contrario a las buenas prácticas bancarias o, en su caso, a la normativa de transparencia de aplicación.

#### *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 pagar un cheque o un reintegro contra su libreta en una sucursal distinta de aquella en la que se abrió la cuenta.



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 ese servicio, siempre y cuando hubiera informado debidamente al cliente acerca de esta antes de prestar dicho servicio, de modo que este hubiese tenido la oportunidad de desistir.

#### *Comisión por emisión de cheque bancario*

En algunos expedientes 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 habitualmente aceptados en el tráfico como documentos de pago seguros, por ser una entidad de crédito la obligada en la promesa de pago contenida en el documento. 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, en la medida de lo posible en el mismo momento en que el cliente encarga a la entidad su emisión y, en todo caso, antes de la entrega del cheque. Ello es especialmente exigible cuando se trate de cuentas o de clientes que gozan de exención de comisiones, para evitar posibles sorpresas.

#### *Comisión por 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 expedientes en los que el reclamante no consideraba ajustado a la normativa el cobro de timbres por el ingreso de pagarés «no a la orden».

En estos casos, el DCMR, una vez hecha la advertencia de que en el fondo de la reclamación subyace una cuestión tributaria y, por lo tanto, no bancaria, recuerda 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».

#### *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 8, 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 operaciones, 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.

### *Comisión por transferencia*

Entre los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, se encuentran el de transferencia y el de orden permanente, ambos incluidos en la lista de servicios más representativos que fue publicada en el anejo 1 de la Circular 2/2019; por ello, tanto en la información precontractual y en las explicaciones previas como en el contrato (según la norma sexta de la circular) se debe hacer alusión a dichos servicios.

Sin embargo, este DCMR ha observado en algunos expedientes de reclamación que las entidades bancarias prestaban el servicio de transferencia de fondos de la cuenta y cobraban por ese servicio una comisión, pero en el contrato marco de la cuenta de pago, al amparo del cual se hacían esas transferencias del saldo de esta, no se incluía alusión alguna a la comisión aplicable a las transferencias. En todos esos expedientes en los que el contrato marco, al amparo del cual se efectuaban las transferencias, no contenía información sobre la comisión aplicable al servicio de transferencia (entre otros, el R-201906140 y el R-201908343), este DCMR apreció posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, y ello con independencia de que la entidad informara en cada caso del importe de la comisión en el momento de ejecutar cada transferencia.

### *Gastos por reclamación de posiciones deudoras*

La repercusión a los clientes de los costes que la entidad ha de asumir por la gestión de la recuperación de las posiciones deudoras —lo que tradicionalmente se ha llamado «comisión de reclamación de posiciones deudoras»—, sean estas vencidas o por descubiertos tácitos, es una práctica bancaria que tiene por objeto resarcir a

la entidad de los costes incurridos derivados de la gestión prudente de estos saldos, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada situación y enmarcarse en la realización de las gestiones concretas e individualizadas de recuperación del saldo que permitan evitar situaciones más perjudiciales para ambas partes, como el vencimiento anticipado de la operación o el ejercicio de acciones judiciales.

El Servicio de Reclamaciones y su sucesor —el actual DCMR— han ido asentando los criterios para el adecuado cobro de dicha comisión, que se han ido reflejando en las distintas memorias anuales publicadas.

No obstante, circunstancias acaecidas en fechas recientes han propiciado que, por parte del DCMR, se haya resuelto acometer una revisión de los criterios tradicionalmente aplicados. En primer lugar, la entrada en vigor de nueva y relevante normativa de protección del cliente de servicios bancarios requería analizar su mejor encaje en la contratación bancaria, adoptando una posición acorde a su naturaleza y fundamento<sup>99</sup>. En segundo lugar, la sentencia n.º 566/2019 de la Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2019, del Tribunal Supremo<sup>100</sup> exige que la repercusión de este cargo se alinee con el contenido de esta.

Así, se establecen los siguientes nuevos criterios de buenas prácticas para la repercusión de gastos por reclamación de posiciones deudoras:

- 1 *Será imprescindible su previsión y concreción en la información precontractual y contractual, de modo transparente y de acuerdo con el*

---

99 Con carácter general, en la normativa de transparencia relativa a contratos bancarios celebrados con consumidores, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, se contempla la posibilidad de adeudar cargos distintos de intereses, derivados de una posición deudora vencida del cliente, conceptuándose estos como gastos. En este sentido: i) la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, establece, en su artículo 28.2, que «los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista por los costes que le acarree el impago»; ii) la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece en su artículo 4(12): «[...] gastos que puedan cargarse al prestatario por incumplimiento de los compromisos asumidos en el contrato de crédito»; iii) la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo determina, en su artículo 16.2 (l): «[Además de las condiciones esenciales del contrato, el documento deberá especificar, de forma clara y concisa, los siguientes datos:] l) El tipo de interés de demora aplicable en el momento de la celebración del contrato de crédito y los procedimientos para su ajuste y, cuando proceda, los gastos por impago», y iv) 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, anejo 5, «Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses», especifica la posibilidad de informar sobre comisiones y gastos repercutidos por «reclamación de deudas impagadas» para el caso de créditos o préstamos y tarjetas de crédito.

100 Sentencia n.º 566/2019 de la Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2019, del Tribunal Supremo, que, si bien parte de lo establecido en la normativa de transparencia y los criterios de buenas prácticas del Banco de España para el cobro de esta comisión (aunque, erróneamente, se refiere a la «comisión de descubierto»), lo cierto es que introduce una valoración sobre la indeterminación de una cláusula contractual, cuya potencial aplicación por el Banco de España requeriría de análisis detallado respecto a la forma en la cual se debe aplicar, toda vez que la valoración de las cláusulas contractuales es competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

contenido mínimo de la Orden EHA/2899/2011<sup>101</sup> y de la Circular del Banco de España 5/2012<sup>102</sup>, así como de las especificidades que la normativa sectorial reserve a cada tipo de producto o servicio bancario.

2 Además, *en dicha información* se deberá recoger lo siguiente<sup>103</sup>:

- El importe concreto de los gastos a repercutir, que deberá ser acorde con los costes efectivamente soportados por la entidad. Dichos gastos podrán ser distintos en función del canal empleado y, como tales, deberán especificarse en la cláusula que los contemple.
- El canal empleado para efectuar las comunicaciones, que deberá ser el adecuado, de forma que guarde proporcionalidad con el saldo reclamado. Podrán establecerse umbrales de deuda mínimos exentos de su aplicación, de los que deberá ser informado el cliente.
- La previsión de la incompatibilidad de este gasto con otras penalizaciones, en la medida en que se enmarca en la reconducción del pago de la deuda.
- La imposibilidad de reiteración del gasto para un mismo saldo impagado, ni siquiera cuando, en caso de impago en el tiempo, este se prolongue en sucesivas reclamaciones.

3 Finalmente, *de producirse el efectivo devengo* de estos gastos:

- Se deberá informar de estos con carácter previo a su cargo, preferiblemente en la propia comunicación.
- No cabrá el cobro de más de una comunicación para un mismo saldo impagado, ni siquiera cuando este se prolongue en sucesivas liquidaciones.

---

101 El artículo 7.3 de la orden señala lo siguiente: «Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos: [...]

«c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos.»

«h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.

i) Los demás que establezca el Banco de España.»

102 La norma décima, apartado 3, indica lo siguiente: «[...] los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. [...] El contrato deberá reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre el cliente y la entidad, evitará el uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, explicará adecuadamente el significado de los mismos. No se incluirá en el contrato ningún concepto que resulte innecesario o irrelevante para su correcta aplicación e interpretación.»

103 En el caso de descubiertos tácitos en depósitos a la vista concedidos a consumidores, deberán respetarse los límites legalmente establecidos, si bien la concreción de estos cargos en lo que a descubiertos tácitos se refiere se encuentra en revisión por parte de este DCMR.

- Las comunicaciones deberán ser respetuosas con la privacidad del cliente, proporcionales a los deberes de información y no resultar excesivas.

Estos nuevos criterios serán de aplicación para la resolución de las reclamaciones recibidas transcurridos tres meses desde la publicación de la presente Memoria.

### *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 la normativa de servicios de pago 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 acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor.

Este DCMR considera que, dado que la entidad no puede repercutir más que los costes en que efectivamente se ha incurrido, por cuenta de terceros, en cada envío, no sería admisible que:

- Se adeudaran tantos gastos de correo como documentos remitidos en el mismo envío, pues aceptarlo implicaría un lucro improcedente para la entidad.
- Se hiciera recaer en el cliente el importe íntegro del gasto si el envío es aprovechado por la entidad para incluir información adicional a la pactada o información no requerida ni aceptada previamente por el cliente.

Tampoco se considera 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 el apartado 6.4.14, «Descubierto en cuenta»).

### *Retribución en especie*

En ocasiones, las entidades ofrecen regalos promocionales por la formalización de cuentas o por la vinculación de determinadas operaciones a cuentas preexistentes (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 las campañas de fidelización de los clientes por la utilización o el 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, suficientemente clara respecto a los requisitos necesarios para obtenerlo.
- No acreditan haber informado desde el principio a aquellos clientes que no pueden beneficiarse de la promoción, y estos desarrollan una serie de actuaciones, 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 forma que los traspasos no podían tramitarse a tiempo.
- Deniegan la entrega del regalo, por haberse acabado las existencias, sin justificar debidamente el orden de adjudicación.
- Modifican las comisiones durante el período de permanencia que, a cambio de la entrega del regalo, acordaron las partes que 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 del Banco de España 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.

#### 6.4.14 Descubierta en cuenta

El descubierta 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.

La normativa de aplicación a estos supuestos es el RDLS, sin perjuicio de lo dispuesto en la LCCC, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esta naturaleza (art. 2.3 del RDLS).

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 descubierta 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, los tipos de interés o los 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 calcular el coste del servicio; en particular, el documento de liquidación de descubierto tácito deberá contener todos los datos que enumera el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular 5/2012: período de la liquidación, importe y duración del descubierto (o de los descubiertos si hubiera varios en el período), saldo medio deudor, tipo de interés e intereses resultantes, comisiones con su concepto, base y período de devengo, y TAE.

Además, la Circular 2/2019 incluye tanto el descubierto expreso como el tácito en la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, con todo lo que ello implica en relación con la información precontractual y contractual que debe facilitarse al cliente, así como con la terminología normalizada en las comunicaciones que se le remitan.

#### *Liquidación de descubierto. Intereses y comisión por descubierto. Límite y criterio de buenas prácticas respecto del período de liquidación*

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 que se hubieran estipulado en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la ley.

Así, la LCCC establece en su artículo 20.4<sup>104</sup> que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan a consumidores en forma de descubiertos tácitos en sus cuentas corrientes a la vista un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, el DCMR ha observado que algunas entidades realizan liquidaciones de descubierto por períodos de seis meses. A la vista de estos casos, el DCMR ha dispuesto que practicar la liquidación de un descubierto tomando como base un lapso temporal muy dilatado no sería conforme con las buenas prácticas bancarias, pues la retribución en forma de comisión de descubierto a la que debe hacer frente el cliente se ve incrementada considerablemente cuanto mayor es el período objeto de liquidación, hecho que resulta evidente en algunos de los casos analizados, en los que el descubierto en cuenta había permanecido escasos días.

En este sentido, como criterio de buena práctica bancaria, el DCMR entiende que el período de liquidación no debería extenderse más allá de los tres meses, teniendo

---

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

como fundamento el apartado II del anexo I de la LCCC, que dispone, entre otras cosas, que, «si la duración de la posibilidad de descubierto no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de tres meses».

En el expediente R-201900334, el motivo de reclamación eran las llamadas «comisiones por mayor saldo en descubierto» aplicadas en una cuenta a la vista, pues el reclamante consideraba que la información sobre estas había sido poco clara, dado que no permitía conocer el saldo que se había tomado como base para el cálculo ni el coste efectivo de la TAE para comparar con otra facilidad crediticia alternativa. La entidad alegaba haber cumplido con la normativa y que el reclamante había tenido acceso al documento de liquidación en su banca electrónica. Este DCMR consideró la actuación de la entidad apartada de las buenas prácticas y usos financieros, porque, siendo el titular de la cuenta un consumidor, había liquidado el descubierto tomando como base un período de liquidación de duración superior a un trimestre; y también por haber omitido explicaciones, adaptadas al nivel de comprensión de su cliente, respecto a los cálculos efectuados para liquidar la comisión.

#### *Comisión de descubierto*

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 similar 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. Este DCMR considera contrario a las buenas prácticas que la comisión se aplique por descubiertos cuya apertura tuvo como única causa el cargo de comisiones en la cuenta.

Es preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, 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 y con todos los datos necesarios para comprender cómo se calculó.

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 «Comisión de reclamación de posiciones deudoras» del epígrafe 6.4.13, «Liquidación de la cuenta»), pues cada

una de ellas retribuye servicios distintos. Efectivamente, mientras que la comisión de reclamación de posiciones deudoras se aplica por las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el saldo impagado, la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente.

La comisión por la apertura de descubierto debe incluirse en el cómputo del límite máximo que establece 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 parte, es el elemento fundamental de información al cliente sobre las condiciones aplicables a cada operación de pago que se asiente en aquella.

#### 6.4.15 Obligaciones de información a los clientes

##### *Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta*

Sin perjuicio de la información que se ha de incluir en el contrato de cuenta a la vista, y dado que, frecuentemente, este no contempla todas las posibles operaciones que se realizarán 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 facilitar, a solicitud de sus clientes, con carácter previo a la ejecución de operaciones de pago sujetas a un contrato marco de cuenta de pago: el plazo máximo de ejecución y los gastos, con su desglose.

##### *Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones*

La OSP obliga a las entidades a facilitar al titular de la cuenta de pago, ya intervenga como ordenante o como beneficiario, después de la ejecución de cada operación, sin demoras injustificadas, al menos con periodicidad mensual, en papel o en otro soporte duradero, la información que señalan sus artículos 15.1 y 16.1, que incluirá al menos: fecha, concepto e importe y gastos.

Dicha obligación también resulta de la Orden EHA/2899/2011 (OTP, art. 15.1, párrafo segundo) y de 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 información, como acreditación de cada operación realizada, y haciendo efectiva su entrega en soporte duradero siempre que el cliente lo solicite.

## *Información periódica*

### **i) Extractos mensuales**

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. No obstante, sobre este particular resulta relevante el hecho de que los titulares de cuentas bancarias utilizan cada vez con mayor frecuencia el canal telemático para la consulta de movimientos.

Conforme al artículo 15.1 (párrafo primero) de la OTP, en relación con los depósitos a la vista, la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012 y los artículos 15.2 y 16.2 de la OSP, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes.

Y la transparencia que debe inspirar la relación de las entidades con sus clientes exige que los conceptos que identifiquen los movimientos de la cuenta sean suficientemente clarificadores sobre la naturaleza de la operación.

Para controversias planteadas bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de todas las memorias precedentes de este DCMR sobre la cuestión.

### **ii) Estado de Comisiones**

La reciente normativa (Real Decreto-ley 19/2017, de 14 de marzo, desarrollado por la Circular 2/2019, de 4 de abril) introdujo este documento informativo con el fin de mejorar la transparencia y comparabilidad de las comisiones asociadas a cuentas de pago. Se debe entregar gratuitamente, uno para cada cuenta de pago, en enero de cada año. Debe ser breve, claro y preciso, con caracteres de tamaño adecuado para su fácil lectura. Llevará en su parte superior el título de «Estado de Comisiones» y un símbolo propio que lo distinguirá de otros documentos. Incluirá todas las comisiones cobradas en el año anterior por servicios asociados a la cuenta del pago, utilizando

la terminología normalizada de la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago (publicada en el anejo 1 de la circular arriba citada), con el desglose de las comisiones unitaria y total aplicadas a cada servicio y del número de veces que el servicio se utilizó. En caso de servicios combinados en un paquete, se indicará la comisión aplicada al conjunto del paquete, el número de veces que se cobró y la comisión (unitaria y total) adicional cobrada por servicios no incluidos en el paquete. También incluirá los tipos de interés acreedor y deudor aplicados a la cuenta y el importe total de los intereses devengados en el período.

### iii) 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 formalizado. Transcurrido un tiempo sin que el cliente realice movimientos en la cuenta, algunas entidades la pueden clasificar como «inactiva», pero solo a efectos internos.

Ahora bien, una cosa es que la entidad, con carácter general, se encuentre legitimada para el cobro de comisiones de mantenimiento en supuestos en los que la cuenta presenta saldo cero o no registra movimientos, y otra cosa bien distinta es que gire en esa cuenta por tal motivo —el cargo de comisiones de mantenimiento— liquidaciones por ese descubierto, que se generó exclusivamente en provecho de la entidad para poder cargar tales comisiones; 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.

### iv) Saldos en presunción de abandono

A este respecto, interesa recordar que la obligación a cargo de las entidades de facilitar información sobre depósitos en desuso se contempla en la Circular del

Banco de España 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 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 recogen las siguientes obligaciones de la entidad:

- 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.

En el expediente de reclamación R-201721525, completado y resuelto en el ejercicio 2019, el reclamante, que había solicitado a la entidad bancaria el abono de intereses de unos depósitos que en su día tenía y le anunciaba su intención de retirar el saldo, se mostraba extrañado por la respuesta recibida de la entidad, la cual consideraba poco clara y abusiva. Este DCMR consideró que el escrito de respuesta de la entidad al reclamante se limitaba a informar del traspaso de la propiedad al Estado que según la entidad se había producido, pero carecía de explicaciones suficientes para el cliente y no aportaba ninguna documentación acreditativa de la fecha y el modo en que tuvo lugar el traspaso de fondos al Estado, lo cual dejaba al reclamante en situación de indefensión y, a su vez, evidenciaba un mal funcionamiento del servicio de atención al cliente, hecho que se consideró constitutivo de mala práctica bancaria.

#### 6.4.16 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 bancaria (art. 32, apartados 1 y 4, del RDLSP).

##### *A iniciativa de la entidad bancaria*

De acuerdo con el RDLSP, de acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver un contrato celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses.

La cancelación unilateral de cuentas por parte de la entidad es una actuación que puede resultar lesiva para los intereses del cliente. Por ello, y para evitar en lo posible que la cancelación se realice de modo sorpresivo para el interesado, este DCMR viene exigiendo que las entidades acrediten no solo que el aviso de cancelación fue notificado en el domicilio contractualmente establecido, sino que se utilizaron, además, los otros medios de comunicación disponibles (fundamentalmente, el correo electrónico) que pudiera haber facilitado el cliente y resulten más idóneos en el caso de que se trate. También puede ocurrir que las entidades decidan cancelar unilateralmente una cuenta a resultas de las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Véase a este respecto lo indicado en el epígrafe 6.4.18 de este capítulo.

En ocasiones las entidades avisan a su cliente de la resolución contractual respetando el plazo de antelación previsto en la norma, pero proceden simultáneamente a implementar de forma inmediata determinadas restricciones operativas o bloqueos en las posiciones afectadas, sin referir una mínima justificación sobre su actuación,

como pudiera ser, por ejemplo, la mera referencia a la observancia de sus obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales. Con esta actuación estarían partiendo de la premisa de que la facultad de resolver unilateralmente el contrato, preavisando con una determinada antelación, ampara por sí sola el bloqueo inmediato de la cuenta.

Efectivamente, el bloqueo podría tener un carácter accesorio respecto a la cancelación de la cuenta, derivado de la propia dinámica de la ejecución de la cancelación en aquellos casos en los que, expirado el plazo de preaviso, la entidad pone finalmente los fondos a disposición del titular de la cuenta cancelada, sin que sea ya posible, lógicamente, operar más con esta. Sin embargo, en los casos en que la entidad bloquea la cuenta sin que haya expirado el plazo de preaviso, dicho bloqueo, en cuanto medida restrictiva de los derechos de los clientes, deberá ser justificado y motivado de manera independiente, según lo expuesto en el epígrafe 6.4.8 de este capítulo, correspondiente a bloqueos.

En el expediente con referencia R-201907357, la reclamante, en el marco de un proceso de divorcio, había solicitado que la cuenta que compartía con su marido pasara a ser mancomunada, y la entidad había atendido su petición. Pasado un tiempo, la entidad adoptó la decisión unilateral de cancelar la cuenta, poniendo el saldo resultante a disposición de los titulares. La reclamante cuestionaba, en primer lugar, que la cuenta hubiera sido cancelada por la entidad y, en segundo lugar, que no se le permitiera disponer de la mitad del saldo resultante por sí sola. El pronunciamiento del DCMR fue favorable a la entidad, por cuanto había cancelado la cuenta de forma acorde con lo establecido en la normativa de servicios de pago y consideró que, dado que la forma de disposición de la cuenta era mancomunada, del saldo resultante debía disponerse de forma conjunta por los titulares de la cuenta.

#### *A iniciativa del cliente*

Por su parte, 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 (a no ser que existan contratos para cuya gestión sea necesario el mantenimiento de la cuenta). La resolución de un contrato marco será gratuita para el usuario de servicios de pago, a no ser que el contrato haya estado en vigor durante menos de seis meses. En este último caso, cualquier comisión o gasto aplicable por la resolución del contrato marco será adecuado y acorde con los costes. De las comisiones y los gastos que se cobren periódicamente por los servicios de pago, el usuario de servicios de pago solo abonará la parte proporcional adeudada hasta la resolución del contrato. Cuando dichas comisiones y gastos se hayan 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, como talonarios de cheques o tarjetas.

Durante 2019 se han recibido 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 esta 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.

Con ocasión de la tramitación de este tipo de expedientes, de los que puede servir como ejemplo el de referencia R-201904044, este departamento ha recordado que la ausencia de formalización por escrito de las instrucciones dadas conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia cuando esta fuese objeto de discusión. Por ello, resulta esencial en la práctica bancaria que se recojan por escrito las instrucciones, las solicitudes o los acuerdos, y se conserve copia de los documentos correspondientes, con sello o firma en señal de su recepción, recomendándose 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 pudo darse 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—.

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.

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.

En otras ocasiones, los reclamantes han planteado que la entidad no les permitía solicitar a distancia la cancelación de sus cuentas, sino que exigía que debían solicitarla físicamente en la oficina bancaria. En los contratos, además, estaba pactada la operativa de banca a distancia mediante usuarios y claves sustitutivos de la firma manuscrita. Este DCMR ha considerado la actuación descrita de las entidades contraria a las buenas prácticas en los casos en que no acreditaron que estuviera pactada contractualmente la exigencia de que la cancelación debía ser ordenada de manera presencial.

En el expediente con referencia R-201900085, la parte reclamante manifestaba su disconformidad, entre otras cuestiones, por la desatención de la orden de cancelación de su cuenta, que no fue cumplimentada hasta pasadas cuatro semanas. El pronunciamiento del DCMR fue contrario a la entidad, dado que la normativa de servicios de pago establece un plazo de 24 horas para la ejecución de la orden de cancelación y la entidad no efectuó ninguna alegación sobre dicha demora.

En el expediente de reclamación R-201902094, el cotitular de una cuenta había presentado años antes un escrito en el que solicitaba la cancelación, sellado como prueba de su recepción por la entidad. En sus alegaciones, la entidad afirmaba no haber podido atender la solicitud de cancelación porque la cuenta se hallaba vinculada a un seguro de vida, de lo que la sucursal bancaria habría informado al cliente. Dado que la entidad no aportó prueba escrita de haber respondido a la solicitud que había recibido, al menos en sentido denegatorio, este DCMR apreció vulneración de las buenas prácticas por falta de claridad con el cliente, que se manifestaba sorprendido porque años después la cuenta seguía abierta.

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 «Cambio de titulares», dentro del epígrafe 6.4.12, «Modificaciones contractuales».

#### *Reapertura de cuentas canceladas*

Se considera una mala práctica bancaria la reapertura de cuentas previamente canceladas para adeudar importes pendientes. Entendemos que las entidades pueden negarse a la pretendida cancelación si hubiera liquidaciones pendientes de adeudo, circunstancia de la que deben advertir; sin embargo, si acceden a la cancelación de la cuenta, no estarían, en modo alguno, habilitadas para reabrirla posteriormente.

#### 6.4.17 Traslado de cuentas de pago

Dentro de las novedades regulatorias acaecidas en los últimos años en el 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 comparabilidad 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, la cual prevé el establecimiento de un procedimiento armonizado para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma ágil y rápida.

En virtud del real decreto-ley y de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, los proveedores de servicios de pago deberán facilitar el traslado eficaz y ágil de las cuentas de pago, colaborando activamente e intercambiando toda la información que resulte necesaria, llevando a cabo las acciones señaladas en la orden en un plazo de 12 días hábiles y siendo dicho servicio gratuito para el cliente.

Esta normativa sienta las bases del procedimiento que se debe seguir para llevar a efecto el traslado y establece el deber de reembolsar, con la mayor brevedad posible, el perjuicio financiero que pudiera, en su caso, ocasionarse al cliente. También contempla la posibilidad de denegar el traslado del saldo, cuando existan obligaciones de pago exigibles y pendientes de cargo.

La Orden ECE/228/2019 establece el procedimiento concreto que se ha de seguir cuando se recibe una solicitud de traslado de cuenta de pago. Este procedimiento será iniciado por el proveedor de servicios de pago receptor tras la presentación de la correspondiente solicitud. El cliente deberá cumplimentar un formulario que autorice al proveedor de servicios de pago receptor a obtener cierta información necesaria para el traslado, así como a realizar una serie de actuaciones contempladas en el proceso. Este, por su parte, deberá, en el plazo de dos días hábiles, solicitar al proveedor de servicios de pago transmisor que le facilite la lista de órdenes permanentes, transferencias y adeudos, así como información relativa a transferencias entrantes y emitidas de la cuenta de pago original. Finalmente, en el plazo de cinco días hábiles desde la recepción de la información anterior, el proveedor de servicios de pago receptor deberá abrir la nueva cuenta, establecer las correspondientes órdenes permanentes, llevar a cabo los preparativos necesarios para la aceptación de adeudos domiciliados y comunicar los datos de la nueva cuenta a los ordenantes de transferencias periódicas y a los beneficiarios de los adeudos. Dentro de este mismo plazo, el proveedor de servicios de pago transmisor, a su vez, tendrá que cancelar las correspondientes órdenes, transferir el saldo acreedor de la cuenta y proceder a la cancelación de la cuenta original, en caso de que el cliente así lo haya solicitado.

Ya el artículo 15.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y, en desarrollo de esta, la Circular 5/2012, de 27 de junio, en su norma quinta, punto 5, establecían 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 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.

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 escala comunitaria por el Comité Europeo de Industria Bancaria, 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, las reclamaciones deberían formularse contra ambas entidades, aportando los datos concretos de la operación de traspaso que consideren defectuosamente realizada, las fechas en que fue solicitado el traspaso y en que fue efectuado, la demora y cuantos datos sean necesarios para comprobar si el procedimiento se realizó correctamente, toda vez que el DCMR solo puede pronunciarse sobre operaciones concretas y debidamente documentadas.

El procedimiento descrito en el Real Decreto-ley 19/2017 no ha sido objeto de reclamación en 2019. A este respecto, podríamos apuntar la casuística que deriva de las discrepancias en relación con sus solicitudes de «traslado» o «reasignación» de cuentas entre oficinas de una misma entidad, invocando aquel procedimiento para justificar un supuesto derecho de los clientes frente a la entidad. Así, en el expediente R-201909846 la parte reclamante solicitaba el traslado de su cuenta de una oficina a otra de su entidad, aduciendo que esta estaba obligada a acceder a su pretensión en virtud de lo previsto en el Real Decreto-ley 19/2017 respecto al traslado de cuentas. La entidad, por el contrario, si bien no se negaba a lo solicitado, entendía que se trataba de una mera reasignación interna de cuentas y se remitía para la realización de esta a determinados protocolos internos. El caso planteado tenía la particularidad de que se trataba de una solicitud de traslado de cuenta entre oficinas de la misma entidad, en el que solo interviene un proveedor de servicios de pago, que reunía simultáneamente las condiciones de emisor y receptor. El DCMR consideró que en el caso planteado no resultaban de aplicación las disposiciones del Real Decreto-ley 19/2017, entre otras razones, porque no concurría el presupuesto de apertura de cuenta nueva alguna, por lo que no había llegado a iniciarse ningún proceso de traslado, ni a generarse ninguna obligación derivada de este.

#### 6.4.18 Medidas restrictivas sobre cuentas corrientes adoptadas por las entidades en cumplimiento de exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo, establecen determinados supuestos en los que las entidades financieras, como sujetos obligados a esta normativa, deben abstenerse de mantener relaciones de negocio o de ejecutar operaciones. Así:

- En ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas (art. 3.1 de la Ley 10/2010).
- Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida previstas en la Ley 10/2010. Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocios, los sujetos obligados pondrán fin a esta (art. 7.3 de la Ley 10/2010).
- Los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar cualquier operación respecto a la que exista indicio o certeza de que está relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (arts. 18 y 19 de la Ley 10/2010).



- Los sujetos obligados documentarán sus procedimientos de control interno en un manual de prevención, que comprenderá, entre otros aspectos, una descripción de los clientes que potencialmente puedan suponer un riesgo superior al promedio y de las medidas que se habrán de adoptar para mitigarlo, incluidas, en su caso, la negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones, o la terminación de la relación de negocios (artículo 33.1 del RD 304/2014).

Más en particular, la Ley 10/2010 establece:

- En su artículo 5, la exigencia de obtener información sobre el propósito y la índole prevista de la relación de negocios. En particular, para tal fin podrán recabar de sus clientes información necesaria para conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial, así como adoptar medidas que permitan comprobar razonablemente la veracidad de la información.
- Asimismo, en 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. Para llevar a cabo este escrutinio es necesario que el sujeto obligado conozca el perfil empresarial y de riesgo del cliente, al objeto de conocer qué operaciones no se ajustan a este y deben ser objeto, en su caso, de lo que el artículo 17 de la ley llama «examen especial».
- En su 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, debiendo poner fin a la relación de negocio cuando esta imposibilidad se aprecie en el curso de esta. También se establece 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 aquellas<sup>105</sup>.

Las referidas obligaciones fueron desarrolladas por el reglamento de la Ley 10/2010, aprobado 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

---

105 En la misma línea, el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, en sus artículos 6 y 7, establece que las entidades de crédito podrán resolver unilateralmente un contrato marco de cuenta de pago básica en los casos en que el cliente no haya aportado la documentación o información requerida en el curso de la relación de negocios, determinando la imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida u otras obligaciones previstas en la Ley 10/2010, de 28 de abril. Y, además, que, cuando el contrato se resuelva por dicha razón, la resolución será efectiva de forma inmediata y «sin necesidad de justificación».

relación, a fin de garantizar que coinciden con la actividad profesional o empresarial del cliente y con sus antecedentes operativos, así como asegurar 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.

La obligación que tienen las entidades financieras de no ejecutar operaciones o de abstenerse de mantener relaciones de negocio en los casos antes señalados se instrumenta, en la práctica, mediante un conjunto de medidas restrictivas, que pueden comprender cancelaciones, bloqueos o restricciones operativas de las cuentas de sus clientes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el DCMR considera que la adopción de tales medidas por parte de las entidades financieras, en los casos en que fundamenten su actuación en la observancia de la normativa y de las obligaciones legales que les afectan —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, en principio, contraria a la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria ni a las buenas prácticas financieras.

En numerosas ocasiones se han planteado ante este DCMR reclamaciones en las que los interesados cuestionaban la pertinencia de que por parte de las entidades financieras se hubiera procedido a adoptar determinadas medidas restrictivas. En estos supuestos se viene indicando que el DCMR no resulta competente, con carácter general, para pronunciarse sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las entidades en cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Debe tenerse en cuenta, además, que las entidades financieras están sujetas a ciertas obligaciones de reserva en relación con sus actuaciones en esta materia, reserva que opera tanto frente a los particulares como frente a este departamento. Así pues, en estos casos, la alegación de la entidad de que actuó en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales determinará, en términos generales, la ausencia de pronunciamiento del departamento sobre la pertinencia de la adopción de la medida. Todo ello sin perjuicio del derecho del interesado de ejercitar, si lo estima oportuno, las acciones que considere procedentes en defensa de su derecho ante el orden jurisdiccional que corresponda.

Lo expuesto anteriormente no impide que el DCMR pueda analizar determinados aspectos de la actuación de las entidades a la luz de las buenas prácticas bancarias y, en su caso, valorar si la gestión realizada por aquellas ha sido diligente frente a la clientela<sup>106</sup>.

---

106 Los criterios que se reflejan en este apartado han sido comunicados al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

En esta línea de revisión de la actuación de las entidades en estos supuestos, debe apuntarse lo siguiente:

- En los casos en los que los clientes señalan que no fueron informados en su momento de la implementación de la medida restrictiva o de la motivación de esta, este DCMR sostiene que, en aras de un elemental principio de transparencia, así como para evitar en lo posible que los interesados puedan estar sujetos sin su conocimiento a restricciones operativas en sus cuentas, debe examinarse si la entidad comunicó a su cliente la adopción de la medida restrictiva de que se trate. Esta comunicación debe producirse de forma previa o, de no resultar posible, inmediatamente consecutiva a la adopción de la medida, y comprender al menos una genérica motivación de esta o una referencia a la normativa que la ampara. Estas exigencias únicamente cederán en los casos en los que la entidad financiera ponga de manifiesto que en el concreto supuesto planteado habrían concurrido especiales razones de confidencialidad u orden público que puedan determinar la improcedencia de la comunicación o de su contenido antes aludido.

La comunicación se efectuará de acuerdo con lo establecido contractualmente a efectos de notificaciones. No obstante, en consideración a la potencial lesividad de estas actuaciones, este DCMR considera que las entidades deben utilizar además los medios de comunicación disponibles que pudiera haber facilitado su cliente y resulten más idóneos en el caso de que se trate para garantizar que la comunicación se realice de forma efectiva. A estos efectos, en los casos en los que los reclamantes señalen que no recibieron comunicación alguna, las entidades deberán explicitar en sus respuestas y alegaciones los medios de comunicación facilitados por el cliente y aportar detalle sobre la posible utilización, o falta de utilización, de estos.

- Se han planteado reclamaciones en las que se incide específicamente en que la medida restrictiva fue adoptada sin que los interesados fueran advertidos con una antelación razonable. En estos casos, este departamento viene reiterando la idea general de que no resulta competente para pronunciarse sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las entidades, en cumplimiento de las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, y que, por tanto, no puede juzgar tampoco la valoración efectuada por la entidad en cuanto a la necesidad de que la medida fuera adoptada de forma inmediata o en plazos perentorios, excluyendo, en consecuencia, la posibilidad de que pudiera ser advertida previamente al interesado.
- En ocasiones se pone de manifiesto en el expediente que la adopción de la medida restrictiva tiene su fundamento en la falta de atención a

requerimientos genéricos y normalizados de información o documentación realizados en el marco de procesos ordinarios de diligencia debida destinados al conocimiento y la actualización de la actividad económica de los clientes. En estos concretos supuestos, desde la perspectiva de las buenas prácticas, este DCMR puede analizar, en función de las circunstancias planteadas en cada caso, aspectos como los que se enumeran a continuación:

- Si la entidad ha cursado con antelación razonable la solicitud de información al cliente, especificando con claridad su objeto. A este respecto se señala que se considera buena práctica que este tipo de requerimientos se realicen, además de a través del procedimiento establecido contractualmente, utilizando los medios de comunicación disponibles (fundamentalmente, el correo electrónico) que pudiera haber facilitado su cliente y resulten más idóneos en el caso de que se trate para garantizar que la comunicación se realice de forma efectiva. También se considera buena práctica en este sentido la reiteración del requerimiento en los casos en que no ha sido atendido en una primera instancia.
- Si la entidad ha advertido expresamente a su cliente de la posible adopción de la medida restrictiva en caso de que la solicitud de información sea desatendida, así como los plazos en que podría adoptarse.

Las exigencias en relación con la solicitud previa de información son independientes de la relativa a la comunicación de la efectiva adopción de la medida, excepto en los casos en que este departamento estime que esta última pudo resultar innecesaria por considerar que la actuación de la entidad no resultó finalmente sorpresiva para su cliente. A tal efecto se podrá valorar si la solicitud de información se realizó de acuerdo con el principio de comunicación efectiva; si la adopción de la medida se produjo en los plazos advertidos previamente, y si no existe discrepancia entre las partes sobre si el requerimiento fue adecuadamente cumplimentado o no.

#### 6.4.19 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

Como se explicaba en el apartado 4.5, «Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas», los promotores y 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 2016)<sup>107</sup>, 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 de 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 12.º de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares, como en este caso, sean derivados a la cuenta especial [...]. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma [...] bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia.»

---

107 La Ley 57/1968, de 27 de 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), hasta la modificación de esta por la Ley 20/2015. 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).

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.»

El Tribunal Supremo aclaró en otras sentencias que la responsabilidad no recae en la entidad financiera que concede el préstamo al promotor, sino en aquella que percibe los ingresos de los adquirentes (sentencia de 16 de enero de 2015), y que esa responsabilidad a cargo de la entidad bancaria no es una responsabilidad a todo trance, a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino derivada del incumplimiento de los deberes que impone la ley (sentencia 502/2017, de 14 de septiembre).

En las reclamaciones presentadas sobre esta temática en el ejercicio 2019 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, por falta de evidencias probatorias o por haber transcurrido más de seis años desde la fecha de los hechos reclamados, no ha podido emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

## 7 Depósitos a plazo con garantía del principal

Los depósitos a plazo 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—, correspondiendo la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen al DCMR del Banco de España.

No obstante, se ha de precisar que los depósitos estructurados o híbridos a los que se hacía referencia en memorias anteriores se han visto afectados por la reciente reforma de la Ley del Mercado de Valores. Así, tras la reforma —efectuada por el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre—, la comercialización de los depósitos estructurados se rige por dicha norma general de los productos del mercado de valores, incluida la información al cliente sobre estos. También, en consecuencia, queda atribuida a la CNMV la competencia de supervisión y la de resolución de reclamaciones sobre tales depósitos, no siendo competente ya el DCMR, que, por dicha razón, durante 2019 no ha tramitado y resuelto reclamaciones al respecto.

## 7.1 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.

### 7.1.1 Explicaciones adecuadas

La orden establece la obligación para las entidades de aportar explicaciones adecuadas sobre las características de los depósitos objeto de la contratación.

Ni la orden ni la circular de transparencia exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas. 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 proporcionar, 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 las que 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 consultarlo<sup>108</sup>.

### 7.1.2 Información precontractual

La Orden EHA/2899/2011 otorgó rango normativo a la exigencia de entrega de información con carácter previo a la contratación, al establecer en su artículo 6 que las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea legalmente exigible para que este pueda adoptar una decisión informada sobre el servicio bancario (en este caso, el depósito a plazo) 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

---

108 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.



por dicho contrato u oferta. Como se ha referido anteriormente, en el epígrafe 6.3, «Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de la transparencia», incluida, a su vez, en el epígrafe 6, sobre «Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas», la orden de los semáforos o de los números exige que para los depósitos a plazo se incluya el indicador de riesgo que resulte procedente (el 1 sería de aplicación a los depósitos bancarios en euros, mientras que, si están denominados en moneda distinta del euro, entrarían en la clase 6 o de mayor riesgo).

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 esta circular (en relación con su anejo 3, punto 1.2) indica qué parte de esa información deberá resaltarse de manera que llame la atención del 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 las 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 queda recogido expresamente en esta norma—.
- c) La circunstancia de que la retribución se condiciona a la contratación o uso de uno o de varios servicios accesorios, así como cada uno de estos servicios.
- d) La TAE.
- e) La denominación traducida del fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad, cuando sea diferente del previsto en el Real Decreto-ley 16/2011 —circunstancia que debe resaltarse—, su domicilio y, en su caso, la dirección de su sitio web.

Conviene enfatizar que la previsión que establece la norma sexta de la Circular 5/2012 de que la entrega de la documentación precontractual debe efectuarse con la «debida antelación» tiene por objetivo posibilitar al futuro prestatario identificar las condiciones financieras esenciales de la operación y facilitar la comparación con

otras ofertas disponibles en el mercado, de manera que el cliente pueda adoptar una decisión informada sobre la suscripción del contrato de crédito. Así pues, serían situaciones indeseadas por la norma aquellas en las que la entrega de la información precontractual se produjese de forma simultánea a la firma del contrato. Por ello, debe advertirse que la falta de prueba en cuanto a la antelación con la que la información precontractual se pone a disposición del prestatario —al igual que la omisión de acreditación de la entrega de dicha documentación— podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia.

En el expediente R-201908958 se planteaba la disconformidad con la pérdida de intereses como consecuencia de la cancelación parcial anticipada de un depósito a plazo, manifestando el reclamante a este respecto que, antes de disponer de parte de la cantidad depositada, había consultado a la oficina las posibles consecuencias de retirar los fondos depositados antes de la fecha de vencimiento del depósito y no fue informado de la pérdida de la bonificación en tipo de interés. Dado que la versión de la entidad no coincidió con la de la parte reclamante, este departamento hubo de atenerse a lo estipulado contractualmente, debiendo concluir que el tipo aplicado se correspondía con el que se encontraba estipulado en el contrato para el supuesto de cancelación anticipada del depósito. No obstante, al analizar la información precontractual que se había entregado al cliente, el DCMR observó que la fecha de este documento era idéntica a la del contrato. Por lo que, no pudiendo considerarse acreditado que en este caso la entrega de la información precontractual se hubiese llevado a cabo con la «debida antelación», se emitió un pronunciamiento contrario a la entidad por este motivo.

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 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, si el depósito se formalizó después de 2013, fecha en que la entrega de la información previa ya era obligatoria, un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

Para acreditar la entrega de información precontractual al cliente, el DCMR no considera suficiente la mera 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 TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, no se puede pretender que, tras la inserción de una cláusula de esta naturaleza, se invierta la carga de la prueba y sea el cliente quien tenga que

demostrar que la entidad financiera no le entregó la debida información. Entiende ese tribunal que una cláusula como la indicada constituye únicamente un indicio de que la información se entregó, debiéndose corroborar, en todo caso, con los medios de prueba pertinentes.

### 7.1.3 Formalización del contrato. Contenido

El contenido mínimo del contrato se regula con todo detalle en el artículo 7, apartado 3, de la Orden EHA/2899/2011 y en la norma décima de la Circular del Banco de España 5/2012. El artículo 7 establece los extremos que, de forma explícita y clara, deben 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 de 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 obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito, así como el coste total que supondría el ejercicio de tales facultades.

Resulta destacable que, en caso de preverse la prórroga del contrato, se deberán indicar las condiciones para dicha prórroga. En concreto, el contrato debe incluir la obligación de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga 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) y la forma y las condiciones en que el cliente podrá prestar su consentimiento a dicha prórroga.

Asimismo, 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 el deber de conservarlo en soporte duradero, junto con el recibí del cliente, y de poner a disposición del titular una copia en cualquier momento en que este pudiera solicitarla. Cuando los contratos sean intervenidos 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.

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

## 7.2 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. Así pues, 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), debiendo estar las partes a lo que se encuentre recogido en los respectivos contratos de depósito a plazo.

### 7.2.1 Falta de abono del porcentaje de interés complementario en un depósito bonificado

Como en años anteriores, en 2019 se presentaron reclamaciones en las que el cliente discrepaba del 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 el de libertad de pacto, el DCMR procedió a verificar la forma en la que se incluían dichas condiciones en el contrato, así como a verificar que en el expediente no se habían cumplido las condiciones necesarias establecidas en el contrato para obtener esa retribución extra.

### 7.2.2 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), lo detalla el anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, para el caso de los depósitos a plazo aquí analizados en sus puntos 1.2 (si tienen remuneración dineraria) y 1.3 (si tienen remuneración en especie).

Los documentos deben incluir todos los datos de la liquidación; por ejemplo: la fecha y el período al que se refiere, el importe del depósito, el tipo de interés nominal aplicado,

el importe de los intereses resultantes, el rendimiento efectivo remanente (o la TAE), el concepto de cada comisión, los gastos e impuestos repercutidos, en su caso, el ingreso a cuenta y, en general, todos los antecedentes necesarios para poder comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

### 7.3 Renovación

En los depósitos de duración determinada, en cuyos contratos habitualmente se contempla la posibilidad de su renovación tácita y las condiciones para llevarla a cabo, 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 el plazo de comunicación de la renovación tácita y, en dicho caso, de las condiciones de aplicación.

De la normativa de aplicación a la prórroga de los depósitos a plazo cabe resaltar 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.
- Las comunicaciones que, en 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.

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 la hubiese efectuado con la suficiente antelación para permitir

que el cliente pudiese valorar si eran de su interés o, por el contrario, optase 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 plazos 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, dada la habitual oscilación de los tipos de interés en el mercado de dinero, 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.

#### 7.4 Modificación

Según el artículo 7, apartado 3, de la Orden EHA/2899/2011, el documento contractual relativo al depósito debe recoger de forma explícita y clara una serie de extremos, entre ellos el conjunto de derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados, y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.

Y, según el artículo 8, apartado 2, de la misma orden, 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. No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

Finalmente, el apartado 6 de la norma undécima de la Circular del Banco de España 5/2012 dispone que los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que estos no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras informaciones.

## 7.5 Cancelación

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. Si el contrato no recoge esta posibilidad, no cabría la cancelación del depósito antes del vencimiento por la sola voluntad de una parte. En tal caso, solo será posible si llegan a un acuerdo ambas partes, fijando las condiciones en las que pueda tener lugar. 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 relativo a considerar correcto el cobro de la comisión o penalización por cancelación anticipada si su cuantía no excediera del importe total de los intereses brutos devengados desde el inicio de la imposición hasta la fecha de la cancelación en los casos en los que así estuviera expresamente pactada en el contrato, o bien en los casos en los que, 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

En los últimos años se han examinado expedientes en los 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 hay que tener presente que la limitación referida al importe máximo de la comisión o penalización por cancelación anticipada 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, siendo la diferencia el importe de la retención fiscal practicada.

En el expediente con referencia R-201901134, el reclamante mostraba su disconformidad con la pérdida de intereses como consecuencia de la cancelación anticipada de un depósito a plazo. Manifestaba que había cursado la orden de cancelación a través de Internet y que, al tener conocimiento a través de la aplicación de que el importe depositado no le sería abonado con carácter inmediato, sino al día siguiente, quiso anular la solicitud de cancelación, tanto a través de la aplicación



como mediante correo electrónico, pero no le fue posible. El DCMR comprobó que la orden de cancelación dada por el titular del depósito a plazo había sido ejecutada por la entidad de acuerdo con las condiciones pactadas contractualmente; entre ellas, la de que, en caso de solicitud de cancelación anticipada por el cliente, el depósito se cancelaría al día siguiente hábil a la fecha de solicitud, y el cliente había sido informado de tales condiciones antes de firmar el contrato, a través de la ficha de información precontractual, por lo que no apreció motivos para emitir un informe contrario a la entidad.

Llegado el vencimiento de una imposición a plazo en la que no se contempla su renovación, o en aquellos casos en los que, contemplándose esta posibilidad, su titular ha decidido no renovarlo (comunicándolo conforme al procedimiento y con el plazo de preaviso que 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.

En el caso de contratos de depósito con vencimiento determinado y prórrogas automáticas anuales, las entidades podrán cancelarlos si esta posibilidad está prevista en el contrato y si cumplen el plazo de preaviso que este contemple. El ejercicio de esta facultad contractual se hará respetando 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.

## 8 Servicios de pago

La normativa de servicios de pago europea ha sufrido una importante transformación en los últimos años, con el objetivo de adaptarla a las innovaciones tecnológicas y, al mismo tiempo, dotar a los pagos de un entorno más seguro y fiable. Dicha transformación cristalizó en la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior (norma derogatoria de la anterior Directiva 2007/64/CE). En España, la incorporación de las disposiciones del derecho de la UE se ha realizado mediante la promulgación del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera<sup>109</sup>.

---

109 Otra novedad en el ámbito de pagos que ha tenido lugar en fecha reciente es la promulgación del Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas, cuya doble finalidad es, por un lado, acabar con las desigualdades entre los usuarios de servicios de pago de los Estados miembros pertenecientes a la zona del euro y aquellos de Estados no pertenecientes a dicha zona en relación con los pagos transfronterizos en euros, y, por otro lado, mejorar la transparencia y la comparabilidad de comisiones por conversión de divisas cuando se realizan pagos transfronterizos.

Este reciente real decreto-ley se encuentra en vigor desde el 25 de noviembre de 2018, salvo lo previsto por los títulos II y III, de aplicación desde el 24 de febrero de 2019, y los artículos 37, 38, 39 y 68, cuya vigencia comenzará, a su vez, en 2021 (una vez transcurrida la prórroga que sobre la fecha inicial —el 14 de septiembre de 2019— se estableció para permitir a todas las entidades financieras adaptarse a las exigencias del Reglamento Delegado de la Comisión<sup>110</sup>. Su publicación, además, ha supuesto para el derecho nacional la derogación de la LSP.

Este real decreto-ley ha sido desarrollado mediante la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. No obstante, dado que la disposición final sexta de esta norma establece que su entrada en vigor se producirá, en su mayor parte, el día 1 de julio de 2020, no ha resultado de aplicación durante el ejercicio 2019 a los expedientes de reclamación tramitados.

Por lo tanto, en 2019 se ha estado aplicando a las operaciones de pago la normativa establecida por el real decreto-ley (aunque, en lo que se refiere a lo dispuesto en los títulos II y III, solo desde el 24 de febrero, puesto que la LSP estaba ya derogada y, en consecuencia, únicamente se podían aplicar los criterios inspiradores de dicha norma) y la Orden 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

## 8.1 Introducción, régimen aplicable y aspectos comunes

El objetivo general de toda la normativa reguladora de servicios de pago es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE se efectúen con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos, así como facilitar la operativa de los instrumentos de pago de la Zona Única de Pagos en Euros (SEPA<sup>111</sup>, 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, y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en el que se encuentren.

---

110 Reglamento Delegado 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros. En su artículo 38 se prevé su aplicación a partir del 14 de septiembre de 2019.

111 La SEPA está integrada por los miembros del Espacio Económico Europeo (actualmente, los 27 Estados de la Unión Europea más Reino Unido, Liechtenstein, Islandia y Noruega), San Marino, Suiza, Mónaco, Andorra y la Ciudad del Vaticano.

### NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019

Con la publicación, en diciembre de 2019, de la normativa de desarrollo<sup>1</sup> del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior (PSD2), ha sido plenamente incorporada al ordenamiento jurídico español. La nueva normativa introduce dos grandes cambios en el sector de los pagos: a) la incorporación de nuevos servicios de pago al perímetro regulatorio, en particular los servicios de información sobre cuentas (agregación) y los servicios de iniciación de pagos, y b) el acceso de las entidades prestadoras de estos servicios a las cuentas de pago de los usuarios administradas por otra entidad, principalmente por una entidad de crédito.

Así, los proveedores de servicios de pago quedan divididos en dos grupos básicos: los que gestionan cuentas de pago de sus clientes, denominados «proveedores de servicios de pago gestores de cuenta» (*Account Servicing Payment Service Provider*, según su denominación en inglés), y aquellas entidades que prestan sus servicios sobre las cuentas de pago gestionadas por los primeros, comúnmente denominados «terceros proveedores» (*Third Party Providers* o TPP), y que no acceden en ningún caso a los fondos de los clientes.

Dentro del primer grupo se encuadran, fundamentalmente, las entidades de crédito y las entidades de pago. En el segundo grupo se suele diferenciar entre los proveedores de servicios de iniciación de pagos y las entidades prestadoras de servicios de información sobre cuentas —también denominadas «agregadores de información»—. No obstante, es importante destacar que los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta pueden prestar todo tipo de servicios de pago, incluyendo los servicios de iniciación de pagos y los servicios de información

sobre cuentas, y que un tercer proveedor puede asimismo prestar ambos servicios de forma simultánea.

En el esquema 1 puede verse en detalle el nuevo escenario.

En general, la aparición de esta nueva tipología de servicios de pago y la irrupción de nuevos operadores en el mercado han tenido un efecto positivo en el desarrollo de nuevas propuestas de valor que pueden ofrecer soluciones de utilidad a comerciantes y consumidores (como una visión consolidada de sus saldos y operaciones) o canales de pago alternativos para la operativa de comercio *online* sin necesidad de utilizar instrumentos de pago específicos, como las tarjetas de pago, pero pueden entrañar, a su vez, una mayor conflictividad, derivada de la necesaria interacción entre ambos grupos de proveedores para la prestación de los servicios de iniciación o de agregación sin que se requiera la existencia de un acuerdo específico a tal efecto. Para mitigar este riesgo, la normativa establece un régimen de responsabilidad que delimita los derechos y las obligaciones de los distintos actores que intervienen en la prestación de servicios de pago.

Se han reforzado, asimismo, determinados aspectos relativos a la seguridad en los pagos electrónicos, especialmente en las transacciones de carácter remoto, ya sea a través de Internet o por medio de dispositivos móviles. Esto es debido en parte al notable incremento que dichas transacciones han experimentado en los últimos años, impulsadas por el auge del comercio electrónico.

La norma, que recoge una serie de principios generales basados en las recomendaciones y directrices sobre seguridad de los pagos en Internet elaboradas por el Banco Central Europeo (BCE)<sup>2</sup> y la Autoridad Bancaria Europea (EBA)<sup>3</sup>, exige la aplicación de medidas y procedimientos de seguridad específicos, articulados en torno al concepto de «autenticación reforzada del cliente»,

1 Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

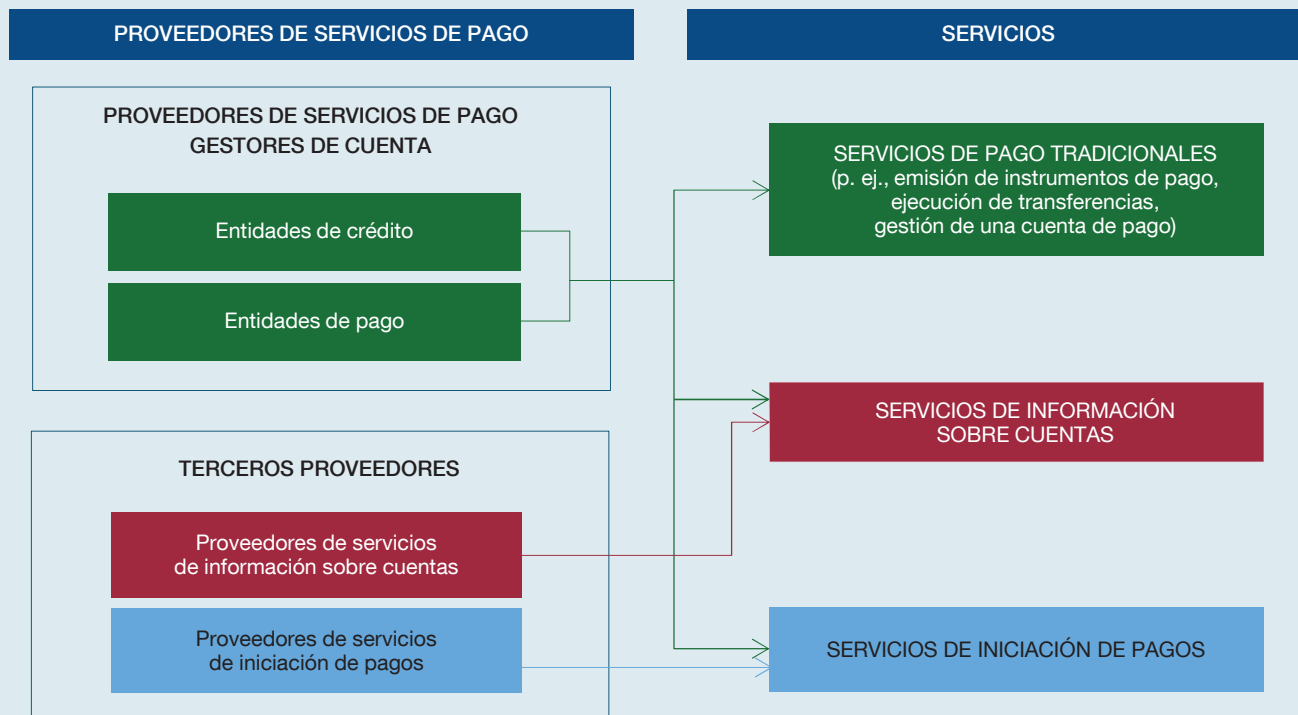
2 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/recommendationssecurityinternetpaymentsoutcomeofpcfinalversionafterpc201301en.pdf>.

3 [https://eba.europa.eu/documents/10180/1004450/EBA\\_2015\\_ES+Guidelines+on+Internet+Payments.pdf/44d07cf8-1721-4407-94a6-3a8c256149fa](https://eba.europa.eu/documents/10180/1004450/EBA_2015_ES+Guidelines+on+Internet+Payments.pdf/44d07cf8-1721-4407-94a6-3a8c256149fa).

**NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)**

Esquema 1  
ENTIDADES Y SERVICIOS DE PAGO

Para simplificar el esquema, solo se incluyen las principales categorías de proveedores de servicios de pago gestores de cuenta (entidades de crédito y entidades de pago); existen, no obstante, otras entidades menos significativas, como las entidades de dinero electrónico o las instituciones de giro postal, que pueden actuar como proveedores de servicios de pago gestores de cuenta.



FUENTES: European Payments Council y Banco de España.

con el objetivo de reducir el fraude en el proceso de autenticación.

Estas medidas y procedimientos de seguridad se regulan en profundidad en el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación

reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos, comunes y seguros, y son de aplicación desde el 14 de septiembre de 2019<sup>4</sup>.

El propósito de estas normas técnicas es, fundamentalmente:

- i) desarrollar los principios generales en materia de autenticación y comunicación recogidos en los artículos 97 y 98 de la PSD2, y

4 Con el objetivo de evitar posibles efectos negativos para algunos usuarios de servicios de pagos, la EBA ha aceptado que, de manera excepcional, las autoridades nacionales competentes trabajen con los proveedores de servicios de pago y otras partes interesadas, incluyendo consumidores y comercios, para conceder un tiempo adicional limitado que permita a los emisores de instrumentos de pago y a los adquirentes de operaciones migrar hacia soluciones que cumplan con los requisitos de autenticación reforzada del cliente en los pagos en comercio electrónico. Esta flexibilidad supervisora está condicionada a que los proveedores de servicios de pago acuerden con sus respectivas autoridades nacionales competentes los correspondientes planes de migración y los ejecuten de forma urgente.

**NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)**

Cuadro 1  
PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA AUTENTICACIÓN REFORZADA

La autenticación reforzada del cliente en la PSD2	
Consiste en: autenticación basada en el uso de dos o más elementos de seguridad independientes	Elementos de seguridad: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Conocimiento (algo que solo conoce el usuario)</li> <li>– Posesión (algo que solo posee el usuario)</li> <li>– Inherencia (algo que es del usuario)</li> </ul>
	Independientes: <ul style="list-style-type: none"> <li>– La vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás</li> <li>– No exigencia de dispositivos diferentes</li> </ul>
	Credenciales de seguridad personalizadas: Elementos de seguridad facilitados por el proveedor de servicios de pago (PSP) o vinculados por él al cliente
	Elemento de seguridad dinámico en: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Operación de pago electrónico remota</li> <li>– Presencia de un PISP</li> </ul>
Obligatoria cuando:	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Acceso cuenta pago <i>online</i></li> <li>– Operación de pago electrónico</li> <li>– Acción remota que entrañe riesgo</li> <li>– Presente de un TPP</li> </ul>
Posibilidad de exenciones en función de:	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Nivel de riesgo (TRA)</li> <li>– Importe</li> <li>– Canal</li> </ul>
Acompañado de:	Mecanismos de monitorización de transacciones

FUENTE: *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º 35, Banco de España.

ii) garantizar una comunicación efectiva y segura entre los distintos actores para la prestación de servicios de pago.

A tal fin, se establecen los requisitos que deberán cumplir los proveedores de servicios de pago con el fin de:

- Aplicar el procedimiento de autenticación reforzada de clientes.
- Aplicar las exenciones al procedimiento de autenticación reforzada de clientes en función de determinados parámetros basados en el nivel de riesgo, el importe y la frecuencia de la operación de pago, y el canal utilizado para la ejecución de dicha operación.
- Proteger la confidencialidad y la integridad de las credenciales de seguridad personalizadas del usuario de servicios de pago.

- Establecer estándares abiertos comunes y seguros para la comunicación entre los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta, los proveedores de servicios de iniciación de pagos, los proveedores de servicios de información sobre cuentas, los ordenantes, los beneficiarios y otros proveedores de servicios de pago en relación con la prestación y utilización de servicios de pago.

Las principales características del procedimiento de autenticación reforzada se resumen en el cuadro 1.

Otro de los cambios relevantes en el sector de los pagos se deriva de la publicación del Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas.

**NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)**

Esquema 2  
PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUCE EL REGLAMENTO (CE) N.º 924/2009

Pagos transfronterizos en euros a/desde la zona del euro/no euro	Pagos nacionales y transfronterizos en euros o en una moneda de la UE que conlleven un servicio de conversión de divisas	
Igualdad de comisiones	Pagos transfronterizos en euros = pagos nacionales equivalentes en la moneda del Estado miembro en el que esté el PSP del usuario (no incluye comisiones por conversión de divisas)	
Servicios de conversión de divisas	<p style="text-align: center;"><b>PAGOS BASADOS EN TARJETA</b></p> <p><b>Obligaciones generales de información:</b> los gastos se expresarán con un margen porcentual sobre el último tipo de cambio publicado por BCE</p> <p><b>Obligaciones de información en el punto de venta o cajero:</b> i) importe a pagar en la divisa del beneficiario, y ii) importe total a pagar en la divisa de la cuenta del ordenante</p> <p><b>Roaming:</b> el PSP del ordenante informará mediante <b>mensaje electrónico</b> si detecta un pago en cajero o punto de venta en una divisa distinta a la de la cuenta (recordatorio mensual)</p>	<p style="text-align: center;"><b>TRANSFERENCIAS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Transferencias que se inicien en línea</b> (banca <i>online</i>, banca móvil...)</li> <li>– <b>Antes de iniciar la operación:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) estimación de los gastos aplicables por la conversión de divisa;</li> <li>ii) importe total estimado de la operación pago en divisa de la cuenta (incluidos todos los gastos aplicables), y</li> <li>iii) importe estimado que se transferirá en la divisa del beneficiario</li> </ul> </li> </ul>
Aplicación	<p>15.12.2019: igualdad de comisiones</p> <p>19.04.2020: conversión de divisas: obligaciones generales/información en cajero y punto de venta/transferencias</p> <p>19.04.2021: conversión de divisas: obligaciones del proveedor de servicios de pago del ordenante</p>	

FUENTE: Banco de España.

Este reglamento forma parte del plan de acción de la Comisión Europea sobre servicios financieros destinados a los consumidores. Su finalidad es, por un lado, facilitar el funcionamiento del mercado interior en relación con los pagos transfronterizos en euros y acabar con las desigualdades entre los usuarios de servicios de pago de los Estados miembros pertenecientes a la zona del euro y los de los Estados miembros no pertenecientes a la zona del euro, y, por otro, reforzar las obligaciones de transparencia en los servicios de conversión de divisas, de forma que los usuarios puedan elegir la mejor opción de conversión.

A tal efecto, se extiende la aplicación del principio de igualdad de comisiones, establecido en el Reglamento (CE) n.º 924/2009, a todos los pagos transfronterizos en euros, de modo que, desde el 15 de diciembre de 2019, las comisiones que puede cobrar un proveedor de

servicios de pago a un consumidor por los pagos transfronterizos en euros son iguales a las comisiones que puede cobrar por pagos nacionales equivalentes de igual cuantía en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté radicado dicho proveedor de servicios de pago. Es decir, el reglamento pretende garantizar que las comisiones percibidas, en su caso, por ordenar o recibir un pago transfronterizo en euros dentro de la Unión Europea (UE) se igualen a las percibidas por ordenar o recibir un pago nacional equivalente efectuado en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté radicado el proveedor de servicios de pago del usuario de servicios de pago (esto es, del ordenante o del beneficiario de dicha operación de pago).

En lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los servicios de conversión de divisas, desde el 19 de abril de 2020 están en vigor las medidas

**NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)**

introducidas por el reglamento para reforzar los requisitos de transparencia exigibles, distinguiendo entre las operaciones de pago basadas en tarjeta y las transferencias (en este último caso, solo cuando se ofrezcan servicios de conversión de divisas asociados a la ejecución de una transferencia en línea; por ejemplo, a través del sitio web o aplicación de banca móvil de la entidad). Toda la información exigible se facilitará al ordenante de manera gratuita, neutra y comprensible.

En particular, en la conversión de divisas asociada a una operación de pago basada en tarjeta, a fin de facilitar la comparabilidad entre comisiones, los proveedores de servicios de pago y las partes que ofrezcan servicios de conversión de divisas en cajeros automáticos o en puntos de venta, a los que se refiere el artículo 59, apartado 2, de la Directiva (UE) 2015/2366, expresarán el total de las comisiones por conversión de divisas como un margen porcentual sobre el último tipo de cambio de referencia del euro disponible publicado por el BCE. Dicho margen debe comunicarse al ordenante con anterioridad al inicio de la operación de pago. Además, esta información se publicará, de forma comprensible y fácilmente accesible, en un soporte electrónico ampliamente disponible y de fácil acceso (por ejemplo, en los sitios web transaccionales o de banca en línea y en las aplicaciones de banca móvil de las entidades).

Cuando los servicios de conversión de divisas se presten a través de cajero automático o en el punto de venta, la parte que preste el servicio deberá exponer claramente la información anterior en el cajero automático o en el punto de venta. Asimismo, con anterioridad al inicio de la operación de pago, se informará debidamente al ordenante de la posibilidad de efectuar el pago en la divisa del beneficiario, de forma que la conversión se efectúe por el proveedor de servicios de pago del ordenante, esto es,

el emisor del instrumento de pago. Adicionalmente, con anterioridad al inicio de la operación de pago, se facilitará al ordenante la siguiente información: a) el importe que se abonará al beneficiario en la divisa utilizada por el beneficiario, y b) el importe que abonará el ordenante en la divisa de la cuenta del ordenante.

El reglamento establece, además, determinadas obligaciones de información exigibles al proveedor de servicios de pago del ordenante. A partir del 19 de abril de 2021, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante reciba una orden de pago para realizar una retirada en efectivo en un cajero automático, o un pago en el punto de venta, en cualquier moneda de la Unión que no sea la de la cuenta del ordenante, deberá informarle sin demora indebida, mediante un mensaje electrónico, de los gastos que aplica a los servicios de conversión de divisas. Dicha información se facilitará para cada tarjeta de pago emitida al ordenante y que esté vinculada a la misma cuenta de pago.

Las partes acordarán los canales de comunicación electrónica a través de los cuales se enviará dicho mensaje, ofreciendo a los usuarios de servicios de pago la posibilidad de optar por no recibir este tipo de comunicaciones.

En el esquema 2 se resumen brevemente las principales modificaciones que introduce el citado reglamento.

El 19 de abril de 2022, la Comisión presentará un informe sobre la aplicación y el potencial impacto de las medidas introducidas por el reglamento, que contendrá, entre otras cuestiones, una valoración de la viabilidad técnica de facilitar toda la información requerida en relación con las distintas opciones de conversión de divisas disponibles, de forma simultánea, antes del inicio de una operación de pago en un cajero automático o en el punto de venta.

Así, en las operaciones de pago reguladas por el RDLSP:

- 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.

- Mantiene su vigencia el principio de irrevocabilidad de las órdenes de pago, ya recogido por la LSP, de manera que, por lo general, el usuario no podrá revocarlas después de ser recibidas por el proveedor de servicios de pago del ordenante.
- Los gastos serán compartidos, como regla general, lo que significa que el ordenante paga a su entidad los gastos que aplique esta 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 este reciba los fondos desde la entidad del ordenante.

Como novedad, con respecto a la derogada LSP, este real decreto-ley extiende su protección a las microempresas en lo referente a las obligaciones de las entidades de transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a las operaciones de pago, resolución y modificación del contrato marco y determinados derechos y obligaciones en relación con la prestación de servicios de pago. Para ello, la norma entiende por microempresa tanto la persona física que realiza una actividad profesional o empresarial como la persona jurídica que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago, ocupa a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros, de conformidad con lo establecido en la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

Finalmente, en la medida en que los pagos se articulan a través de las cuentas de pago, a cuyo tratamiento se ha dedicado ampliamente el epígrafe 6, se ha de complementar la normativa anterior con las novedades introducidas respecto del traslado de dichas cuentas de pago y la comparabilidad sobre los servicios que ofrecen estas, novedades a las que se dedica el recuadro 2.4.

### *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.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO**

El 25 de noviembre de 2017 se publicó el *Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones* (en adelante, el Real Decreto-ley 19/2017), que transpone parcialmente 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 (en adelante, la *Directiva 2014/92/UE*). La transposición se completa con la *Orden*

Esquema 1  
PRINCIPALES MEDIDAS PREVISTAS EN LA DIRECTIVA 2014/92/UE



FUENTE: Banco de España.

Esquema 2  
PRINCIPALES MEDIDAS INCLUIDAS EN CADA UNA DE LAS NORMAS

TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/92/UE	
<p>El <b>Real Decreto-ley 19/2017</b> regula:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Cuentas de pago básicas:</b> acceso y denegación; servicios asociados a una cuenta de pago básica; comisiones y gastos, e información general</li> <li>– Procedimiento para el <b>traslado de cuentas de pago</b></li> <li>– <b>Comparabilidad de comisiones de cuentas de pago:</b> servicios más representativos; documento informativo de comisiones; estado de comisiones, sitio web de comparación del Banco de España y otros sitios web de comparación</li> <li>– <b>Régimen sancionador y autoridad competente:</b> Banco de España</li> </ul>	<p>La <b>Orden ECE/228/2019</b> desarrolla el <b>Real Decreto-ley 19/2017</b> y establece:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Cuentas de pago básicas:</b> comisiones, gastos máximos adicionales y servicios que comprende, así como requisitos de información general sobre estas cuentas</li> <li>– <b>Traslado de cuentas de pago:</b> detalla el procedimiento</li> <li>– <b>Requisitos adicionales</b> que han de cumplir los <b>sitiOS web de comparación distintos del Banco de España</b></li> </ul> <p>El <b>Real Decreto 164/2019</b> regula el régimen de gratuidad de la cuenta de pago básica</p>

FUENTE: Banco de España.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación (en adelante, la Orden ECE/228/2019), y el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera (en adelante, el Real Decreto 164/2019).

### 1 Comparabilidad de comisiones asociadas a las cuentas de pago

Con el objetivo de mejorar la transparencia de las comisiones ligadas a servicios asociados a cuentas de pago, y para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma más ágil y rápida, incluso a escala transfronteriza, la Directiva 2014/92/UE contempla una serie de medidas destinadas a mejorar la comparabilidad de las comisiones asociadas a las cuentas de pago. Estas medidas incluyen:

el establecimiento de una terminología estandarizada de servicios; la determinación de documentos estandarizados de información previa y periódica, y el establecimiento de sitios web que permitan comparar las comisiones que los proveedores de servicios de pago cobran por los servicios asociados a cuentas de pago.

#### 1.1 Terminología estandarizada de servicios

El establecimiento de una terminología estandarizada de servicios asociados a las cuentas de pago se enmarca dentro del primer bloque de medidas de la Directiva 2014/92/UE, tendentes a lograr una mejora en la comparabilidad de las comisiones de cuentas de pago.

El artículo 15 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que el Banco de España deberá publicar y mantener actualizada la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, que incorpore la terminología normalizada contenida en el Reglamento

Cuadro 1  
LISTA DE TERMINOLOGÍA ESTANDARIZADA EUROPEA

Término	Definición
Mantenimiento de la cuenta	La entidad gestiona la cuenta para que el cliente pueda operar con ella
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de débito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe de cada una de las operaciones realizadas con la tarjeta se carga directamente y en su totalidad a la cuenta del cliente
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de crédito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe total correspondiente a las operaciones realizadas con la tarjeta durante un período de tiempo acordado se carga total o parcialmente a la cuenta del cliente en la fecha acordada. En el contrato de crédito formalizado entre la entidad y el cliente se determina si se aplican intereses por las cantidades dispuestas
Descubierto expreso	La entidad y el cliente acuerdan por anticipado que este último pueda disponer de fondos cuando no quede saldo disponible en su cuenta. En el acuerdo se determina la cantidad máxima de la que puede disponerse y si el cliente deberá abonar comisiones e intereses
Transferencia	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad transfiere fondos desde la cuenta del cliente a otra cuenta
Orden permanente	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad realiza periódicamente transferencias de un importe determinado desde la cuenta del cliente a otra cuenta
Domiciliación bancaria	El cliente permite a un tercero (beneficiario) ordenar a la entidad que transfiera fondos desde la cuenta del cliente a la del beneficiario. La entidad transfiere los fondos al beneficiario en la fecha o fechas acordadas entre el cliente y el beneficiario. El importe de dichos adeudos puede variar
Retirada de efectivo	El cliente retira efectivo de su cuenta

FUENTE: Reglamento Delegado 2018/32.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

Delegado (UE) 2018/32 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se complementa la Directiva 2014/92/UE, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación de una terminología normalizada de la Unión Europea aplicable a los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

Con la publicación de este listado, se espera, por un lado, lograr cierta armonización en la forma en que los proveedores de servicios de pago nacionales denominan a los servicios asociados a las cuentas de pago y, por otro, garantizar cierta coherencia con el modo en que los proveedores de servicios de pago de otros Estados

miembros hacen alusión a estos. Se pretende, además, que los consumidores puedan identificar, más fácilmente, la cuenta de pago que más se ajusta a sus necesidades y características, incluso a escala transfronteriza.

Tras la publicación de la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago en el sitio web del Banco de España, la lista se incorporó en la *Circular del Banco de España 2/2019*, de 29 de marzo, sobre los requisitos del documento informativo de las comisiones y del estado de comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 5/2012 (en adelante, la Circular 2/2019).

Cuadro 2  
LISTA DE SERVICIOS MÁS REPRESENTATIVOS ASOCIADOS A UNA CUENTA DE PAGO

Servicio	Definición
Mantenimiento de la cuenta	La entidad gestiona la cuenta para que el cliente pueda operar con ella
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de débito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe de cada una de las operaciones realizadas con la tarjeta se carga directamente y en su totalidad a la cuenta del cliente
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de crédito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe total correspondiente a las operaciones realizadas con la tarjeta durante un período de tiempo acordado se carga total o parcialmente a la cuenta del cliente en la fecha acordada. En el contrato de crédito formalizado entre la entidad y el cliente se determina si se aplican intereses por las cantidades dispuestas
Descubierto expreso	La entidad y el cliente acuerdan por anticipado que este último pueda disponer de fondos cuando no quede saldo disponible en su cuenta. En el acuerdo se determina la cantidad máxima de la que puede disponerse y si el cliente deberá abonar comisiones e intereses
Descubierto tácito	La entidad pone fondos a disposición del cliente que superan el saldo disponible en su cuenta. No existe acuerdo previo entre la entidad y el cliente
Transferencia	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad transfiere fondos desde la cuenta del cliente a otra cuenta
Orden permanente	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad realiza periódicamente transferencias de un importe determinado desde la cuenta del cliente a otra cuenta
Retirada de efectivo a débito mediante tarjeta en cajeros automáticos	El cliente retira efectivo de su cuenta a través de un cajero automático de otra entidad, mediante tarjeta, a cuenta del saldo disponible
Retirada de efectivo a crédito mediante tarjeta en cajeros automáticos	El cliente retira efectivo a través de un cajero automático de su entidad o de otra entidad, mediante tarjeta, cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para el cliente y con independencia del saldo disponible en la cuenta
Servicio de alertas (SMS, e-mail o similar)	La entidad remite información sobre movimientos efectuados en la cuenta del cliente mediante SMS, correo electrónico u otra tecnología similar
Negociación y compensación de cheques	La entidad realiza las gestiones oportunas para obtener el cobro de un cheque
Devolución de cheques	La entidad realiza actos ocasionados por la falta de pago de un cheque por otra entidad

FUENTE: Anejo 1 de la Circular 2/2019.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

Por otro lado, el artículo 20 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán utilizar los términos incluidos en la lista de terminología estandarizada en la información contractual, comercial y publicitaria relativa a cuentas de pago, además de en los formularios estandarizados regulados en la propia Directiva 2014/92/UE, que serán explicados en el apartado siguiente.

**1.2 Documentación estandarizada**

Dentro del bloque de medidas destinadas a mejorar la transparencia y la comparabilidad de las comisiones asociadas a cuentas de pago, la Directiva 2014/92/UE también contempla la entrega, por un lado, de un documento de información previa, el *documento informativo de las comisiones*, que deberá ofrecer, de un solo vistazo, la información más relevante que permita al consumidor decidir qué cuenta le interesa más, y, por otro, un documento que deberá recoger información

sobre las comisiones cobradas durante el período de referencia por todos los servicios asociados a la cuenta de pago del consumidor, el *estado de comisiones*.

**A Documento informativo de las comisiones**

El artículo 16 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán proporcionar a sus clientes o potenciales clientes, gratuitamente y con la suficiente antelación, un documento informativo de las comisiones, en el que deberá figurar la terminología estandarizada de la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, junto con las comisiones aplicables a cada uno de dichos servicios, si el proveedor de servicios de pago los ofrece.

Este documento debe ser corto, fácil y preciso, y contendrá únicamente información sobre las comisiones asociadas a los servicios incluidos en la lista de servicios

Imagen 1  
FORMULARIO DEL DOCUMENTO INFORMATIVO DE LAS COMISIONES

**Documento informativo de las comisiones**

Nombre del proveedor de la cuenta:  
Nombre de la cuenta:  
Fecha:

- El presente documento le informa sobre las comisiones aplicadas por la utilización de los principales servicios asociados a la cuenta de pago. Le ayudará a compararlas con las comisiones de otras cuentas.
- También pueden aplicarse comisiones por la utilización de otros servicios asociados a la cuenta que no se recogen aquí. Encontrará toda la información en [indíquense los nombres de los documentos contractuales y precontractuales pertinentes].
- Tiene a su disposición, de forma gratuita, un glosario de los términos utilizados en el presente documento.

Servicio	Comisión
<b>Servicios generales de la cuenta</b>	
[servicio principal] [marca comercial]	[•]
Incluye un <b>paquete de servicios</b> que consiste en: Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.	
<b>Pagos (excluidas las tarjetas)</b>	
	[•]
<b>Tarjetas y efectivo</b>	
	[•]
<b>Descubiertos y servicios conexos</b>	
	[•]
<b>Otros servicios</b>	
	[•]

Paquete de servicios	Comisión
[marca comercial]	[•]
	[•]
Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.	

**Información sobre los servicios adicionales**  
Información sobre las comisiones aplicadas por los servicios que excedan de la cantidad cubierta por el paquete de servicios (excluidas las comisiones anteriormente indicadas).

Servicio	Comisión
[marca comercial]	[•]

**Indicador de costes totales** [•]

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/34.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

más representativos asociados a una cuenta de pago. Se pretende, por tanto, que el consumidor pueda entender de un simple vistazo las comisiones que va a tener que pagar por la utilización de aquellos servicios más habituales (transferencias, retiradas de efectivo, etc).

Los proveedores de servicios de pago deberán elaborar un documento informativo de las comisiones por cada tipo de cuenta que ofrezcan. Estos documentos habrán de publicarse en los tabloneros de anuncios (en caso de contar con ellos) y en los sitios web de los proveedores de servicios de pago, junto con el propio listado de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

Para su elaboración, los proveedores de servicios de pago utilizarán el formulario contenido en el *Reglamento de Ejecución (UE) 2018/34* de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución respecto del formato de presentación normalizado del documento

informativo de las comisiones y su símbolo común, y atenderán las instrucciones adicionales recogidas en la Circular 2/2019.

**B Estado de comisiones**

El artículo 17 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán facilitar al cliente, gratuitamente y, al menos, con periodicidad anual, un estado de comisiones que incluya las comisiones cobradas por todos los servicios asociados a la cuenta de pago del cliente, durante el período al que el documento hace referencia, así como, en su caso, la información relativa a los tipos de interés aplicados y cobrados.

Este documento se entregará en enero de cada año y hará alusión a la información relativa a las comisiones cobradas por aquellos servicios asociados a la cuenta de pago del cliente que hayan sido efectivamente prestados durante el año natural anterior. Se podrá entregar junto con el «documento anual de

Imagen 2  
FORMULARIO DEL ESTADO DE COMISIONES

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/33.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

comisiones y gastos» previsto en la Circular 5/2012, pero ambos documentos no podrán unificarse.

Para su elaboración, los proveedores de servicios de pago utilizarán el formulario contenido en el *Reglamento de Ejecución (UE) 2018/33* de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución respecto del formato de presentación normalizado del estado de comisiones y su símbolo común, y tendrán en cuenta las instrucciones adicionales recogidas en la Circular 2/2019.

**1.3 Sitios web de comparación**

**A Sitio web de comparación del Banco de España**

El artículo 18 del Real Decreto-ley 19/2017 preceptúa que el Banco de España dispondrá de un sitio web, de acceso gratuito, que permita comparar las comisiones asociadas, como mínimo, a los servicios incluidos en la lista de terminología estandarizada de servicios. Dicho sitio web deberá estar debidamente actualizado y posibilitará la descarga completa de esta información, de forma puntual, y en formatos que faciliten su tratamiento por parte de los usuarios. Se espera que este sitio web facilite a los usuarios el acceso ágil y rápido a información sobre las comisiones que los proveedores de servicios de pago cobran por los servicios más comunes asociados a cuentas de pago.

Para dar efectivo cumplimiento a este mandato, la Circular 2/2019 establece un reporte periódico de las cuantías que los proveedores de servicios de pago van a cobrar por las comisiones relativas a los servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

**B Otros sitios web de comparación**

Por su parte, el artículo 19 del Real Decreto-ley 19/2017 prevé que aquellos operadores distintos del Banco de España que deseen establecer sitios web que permitan comparar comisiones por los servicios asociados a cuentas de pago deberán presentar ante el Banco de España, con carácter previo al inicio de su actividad, una declaración responsable sobre los requisitos que les resultan de aplicación.

El mismo artículo contempla una serie de requisitos que resultan de aplicación a estos operadores y que están destinados principalmente a garantizar la independencia de estos y de los resultados de las búsquedas. El artículo 13 de la Orden ECE/228/2019 establece una serie de principios adicionales que, con los mismos objetivos, también resultan de aplicación a estos operadores.

El artículo 19 del Real Decreto-ley 19/2017, además, asigna al Banco de España la función de verificar el cumplimiento y el mantenimiento, por parte de los operadores de sitios web de comparación, de los requisitos anteriormente mencionados.

Esquema 3  
PRINCIPALES REQUISITOS APLICABLES A LOS OPERADORES DE SITIOS WEB DE COMPARACIÓN

<p>El artículo 19 del <b>Real Decreto-ley 19/2017</b> establece los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ser funcionalmente independientes</li> <li>– Garantizar que los PSP reciben un trato equitativo en los resultados de las búsquedas</li> <li>– Indicar sus propietarios</li> <li>– Establecer los criterios claros y objetivos en los que se basará la comparación</li> <li>– Utilizar un lenguaje sencillo y, en su caso, la terminología estandarizada</li> <li>– Proporcionar información precisa</li> <li>– Incluir un conjunto amplio de las ofertas</li> <li>– Ofrecer un procedimiento eficaz de notificación de errores</li> </ul>	<p>El artículo 13 de la <b>Orden ECE/228/2019</b> establece los siguientes requisitos adicionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Contar con políticas y procedimientos escritos que garanticen el cumplimiento de los requisitos</li> <li>– Mostrar la información de forma que la prevalencia de alguno de los productos no responda exclusivamente a intereses comerciales</li> <li>– El motivo principal por el que aparezcan productos en los resultados no puede ser la retribución del propio PSP</li> <li>– Cuando entre los resultados se incluya cualquier publicidad, esta deberá indicar la palabra «anuncio»</li> <li>– Toda publicidad que lleven a cabo deberá ser clara, objetiva y no engañosa</li> </ul>
---	--

FUENTE: Banco de España.



**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

**2 Traslado de cuentas de pago**

Para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma más ágil y rápida, la Directiva 2014/92/UE también prevé el establecimiento de un procedimiento armonizado para el traslado de cuentas de pago que se fundamente en unos principios comunes que resultan de aplicación en toda la UE.

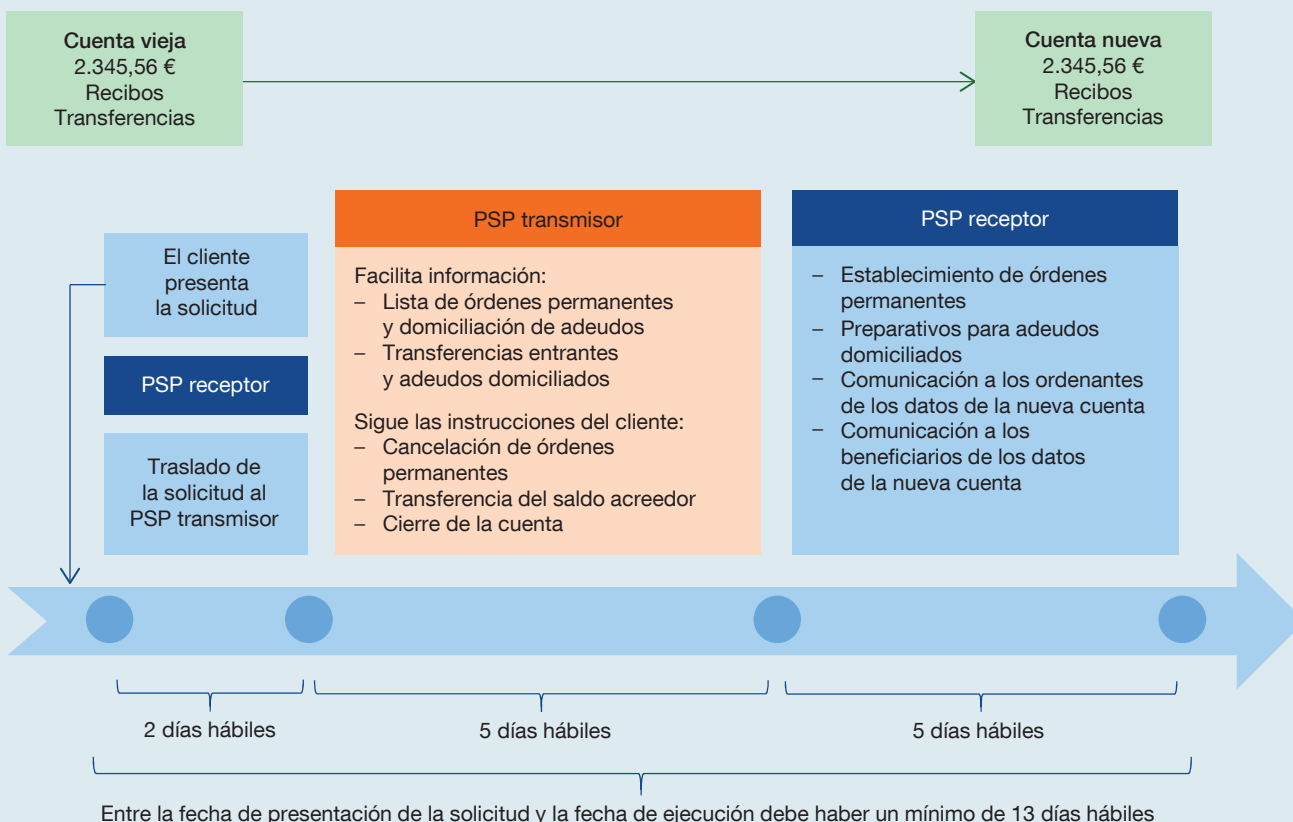
El Real Decreto-ley 19/2017 configura un procedimiento para el traslado de cuentas de pago «eficaz y ágil», imponiendo una colaboración activa entre los proveedores de servicios de pago y el propio cliente. Esta norma sienta las bases del procedimiento que se debe seguir para llevar a efecto el traslado y establece el deber de reembolsar, con la mayor brevedad posible, el perjuicio financiero que pudiera, en su caso, ocasionarse al cliente. También contempla la posibilidad de denegar el traslado

del saldo, cuando existan obligaciones de pago exigibles y pendientes de cargo.

La Orden ECE/228/2019 fija la gratuidad del procedimiento para los consumidores, determina una serie de medidas tendentes a facilitar la apertura transfronteriza de cuentas de pago y establece el procedimiento concreto que se ha de seguir cuando se recibe una solicitud de traslado de cuenta de pago.

El procedimiento será iniciado por el proveedor de servicios de pago receptor tras la presentación de la correspondiente solicitud. El cliente deberá cumplimentar un formulario que autorice al proveedor de servicios de pago receptor a obtener cierta información necesaria para el traslado, así como a realizar una serie de actuaciones contempladas en el proceso. Este, por su parte, deberá, en el plazo de dos días hábiles, solicitar al

Esquema 4  
PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO



FUENTE: Banco de España.

**REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)**

proveedor de servicios de pago transmisor que le facilite la lista de órdenes permanentes, transferencias y adeudos, así como información relativa a transferencias entrantes y emitidas de la cuenta de pago original.

Una vez recibida la solicitud, el proveedor de servicios de pago transmisor dispondrá de cinco días hábiles para enviar la información anterior, cancelar las correspondientes órdenes, transferir el saldo acreedor de la cuenta y proceder

a la cancelación de la cuenta original, en caso de que el cliente así lo haya solicitado. Finalmente, en el plazo de cinco días hábiles desde la recepción de la información anterior, el proveedor de servicios de pago receptor deberá: abrir la nueva cuenta, establecer las correspondientes órdenes permanentes, llevar a cabo los preparativos necesarios para la aceptación de adeudos domiciliados y comunicar a los ordenantes de transferencias periódicas y a los beneficiarios de los adeudos los datos de la nueva cuenta.

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 opera lo que se denomina «compensación interna» o «intracompensación». Estas transacciones no son liquidadas a través de procedimientos interbancarios, sino en los propios libros de la entidad o del grupo. Esto ocurre en un elevado número de transacciones. Sin embargo, si 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 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 el ingreso de efectivo en una cuenta de pago. Ello sin perjuicio de que la normativa también regula la adquisición de instrumentos de pago, así como el envío de dinero.

### 8.1.1 Condiciones contractuales

La normativa anteriormente vigente, esto es, la LSP, preveía, en su disposición transitoria tercera, que todos los contratos que las entidades tuvieran suscritos con su clientela para la regulación de las condiciones en las que había de tener lugar la prestación de los servicios de pago debían estar adaptados a lo previsto en dicha norma desde el 4 de junio de 2011. Por su parte, el RDLSP dispone, en su disposición transitoria quinta, que los contratos que los proveedores de pago que operen en España tuvieran suscritos con su clientela en la fecha de entrada de vigor de la norma seguirán siendo válidos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de carácter imperativo que resulten más favorables a consumidores y microempresas.

El artículo 12 de la OSP (y el art. 14 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre) 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 que 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 la 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 la interpretación definitiva de los contratos, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran

derivarse, que correspondería realizar 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.

### 8.1.2 Información y documentación contractual

Con carácter general, las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, que las 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 (y los arts. 7-12 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre), en las operaciones de pago singulares —aquellas no sujetas a un contrato marco— los proveedores de servicios de pago deben facilitar información:

- i) Con anterioridad a la ejecución de la operación —art. 7—.
- ii) En el momento de la ejecución —art. 8—.
- iii) Con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —art. 9—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —art. 10—.

### *Operaciones amparadas en un contrato marco*

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco —arts. 11-16 de la OSP y 13-18 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre—, el proveedor de servicios de pago deberá proporcionar:

- i) Información general al usuario con anterioridad a la celebración del contrato marco.
- ii) A solicitud del ordenante, información con anterioridad a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco, en el caso de haber sido iniciada por aquel.
- iii) Información al ordenante y al beneficiario tras la ejecución de la operación.

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 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 epígrafe 6 («Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas»), apartado 6.3 («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 (y el art. 15 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre) 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.

### 8.1.3 Comisiones y gastos

Véase a este respecto lo dispuesto en el punto 5.3.1 («Comisiones e intereses. Documento Informativo de las Comisiones: 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 —RDLSP (antes LSP) y OSP, y, a partir del 1 de julio de 2020, en su lugar, la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre—, 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 y añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes—.
- 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.

Además, conforme establece el artículo 35 del RDLSP, en toda prestación de servicios de pago en la que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en España, o uno de los proveedores esté situado en España y el otro u otros lo estén en otro Estado miembro de la UE, o en la que solo intervenga un proveedor situado en España, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por el suyo.

### 8.1.4 Modificación de las condiciones del contrato marco

La modificación de las condiciones del contrato marco deberá ser propuesta por el proveedor de servicios de pago de forma clara, individualizada, sin acumularla a otra información o a publicidad, en papel o soporte duradero y 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.

### 8.1.5 Resolución del contrato

Nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el epígrafe 6.4.1 de este capítulo, «Cancelación de la cuenta».

### 8.1.6 Régimen de las operaciones de pago no autorizadas

La normativa de servicios de pago 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 para estos casos las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago.

Entre sus peculiaridades, cabe destacar lo siguiente:

- Es aplicable a cualquier dispositivo 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 13 meses desde la fecha del adeudo.
- El límite de responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas se aplicará cuando el instrumento de pago hubiera sido extraviado, sustraído o apropiado indebidamente por un tercero, sin que se requiera que en la pérdida de la posesión haya mediado 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 ni una microempresa, las partes pueden convenir que no resulten de aplicación determinados preceptos.

#### *Distinción con operaciones autorizadas*

Nos encontraríamos ante operaciones autorizadas, por ejemplo, cuando se trate de pagos, ya sea con tarjeta —física o vinculada a una aplicación de pago móvil— o por transferencia —ordinaria, inmediata, a cajero automático, etc.—, realizados por un



usuario en la creencia de que estaba comprando (o incluso vendiendo) un producto anunciado en un sitio web, arrendando un inmueble o contratando un servicio. Sin embargo, después de efectuar el pago, sucede a menudo que dicho usuario se percata de que ha podido ser víctima de una estafa, pues no recibe el bien adquirido, no existe el inmueble que alquiló, el receptor del pago lo ha bloqueado y ya no contesta a sus llamadas, correos electrónicos o wasaps, etc.

Dado que la orden de pago fue correctamente autorizada, de forma presencial o telemática, con los elementos de autenticación y autorización previstos al efecto, cursándose instrucciones a su entidad en ese sentido, esta no podría revocar la operación sin autorización del beneficiario de esta. La valoración de la posible existencia de un vicio en la formación del consentimiento del cliente bancario no pertenece al ámbito de competencias de este DCMR, debiendo ser determinada, de considerarlo así las partes, por los órganos jurisdiccionales.

En los expedientes analizados durante 2019 se ha observado el aumento de reclamaciones en las que intervienen técnicas empleadas por ciberdelincuentes, como el *phishing* (por *e-mail*), *vishing* (de forma telefónica) o el *smishing* (vía SMS), por las que estos se hacen pasar por las entidades financieras, o incluso por organismos públicos o empresas de reconocida trayectoria, suplantando su identidad y pidiendo a las potenciales víctimas que faciliten, después de clicar en un enlace —aparentemente genuino, pero, en realidad, malicioso— determinados datos personales y bancarios, bajo diferentes pretextos, como evitar el supuesto bloqueo de la cuenta o de una tarjeta o prevenir un inexistente pago fraudulento, y con el verdadero fin de lucrarse, realizando operaciones de pago a cargo de la víctima.

Otro tipo de actividad delictiva, más elaborada, detectada por el DCMR ha sido el duplicado de tarjeta SIM o *SIM swapping*. El procedimiento que utilizan los estafadores en este supuesto comienza por la obtención de datos de la víctima por diferentes vías (*phishing*, *vishing*, *smishing*), a través de un sitio falso, con métodos de ingeniería social o con el *hackeo* del teléfono móvil, entre otros. A continuación solicitan a la operadora de telefonía móvil un duplicado físico de la tarjeta SIM, de forma que, habitualmente, la original queda bloqueada. Con la nueva tarjeta SIM pueden recibir los SMS que contienen las claves de autenticación reforzada de un solo uso enviadas por la entidad financiera de la víctima, conocidas como OTP (*one-time password*). En ese contexto, aquellos también tienen la posibilidad de resetear las contraseñas de acceso a la banca electrónica de la víctima, pudiendo así contratar nuevos productos financieros a su nombre, hacer transferencias u ordenar pagos con tarjeta.

Con el ánimo de evitar ser víctimas de este tipo de estafas, este DCMR viene indicando a los usuarios de servicios de pago que deben extremar las precauciones a la hora de dar credibilidad a comunicaciones de ese tipo que pudieran recibir en sus dispositivos —teléfono fijo, móvil, ordenadores—, siendo recomendable

consultar con sus entidades financieras la veracidad de estas, pues no suelen pedir datos bancarios ni personales por ninguna de esas vías.

### *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 puesto a disposición del usuario la información sobre la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el párrafo precedente deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo (art. 43 del RDLSP).

### *Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago*

En el caso de que un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá 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 cualquier otra deficiencia (art. 44 del RDLSP).

Este departamento ha venido observando, a través del análisis de las reclamaciones recibidas, que en estos supuestos las entidades suelen requerir a sus clientes la presentación de un formulario en el que deben facilitar determinados datos relativos a la operación de pago controvertida, así como la aportación de la denuncia policial. Nada cabe objetar a las entidades al respecto, pues entendemos que dicha información resulta de razonable exigencia para la reclamación de la operación ante las redes de pago.

Ahora bien, consideramos que si, en el transcurso de la tramitación de esos expedientes, las entidades van a llevar a cabo algún abono interino en la cuenta de pago de sus clientes —relacionado con el importe de la operación reclamada—, deben informarles previamente acerca de la provisionalidad de este, de manera que los usuarios conozcan la posibilidad de que el importe de la operación vuelva a ser cargado en su cuenta una vez realizadas las correspondientes averiguaciones por parte de las entidades.

Así, el reclamante del expediente R-201907794 solicitaba la devolución de unos cargos realizados en el extranjero con una tarjeta de débito de su titularidad y que

mantenía en su poder, pues manifestaba que no los había autorizado y que comunicó la incidencia a su entidad, interponiendo asimismo denuncia policial.

Reseñaba que pocos días después el banco le devolvió la cantidad defraudada, detrayéndola una semana más tarde, para volver a reintegrársela al cabo de doce días y volver a cargar dicha cuantía, transcurridas más de siete semanas mediante sucesivos apuntes, ante lo cual la entidad no le había dado las explicaciones oportunas.

Por su parte, la entidad alegó que abonó dos veces la cantidad cuestionada en la cuenta del reclamante, cargándola en sendas ocasiones a medida que realizaba gestiones sobre la incidencia.

Este DCMR estimó que la actuación de la entidad se había separado de las buenas prácticas bancarias, al no haber acreditado que hubiese informado previamente al cliente del carácter provisional del abono del importe de las operaciones discutidas, así como por la falta de explicación suficiente sobre la razón a la que atendieron los subsiguientes abonos y cargos practicados en su cuenta, entre otros motivos.

Por otro lado, este departamento también entiende que una actuación acorde a las buenas prácticas bancarias pasa por que el SAC de las entidades facilite a los clientes, en el seno de las correspondientes reclamaciones previas, la documentación acreditativa de la correcta autorización y/o ejecución de la operación de pago cuestionada.

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

En los supuestos de operaciones de pago no autorizadas, el proveedor de servicios de pago del ordenante deberá devolver a este el importe de la operación de pago no autorizada de inmediato y, a más tardar, al final del día hábil siguiente a aquel en que se le haya notificado, restituyendo, en su caso, la cuenta de pago al estado que habría tenido de no haberse producido la operación de pago no autorizada, salvo cuando dicha entidad tenga motivos razonables para sospechar de la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España (art. 45 del RDLSP<sup>112</sup>, aplicable a las operaciones de pago realizadas desde el 24 de febrero de 2019 —al igual que las restantes disposiciones contenidas en los títulos II y III de la norma—).

A tal efecto, el Banco de España puso a disposición de las entidades un buzón de correo electrónico al que dirigir tales comunicaciones, pudiendo constituir algún indicio en que se basen tales sospechas, a modo de ejemplo, la reclamación de operaciones de pago realizadas en un amplio período de tiempo o la reticencia del

---

<sup>112</sup> Recordamos una vez más que el régimen anterior se recogía en la LSP.

cliente a aportar determinada documentación necesaria para la gestión de su solicitud de devolución de la operación de pago no reconocida, entre otros.

Todo ello, claro está, con independencia del derecho que asiste a la entidad de efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

## 8.2 Tarjetas

### 8.2.1 Gastos y comisiones

#### *Emisión, renovación y mantenimiento*

Antes de 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 8.1.3.

Entre los servicios retribuidos 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.

En las reclamaciones resueltas durante 2019 se ha analizado que las entidades estuviesen en condiciones de acreditar ante el DCMR el haber informado a su cliente de los gastos y las 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 pudo estimar que su proceder resultaba 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, incluido en el epígrafe 6.4.13.

#### *Límites de utilización y disposición de capital de la tarjeta*

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.

Las modificaciones contractuales que se pretendan realizar sobre una tarjeta, en cuanto instrumento de pago, deben realizarse, en caso de contratación con consumidores, siguiendo el procedimiento establecido en la normativa de servicios de pago y, en lo que resulte de aplicación, de conformidad con lo previsto en la normativa de transparencia de los servicios bancarios —en particular, 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 normativa de crédito al consumo<sup>113</sup>, por cuanto la tarjeta va a servir como forma de disposición de un crédito.

El cambio en las circunstancias que determinaron la fijación del límite de crédito disponible de la tarjeta podría ocasionar una reducción del límite concedido, siempre respetando el procedimiento, el plazo y las formalidades acordados en la normativa vigente, según la naturaleza de la modificación.

En los contratos de tarjeta puede 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.

En el supuesto de 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, 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.

---

113 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 2.3 de la RDLSP, en virtud del cual dicho real decreto-ley se entendía «sin perjuicio de lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza».

### *Comisión por exceso sobre el límite de crédito*

No podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, circunstancialmente, efectuar operaciones por encima del límite de crédito, 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.

Una vez aclarado lo anterior, y respecto a esta comisión, 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 del 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 tampoco cargarse 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 con sus clientes 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*

El RDLSP reconoce, en su artículo 32, la posibilidad de que en los contratos de duración indefinida las partes pudieran 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 8.1.5 de este capítulo, «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 de reembolso anticipado en el epígrafe 3.1.5 de este capítulo, 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 determinada, porque, 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.

## 8.2.2 Actuación unilateral de la entidad

### *Emisión de tarjetas sin solicitud previa*

La normativa de servicios de pago impone al proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago la obligación de abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hubieran sido solicitados, salvo en caso de que debiera sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago.

Sobre el particular, se dispone 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 es la entidad la que soporta 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 tiene el titular 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 supone implícitamente 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 (LGDCU) y otras leyes complementarias].

### *Incremento unilateral de tipos de interés*

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge en el artículo 33 del RDLSP), nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado 8.1.4, «Modificación de las condiciones del contrato marco».

Cuando la modificación del contrato marco se refiera al tipo de interés, dado que no es una condición contractual relativa a los servicios de pago, sino a la propia financiación del consumo, no puede pretenderse con estas estipulaciones que el nuevo tipo de interés sea de aplicación a la deuda contraída y viva en el momento en que la entidad decida elevar dicho tipo, pues ello implicaría una modificación del coste total del crédito en perjuicio del consumidor.

Es decir, en aquellos casos en los que contractualmente sea posible que la entidad —por contenerse en los contratos tal previsión— modifique al alza el tipo de interés pactado en el contrato de tarjeta, para su aplicación no solo a la deuda que se genere a partir de tal modificación, sino también a la deuda ya existente, el DCMR entiende que en el momento de efectuarse esta modificación, además de concretar el incremento del tipo de interés que se ha de aplicar y, por lo tanto, el importe en que aumenta el coste total de la financiación ya concedida, la aceptación de estas condiciones debe ser expresa por parte del consumidor y no tácita, como suele ocurrir en el resto de las modificaciones unilaterales de las tarjetas de crédito. Y esto es así porque deben observarse en tales modificaciones no solo las previsiones de la normativa de servicios de pago, sino también las derivadas de la normativa de crédito al consumo, siendo que modificaciones como la descrita aumentan el coste total de la financiación recibida por el cliente.

Por lo tanto, cuando las entidades emisoras de instrumentos de pago pretendan modificar, en perjuicio del consumidor, el tipo de interés aplicable a los pagos

aplazados generados por su uso, deberían advertir a sus clientes, de manera clara e inequívoca, de las alternativas de las que disponen:

- Prestar su consentimiento expreso para que se aplique el nuevo tipo de interés no solo a las nuevas disposiciones, sino también a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores. En concreto, conforme al artículo 22 de la Ley 16/2011, la modificación del coste total del crédito en perjuicio del consumidor requerirá el acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.
- No aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores, lo que llevará aparejados el bloqueo y la cancelación de la tarjeta física (plástico), permaneciendo viva la deuda anterior para su amortización de acuerdo con las condiciones vigentes hasta ese momento (incluido el tipo de interés). Esto 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), el RDLSP señala, en su artículo 40, que la entidad puede reservarse el derecho a bloquear su utilización, siempre que así se haya 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 titular pueda ser incapaz de cumplir con su obligación de pago. Asimismo, se establece que en estos supuestos, y de ser posible, la entidad debería comunicar previamente a su cliente el bloqueo, y, si no resultara posible, inmediatamente después<sup>114</sup>.

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

---

<sup>114</sup> 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.

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.

### 8.2.3 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 las obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen el deber de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan. Los contratos de tarjeta deberán especificar, junto con el resto de las condiciones contractuales, la forma de pago contratada —así como el resto de las modalidades previstas y, en su caso, la 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 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.
  - 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.

En este sentido, de conformidad con las exigencias que demandan las buenas prácticas, consideramos que los documentos de solicitud-contrato de tarjetas de crédito deberían plantearse de modo que sea el cliente quien opte por una concreta

modalidad de pago, lo que supondría por su parte un ejercicio de reflexión, estudio y comparación de las características del producto antes de su elección, de manera que pueda seleccionar la forma de pago que más se ajuste a sus necesidades, así como conocer, desde el inicio de la relación contractual, las consecuencias aparejadas a cada una de ellas.

En consonancia con lo expuesto, en el caso de un contrato de tarjeta cuya forma de pago viniera prefijada por la entidad, no resultaría acorde con las buenas prácticas ni con los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones entre entidades y clientes el que dicha característica —la forma de pago prefijada— no se recoja de forma destacada, clara y visible en el documento de solicitud de tarjeta.

A mayor abundamiento, si esa forma de pago bajo la que se emite —por defecto— la tarjeta en cuestión no figura destacadamente entre la información precontractual (INE) que debe proporcionarse al cliente con la debida antelación, el DCMR podrá apreciar la concurrencia de un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, al considerar que se trata de información especialmente relevante, en aplicación de las normas sexta y séptima a las que se refiere el punto 1.3.2.a) del anejo 3 de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio. La misma conclusión se alcanzaría en el supuesto de que no apareciesen resaltadas las diversas modalidades de pago que admite la tarjeta ni la posibilidad de su posterior modificación.

A este respecto, en los expedientes R-201902560 y R-201908954 los reclamantes manifestaban, entre otros motivos de disconformidad, que la forma de pago de su tarjeta de crédito había sido establecida por la entidad como pago mínimo, en lugar de como pago a fin de mes, lo que habría supuesto el pago de elevados intereses, con los que no estaban de acuerdo. La actuación de las entidades mereció nuestra opinión desfavorable por el hecho de que la forma de pago —pago mínimo— viniera prefijada por aquella en el documento contractual, sin que apareciese este dato de forma clara y destacada. Además, se observó que la INE aportada no tenía resaltada, como información especialmente relevante, la referente a la forma de pago preestablecida ni a las restantes modalidades disponibles, motivo por el cual se estimó que el proceder de la entidad podría suponer un quebrantamiento de la citada circular.

### *Tarjetas revolving. Lenta amortización de la deuda*

Las tarjetas *revolving* son una tipología especial de tarjeta de crédito. Su principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos, y

otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.).

Las principales características de este tipo de tarjeta son las siguientes:

- La posibilidad de activar un crédito *revolving*. Frecuentemente ofrecen la posibilidad de operar alternativamente con la modalidad de pago, diferido a fin de mes.
- La modalidad de pago asociada al crédito *revolving*. Estas tarjetas permiten 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 la amortización de la financiación solicitada, como si de un préstamo se tratara; en relación con esta cuestión, debe observarse con especial interés el criterio expuesto en el apartado precedente, donde nos referimos a las formas de pago de la deuda de la tarjeta.
- 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, y 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, 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 mayor riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

No existiendo hasta 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 2019, 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.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta importante mencionar la sentencia 149/2020, de 4 de marzo de 2020, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la que se analiza cuándo se puede considerar un tipo de interés como usurario.

Así, el Alto Tribunal se refiere a lo recogido en la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, que, en su artículo 1, establece: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado por las circunstancias del caso [...]». Y, a continuación, señala que el concepto de «interés normal del dinero» no debe entenderse como el interés legal vigente, sino como aquel interés medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito.

Por ello, atendiendo a los razonamientos de la sentencia, en sede judicial se podrá considerar usurario aquel interés que sea manifiestamente desproporcionado en comparación con el interés normal del dinero (y sin tener en cuenta otros requisitos de tipo subjetivo recogidos en la norma, como el de que haya «sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»), esto es, el tipo medio de interés en el momento de la celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que pertenezca la operación crediticia cuestionada, según las estadísticas publicadas por el Banco de España.

En todo caso, debe ser en sede judicial donde se estime si un determinado tipo de interés, pactado en el marco de un contrato de tarjeta con crédito asociado de tipo *revolving*, resulta manifiestamente desproporcionado, de acuerdo con los criterios recogidos en la citada sentencia, así como cuándo no es exigible que, acumuladamente, se den los requisitos de tipo subjetivo previstos en la norma mencionada.

En esta tipología de tarjeta, el 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 consistir en un porcentaje de la deuda (con un mínimo según el 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 deuda 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 a 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) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido.
- 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, 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 en 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 estas tarjetas surge cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o 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 en el Portal del Cliente Bancario, al que se puede acceder a través del siguiente enlace: [https://app.bde.es/asb\\_www/vencimiento.html#/principalVencimiento](https://app.bde.es/asb_www/vencimiento.html#/principalVencimiento)

También está disponible la aplicación «Simuladores. Banco de España» para dispositivos iOS y Android.

### *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 sus clientes 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 tal forma 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.

#### **8.2.4 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 estarán 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 lo siguiente:

- 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 operaciones 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 solicitudes de devolución de los cargos 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 dichos titulares.

Durante el ejercicio 2019 se han tramitado varias reclamaciones a instancia de establecimientos comerciales titulares de contratos de TPV —singularmente, agencias de viajes— que vieron retrocedidas por parte de su entidad de pagos diversas operaciones asentadas en su cuenta. En estos casos, las entidades suelen alegar que, al haber tenido conocimiento de que la operación de pago ha sido denunciada como no autorizada por el titular de la tarjeta y que la orden ha sido introducida en el sistema por parte del establecimiento sin observarse las condiciones establecidas en el contrato de afiliación al TPV para la autorización de compras no presenciales, pueden proceder al retroceso de esas operaciones. En concreto, al haber operado mediante tecleo manual de los datos de la tarjeta, el establecimiento comercial debe adjuntar, al objeto de defender la corrección de la operación, documentación adicional suficiente que acredite la correcta autenticación del cliente. Así, en expedientes como estos, en los que las condiciones generales del contrato de afiliación al TPV recogían claramente las obligaciones formales del establecimiento a la hora de aceptar pagos a través de dicho canal, y tras comprobar que estas no hayan sido observadas por la parte reclamante, el DCMR debe resolver de manera favorable a la entidad.

Por otra parte, cabe apuntar que las directrices definitivas sobre la seguridad de los pagos en Internet —publicadas por la ABE el 19 de diciembre de 2014 y dirigidas a las entidades financieras— establecen unos requisitos mínimos en el área de la seguridad de los pagos en 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 ordenante de las operaciones de pago con tarjeta a través de Internet.

Así, en las reclamaciones estudiadas en 2019 se ha consolidado la exigencia de acreditación de que las operaciones cuestionadas por los reclamantes habían

sido autorizadas mediante sistemas de autenticación reforzada por sus entidades de servicios de pago. Resulta oportuno recordar, con respecto a esta cuestión, que el artículo 46.2 del RDLSP prevé que, si el proveedor de servicios de pago del ordenante no exigiese autenticación reforzada del cliente, el ordenante solo debe soportar las posibles consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta.

Del mismo modo, y desde el punto de vista de los titulares de TPV, en el expediente R-201903987 la sociedad reclamante mostraba su disconformidad con varios cargos realizados en su cuenta por retrocesión de operaciones autorizadas a través de uno de los TPV que tenía contratados. La entidad alegó que dichas retrocesiones se habían producido por haber utilizado, de acuerdo con lo previsto en el propio contrato, mecanismos alternativos a la verificación fuerte (comercio seguro), en cuyo caso, en los supuestos de reclamación de las operaciones, como así era, sería el comercio el que asumiría los costes.

Por lo tanto, si bien la entidad se había ceñido a lo pactado con la sociedad reclamante y su actuación resultaba ajustada al precepto mencionado más arriba, se observó en el informe que resultaba evidente, tras el análisis de las alegaciones de la entidad y la documentación aportada, que no solo había permitido que un establecimiento adherido al sistema de tarjetas operase en un sistema que no exige la autenticación reforzada, sino que, además, lo tenía así previsto en la correspondiente documentación contractual.

Se recordó, por lo tanto, que las directrices de la ABE sobre seguridad de los pagos en Internet establecen, en su punto 7.5, que los proveedores de pago que ofrecen servicios de adquisición deberían solicitar de sus respectivos comercios electrónicos que ofrezcan soluciones que permitan al emisor realizar la autenticación fuerte del titular para las operaciones de pago con tarjeta a través de Internet.

En este caso, el DCMR estimó que la entidad contra la que se reclamaba se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no haber aportado documentación acreditativa de que realmente se habían producido las reclamaciones de las operaciones que habían motivado los cargos controvertidos, y al no haber explicado cómo, a pesar de existir la previsión mencionada en el párrafo anterior, consideraba que podía mantener en sus contratos una previsión que no parece ajustarse a su contenido.

#### «Contactless»

Casi todos los establecimientos comerciales disponen ya 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 un importe superior a 20 euros<sup>115</sup> (este importe máximo es el que se aplica en España, pudiendo ser diferente en otros Estados miembros, pero no pudiendo superar el límite de 50 euros), introduciendo además el PIN. Estas nuevas tecnologías introducidas por las entidades en sus instrumentos de pago, 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.

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 los 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

---

115 A fecha del cierre de esta Memoria, y como consecuencia de un nuevo acuerdo alcanzado a escala nacional entre las entidades financieras españolas miembros del sistema español de pagos con tarjeta [Sistema de Tarjetas y Medios de Pago, SA (STMP)], se ha acordado, en coordinación con las marcas internacionales, ampliar temporalmente de 20 euros a 50 euros el «límite del pago *contactless*». Esta regla se mantendrá mientras estén vigentes las medidas extraordinarias con motivo de la situación ocasionada por el Covid-19. Sobre el particular, puede consultarse su nota de prensa: <https://www.sistemapay.com/wp-content/uploads/2020/03/Nota-de-prensa-ampliacion-temporal-de-20-a-50-euros-del-l%C3%ADmite-del-pago-contactless.pdf>. Dicho acuerdo, además, se encuentra alineado con la recomendación de la ABE de 25 de marzo de 2020, que puede consultarse aquí: [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20provides%20clarity%20to%20banks%20and%20consumers%20on%20the%20application%20of%20the%20prudential%20framework%20in%20light%20of%20COVID-19%20measures/Statement%20on%20consumer%20protection%20and%20payments%20in%20the%20COVID19%20crisis.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20provides%20clarity%20to%20banks%20and%20consumers%20on%20the%20application%20of%20the%20prudential%20framework%20in%20light%20of%20COVID-19%20measures/Statement%20on%20consumer%20protection%20and%20payments%20in%20the%20COVID19%20crisis.pdf).

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, habitualmente una OTP) que solo el titular de la tarjeta debe conocer. Los datos de la tarjeta irán encriptados, de manera que el establecimiento comercial no llega a conocer esos datos.

En relación con la OTP mencionada en el párrafo anterior, que formaría parte del sistema de autenticación reforzada adoptada por muchas entidades proveedoras de servicios de pago, hay que señalar que el DCMR, si bien no ha considerado imprescindible adoptar en todos los casos acreditación de la trazabilidad de dicha OTP, sí lo ha exigido en aquellos en los que los reclamantes negaban haberla introducido o haber recibido siquiera el SMS que la contenía

Así, en el expediente R-201909939 el reclamante afirmaba no haber introducido ninguna de las contraseñas de un solo uso (OTP), que sí reconocía haber recibido en su teléfono móvil, para autorizar operaciones que no reconocía. Si bien la entidad emisora de su tarjeta alegaba que las operaciones se habían realizado en comercio electrónico seguro, donde, una vez introducidos los datos de la tarjeta, se debía autenticar al titular y autorizar la operación mediante clave de seguridad enviada por SMS, el DCMR consideró que la entidad no se había ajustado a las buenas prácticas bancarias, al no haber aportado documentación que permitiese comprobar con total seguridad que para autorizar las operaciones efectivamente se introdujeron las claves enviadas al teléfono móvil.

## 8.2.5 Pagos con tarjeta no autorizados

### *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 8.1.6 de este capítulo, «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

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

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el apartado 8.1.6 de este capítulo, «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

### *Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago*

Como indicamos anteriormente, 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. No obstante, el registro por parte del proveedor de servicios de pago de la utilización del instrumento de pago no bastará necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante 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 los 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 el 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 o de cualquier otra manera, siempre que se derive de la actuación de la entidad una gestión diligente de la reclamación instada. Y ello en el supuesto de operaciones efectuadas tanto 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.

#### *Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído*

El artículo 32 de la LSP preveía que el ordenante tan solo soportaría hasta un máximo de 150 euros —desde el 24 de febrero de 2019 se ha reducido a 50 euros, por mor de lo dispuesto en el vigente RDLSP<sup>116</sup>— de las pérdidas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, 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 este 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, la sustracción o la 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 por negligencia grave, de las obligaciones que corresponden al titular en relación con el instrumento de pago.

---

116 Otra novedad interesante en relación con esta cuestión, introducida por el Real Decreto-ley 19/2018, es la de que el ordenante quedará exento de toda responsabilidad en caso de sustracción, extravío o apropiación indebida del instrumento de pago cuando las operaciones se hayan efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos impresos en el propio instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia del instrumento de pago y las credenciales de seguridad, y haya notificado dicha circunstancia sin demora.

### *Fraude con datos de tarjetas*

Dentro del apartado que ahora analizamos, y en lo que respecta a la responsabilidad del servicio de pago por operaciones de pago no autorizadas, cabe incluir, a juicio del DCMR, aquellas en las que el titular no ha perdido la posesión del plástico.

En estos casos, 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, todo ello en los términos que señala la normativa de servicios de pago.

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 del 24 de marzo de 2015<sup>117</sup> y que han sido incorporadas al derecho positivo a través de las normas sobre seguridad del vigente Real Decreto-ley 19/2018. Estas previsiones 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 excepciones<sup>118</sup>—, que los proveedores de servicios de pago, para autorizar las operaciones de pago por Internet o para modificar datos sensibles, usen

---

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

118 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.

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 ABE, deben ser independientes entre sí (es decir, la violación de uno no debe comprometer la seguridad de los otros), y al menos uno de ellos no debe ser reutilizable ni reproducible, ni debe resultar posible su sustracción, de manera subrepticia a través de Internet.

Del contenido de dichas directrices también interesa destacar su punto 5, que establece que los proveedores de servicios de pago deben contar con procesos que garanticen que todas las operaciones, así como el flujo del proceso del mandato electrónico, quedan adecuadamente 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.

#### 8.2.6 Programas de fidelización en tarjetas y tarjetas de pago en circuito cerrado

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.

Del mismo modo, no alcanzan las competencias del DCMR al análisis de actuaciones relativas a determinados usos de tarjetas que permiten a su titular adquirir bienes o servicios únicamente en los locales del emisor.

Así, en el expediente R-201908469 se pudo comprobar que la entidad emisora de la tarjeta estaba autorizada por el Banco de España en relación con su actividad de adquisición de operaciones de pago, pero con respecto a los motivos de reclamación resultaba de aplicación la exclusión prevista en el artículo 4.k) del Real Decreto-ley 19/2018<sup>119</sup>, por lo que el DCMR no pudo emitir pronunciamiento alguno en el marco del expediente.

En efecto, el DCMR pudo comprobar que, por un lado, los motivos de reclamación planteados no se incluían dentro de la actividad para la que la entidad contra la que se reclamaba había solicitado autorización. Por otro, se podía inferir de la documentación aportada que la tarjeta objeto de reclamación estaba destinada a permitir a su titular adquirir bienes o servicios dentro de una red limitada de proveedores en virtud de un acuerdo comercial directo con el emisor, por lo que quedaba claramente afectada por la exclusión expresamente prevista en la normativa anteriormente mencionada.

### 8.2.7 Dinero electrónico

La regulación de esta materia está contenida en la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, 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 interesa a nuestra exposición, 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.

---

119 Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de diciembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. «Artículo 4. *Exclusiones a la aplicación*. Este real decreto-ley no aplicará a las siguientes actividades: [...] k) los servicios basados en instrumentos de pago específicos que solo se pueden utilizar de forma limitada y que cumplan alguna de las condiciones siguientes: 1.º Instrumentos que permiten al titular adquirir bienes o servicios únicamente en los locales del emisor o dentro de una red limitada de proveedores de servicios en virtud de un acuerdo comercial directo con un emisor profesional, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente [...].»

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 antes de que este quede vinculado 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.

### 8.3 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.

Una vez completada la migración a SEPA, las transferencias se tramitan, como ya hemos señalado, bien por compensación interna —si beneficiario y ordenante tienen cuenta de pago en el mismo proveedor de servicios de pago—, bien por compensación interbancaria, de forma residual a través de TARGET2-BE y, con carácter más general, a través de los subsistemas de transferencias del SNCE, esto es, el Subsistema General de Transferencias SEPA, regulado por el *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook*, el Subsistema General de Transferencias SEPA Inmediatas, así como el Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones<sup>120</sup>, cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001.

---

120 A través de dicho subsistema se intercambian las siguientes operaciones denominadas en euros: transferencias de 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, y órdenes de traspaso de fondos de inversión.

El *rulebook* refleja el esquema diseñado por el Reglamento (UE) 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 disposiciones y procedimientos que regulan su operativa de sistemas y servicios, establecida de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, señalando dicho precepto que ese reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE. Además, el referido artículo 2 indica que tanto el reglamento como las instrucciones operativas serán de obligado cumplimiento para todas las entidades miembros, en función de su tipo de participación.

Finalmente, cabe indicar que, en caso de conflicto, prevalecerá lo dispuesto por la normativa de servicios de pago y por el Reglamento (UE) 260/2012 sobre las reglas interbancarias, pues estas solo resultan obligatorias para las entidades que participan en el SNCE y no son oponibles a la clientela.

En todas las transferencias que se ejecuten contra una cuenta, los proveedores de servicios de pago 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 las exigencias de transparencia establecidas por la normativa aplicable y las buenas prácticas que deben ser observadas en toda la operativa bancaria.

### 8.3.1 Identificador único

La normativa de servicios de pago señala que 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 o la cuenta de pago de ese otro usuario en una operación de pago, y que vendría dado por el número de cuenta (IBAN) facilitado para la ejecución de la orden de pago.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del RDLSP, cuando una orden de pago se ejecute conforme al identificador único, dicha orden se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario indicado en dicho identificador, no siendo responsable el proveedor de servicios de pago de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación cuando el identificador único que le hubiera facilitado el usuario fuera incorrecto. No obstante, en esos casos se exige que la entidad proveedora de servicios de pago del ordenante de la operación

realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo repercutir por dichas gestiones los gastos de recuperación que se hubieran convenido en el contrato marco.

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.

En este contexto, en el asunto C-245/18 el TJUE analizó una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, referente a la interpretación de los artículos 74<sup>121</sup> y 75 de la citada Directiva 2007/64/CE (actualmente derogada por la Directiva 2015/2366), con respecto al abono de una transferencia por parte del proveedor de servicios de pago del beneficiario, pues resultaba en ese caso que la operación se había cursado indicando el ordenante un IBAN o identificador único erróneo, y el banco de destino, proveedor de servicios de pago del beneficiario, no había comprobado que el IBAN no se correspondía con el nombre de la persona designada como beneficiaria en la propia operación.

Pues bien, en el referido asunto el TJUE declaró que el artículo 74, apartado 2, de la directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago, y tal identificador no corresponda al nombre del beneficiario indicado por ese mismo usuario, la limitación de la responsabilidad del proveedor de servicios de pago establecida en esa disposición se aplicará tanto al proveedor de servicios de pago del ordenante como al del beneficiario.

Por otra parte, conviene recordar que los demás datos consignados en la orden de transferencia (entre ellos, el concepto incluido en esta) son mensajes destinados al beneficiario de los fondos, y no a la entidad. Por lo tanto, si el ordenante pretende hacer una imputación de pagos o cursar alguna instrucción a la entidad beneficiaria sobre los fondos transferidos, deberá remitir a dicha entidad comunicación ajena a la 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 expediente R-201904787, la reclamante mostraba su disconformidad con la ejecución de una transferencia emitida para el pago de una factura, pidiendo su devolución porque en la orden de pago consignó un número de cuenta (IBAN) erróneo, que no pertenecía a la persona a la que realmente quería enviar los fondos.

---

121 El mencionado artículo 74, apartado 2, al que se refiere la sentencia del TJUE se corresponde en la actualidad con el artículo 59, apartado 2, del RDLSP.



La entidad ordenante reclamada alegó que la reclamante había ordenado la transferencia a través de la banca electrónica, solicitando con posterioridad que se hiciera todo lo posible por reclamar al banco beneficiario que la operación volviera a su origen. Manifestó, además, aquella entidad que tramitó una solicitud de retrocesión de la transferencia, siendo rechazada por la entidad beneficiaria, circunstancia ratificada en las alegaciones de esta última, matizando que ello se debió a la falta de fondos en la cuenta beneficiaria.

Desde un punto de vista bancario, este DCMR no encontró motivos para emitir un pronunciamiento contrario al proceder de las entidades reclamadas, pues de la documentación aportada al expediente se evidenciaba que la operación de pago se había ejecutado conforme al IBAN beneficiario indicado en la orden instruida por la reclamante, esto es, el identificador único, sin que las entidades deban comprobar la correspondencia entre el nombre del beneficiario indicado en la orden y el del titular de la cuenta receptora. Por otra parte, tanto la entidad ordenante como la beneficiaria gestionaron la solicitud de retrocesión referida, sin que el resultado fuera favorable para la reclamante, a quien se le recordó su derecho de poner los hechos en conocimiento de los tribunales de justicia al objeto de exigir la devolución de los fondos a la persona receptora de la transferencia.

En la R-201818162, el reclamante —beneficiario de la operación— mostraba su disconformidad con la falta de devolución al ordenante de una transferencia que fue abonada en su cuenta, habiendo solicitado en su oficina la retrocesión de la operación por no corresponderle ese dinero y al encontrarse en litigio con el ordenante de esta —una entidad aseguradora—. Tampoco estaba de acuerdo con la solución ofrecida por el SAC, consistente en ordenar una transferencia para devolver el importe controvertido a la aseguradora ordenante.

En sus alegaciones, la entidad señaló que la operación se ejecutó con base en el identificador único, y que desde la oficina se realizaron gestiones con la finalidad de devolver la transferencia, sin que pudiesen culminarse con éxito, remitiendo al cliente una carta en la que se explicaba la actuación seguida por el ordenante de la transferencia en el marco de la relación subyacente a la operación de pago.

En el informe motivado, este DCMR indicó al reclamante que las transferencias, como operaciones de pago, son abonadas conforme al identificador único, en la cuenta indicada por el ordenante al momento de iniciar la operación, sin que la normativa reguladora contemple la previa recogida del consentimiento del beneficiario para dicho abono, como tampoco derecho alguno de este a la retrocesión de la operación de transferencia, debiendo ser el ordenante del pago quien, en su caso, podría instar dicha retrocesión, por lo que el DCMR tuvo que abstenerse de emitir un pronunciamiento.

### 8.3.2 Irrevocabilidad de las transferencias

La transferencia constituye un mandato de pago irrevocable, por lo que, con carácter general, 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.

El criterio general de irrevocabilidad de las transferencias ordenadas adquirió rango legal en su día con la entrada en vigor de la LSP, estableciendo actualmente el RDLSP, en su artículo 52 (recordemos que esta norma supuso la derogación de la primera), que, con carácter general, 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.

La retrocesión de una transferencia fue el objeto solicitado por la reclamante del expediente R-201904050, pues afirmaba haber sido víctima del engaño de un supuesto bróker.

La entidad alegó que la reclamante había ordenado la transferencia por banca electrónica, autorizándola con sus credenciales. No obstante, cuando aquella puso en su conocimiento los hechos acaecidos, realizó gestiones ante la entidad beneficiaria de la operación de pago.

Recordando que la opinión del DCMR se debe centrar exclusivamente en las cuestiones bancarias y que este no tiene competencias para valorar si se ha producido un ilícito penal —pudiendo dirigirse las partes en este punto a los tribunales de justicia—, no se estimó que la actuación de la entidad reclamada fuera contraria a las buenas prácticas y usos financieros, por cuanto, una vez ordenada la transferencia reclamada, el usuario de servicios de pago no puede revocarla, siendo necesario para ello el consentimiento del beneficiario de la operación. A mayor abundamiento, quedó acreditado que la entidad tramitó una solicitud de devolución de la operación ante el banco beneficiario, recibiendo una respuesta negativa.

Diferente es el tratamiento que debe darse al supuesto de una transferencia que se abona en la cuenta de un determinado beneficiario —y, en correspondencia, se carga en la de un usuario de servicios de pago— por duplicidades o errores atribuibles a la propia entidad ordenante. Este aspecto será expuesto con mayor detalle en el apartado «Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente».

Cuestión distinta sería el rechazo de la orden de transferencia por parte del proveedor de servicios de pago del beneficiario, en el que los fondos no llegan a ser abonados

en la cuenta del beneficiario por determinados motivos, entre los cuales cabe destacar el caso de que la cuenta destinataria estuviese cancelada.

### 8.3.3 Comisiones y gastos de las operaciones de pago

Como indicamos anteriormente, en toda prestación de servicios de pago en la que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en España, o uno de los proveedores esté situado en España y el otro u otros lo estén en otro Estado miembro de la UE, o en la que solo intervenga un proveedor de servicios de pago que esté situado en España, 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 (artículo 35 del RDLSP).

En cuanto a los requisitos de información previa al usuario de servicios de pago sobre este aspecto, resulta esencial conocer si la transferencia de la que se trate se ejecuta al amparo de un contrato marco o, por el contrario, debe tener la consideración de operación singular.

En la R-201906764, el reclamante mostraba su disconformidad con el cobro sin previo aviso de una comisión por la recepción de una transferencia nacional, siendo el concepto «gastos SHARE o SHA (compartidos)».

En sus alegaciones, la entidad señaló que el emisor había indicado en su envío «gastos SHARE o SHA (compartidos)», es decir, que el beneficiario asumía los gastos que su entidad tenía estipulados para este tipo de operaciones, añadiendo que la comisión cuestionada figuraba en el folleto de tarifas publicado en sus oficinas y en su sitio web.

Analizada la documentación aportada al expediente, este DCMR concluyó que, sin perjuicio de la libertad de pacto de las entidades en el establecimiento de comisiones, la reclamada podría haber quebrantado la Orden EHA/1608/2010, puesto que, tratándose de una operación de pago amparada en el contrato marco, no constaba en él la información relativa al importe de la comisión que se iba a repercutir a su cliente por la recepción de dicha transferencia.

Y en la R-201900227, la reclamante estaba disconforme con el cargo de comisiones por recepción de transferencias en su cuenta, procedentes de otra cuenta de su titularidad abierta en Suiza, centrandó su discrepancia en la consideración de que, al pertenecer dicho país a la SEPA, resultaría de aplicación al caso lo dispuesto por los Reglamentos (UE) n.º 260/2012 y n.º 924/2009.

La entidad alegó que el Reglamento n.º 924/2009, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos, resulta de aplicación a las operaciones de

carácter nacional e intracomunitario, cosa que no ocurriría en el caso reclamado, pues Suiza no es uno de los Estados miembros de la UE. Esta circunstancia también fue expuesta en la opinión de este departamento, reseñando que las referidas normas aluden al concepto de «pago transfronterizo», estableciendo a la vez su propia definición a estos efectos.

Una vez comprobada la adecuación de las comisiones reclamadas con las incluidas en el clausulado contractual, así como la información proporcionada en los justificantes de abono de las transferencias recibidas, este departamento no encontró motivos para emitir un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada. Por lo que se refiere a los tipos de cambio, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019<sup>122</sup>, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante ofrezca un servicio de conversión de divisas en relación con una transferencia<sup>123</sup>, comunicará al ordenante, de forma neutra y comprensible, el importe total estimado de la transferencia en la divisa de la cuenta del ordenante, incluidos los gastos de la transacción y las comisiones por conversión de divisas, indicándole asimismo una estimación del importe que se transferirá al beneficiario en la divisa utilizada por el beneficiario (véase apartado 5.3.2 de este capítulo, «Tipos de cambio»).

En el caso de que dicha operación se inicie directamente en línea a través del sitio web o la aplicación de banca móvil de dicho proveedor de servicios de pago, también comunicará al ordenante antes del inicio de la operación<sup>124</sup> una estimación de las comisiones por los servicios de conversión de divisas aplicables a esta.

Por otra parte, el artículo 53 del RDLSP, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», establece que, con carácter general, los proveedores de servicios de pago del ordenante y 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 deducir 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

---

122 Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas, en vigor desde el 18 de abril de 2019 y aplicable, en lo que se refiere al aspecto citado, a partir del 19 de abril de 2020.

123 Que, según se define en la Directiva (UE) 2015/2366, es un servicio de pago destinado a efectuar un abono en una cuenta de pago de un beneficiario mediante una operación de pago o una serie de operaciones de pago con cargo a una cuenta de pago de un ordenante por el proveedor de servicios de pago que mantiene la cuenta de pago del ordenante, y prestado sobre la base de las instrucciones dadas por el ordenante.

124 En lo que respecta al artículo 45, apartado 1, y el artículo 52, apartado 3, de dicha directiva, que se corresponden, respectivamente, con los artículos 9, apartado 1, y 14, apartado c), de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre.

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.

Si se deducen del importe transferido otros gastos distintos de los contemplados en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario del importe total de la operación de pago iniciada 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 UE, 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 53 del RDLSP.

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.

El objeto de la reclamación del expediente R-201905135 se correspondió con los gastos adeudados por el banco español reclamado —beneficiario— en el momento de recibir el reclamante —su cliente beneficiario—, en su cuenta en dólares, una transferencia ordenada en esa misma divisa desde otra cuenta de su titularidad abierta en un banco extranjero. Afirmaba que la entidad española le había informado de que la operación se efectuaría con gastos OUR —por cuenta del beneficiario—, pero resultó que para su ejecución tuvo que intervenir un corresponsal americano, que por protocolo funcionaba con gastos SHA, motivo por el cual el reclamante solicitaba que se aplicasen gastos OUR en lugar de SHA.

Alegó la entidad que informó debidamente a su cliente de dicha comisión al facilitarle en su momento copia firmada de toda la documentación contractual y el anexo de comisiones, indicando que el importe repercutido se correspondió con el previsto en dicha información para las transferencias exteriores. También destacó que el cliente había ordenado la transferencia en dólares desde una entidad asiática, especificando gastos OUR y participando como intermediario de esta un banco americano. Esta circunstancia supuso que, a su vez, interviniese otro corresponsal americano en nombre de la entidad española beneficiaria, recibiendo estos dos últimos la orden de pago en divisa con gastos SHA.

Además, la reclamada solicitó explicaciones a su corresponsal, señalando este que, al haber incluido la entidad ordenante al intermediario de Estados Unidos, la orden de pago pasó por las cámaras americanas, cambiándose, por defecto, en sus sistemas de OUR a SHA.

Por parte del DCMR no se encontraron motivos de reproche a la actuación de la entidad reclamada beneficiaria, recomendándole que, ante la solicitud de sus clientes, extreme las precauciones a la hora de facilitarles explicaciones relativas a la posible existencia de gastos en la recepción de transferencias internacionales que pudieran derivarse de la necesaria intervención de otras entidades intermediarias.

#### 8.3.4 Fecha de abono

De acuerdo con lo dispuesto por la normativa de servicios de pago, 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. Por otra parte, 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.

#### 8.3.5 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 pago de la 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 escala nacional como entre países de la SEPA, cuyos fondos estarán 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 están adheridas a este esquema la mayor parte de las entidades bancarias españolas, que ya ofrecen a sus clientes este servicio de transferencias instantáneas.

Como indicábamos, los proveedores de servicios de pago no están obligados a ofrecer pagos inmediatos a sus clientes, si bien con el ánimo de facilitar que un mayor número de proveedores ofrezcan dicha prestación, el BCE desarrolló el servicio de liquidación de pagos instantáneos TARGET [TARGET *Instant Payment Settlement* (TIPS)], 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 nació Bizum, proyecto conjunto de solución de pagos de la banca española, que nació 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, entre otras prestaciones, 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 normativa de servicios de pago, 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.

### 8.3.6 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 8.1.6, «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».



### *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 8.1.6 de este capítulo, «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

### *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 8.2.5 de este capítulo, «Pagos con tarjeta no autorizados», y al epígrafe incluido en el apartado 8.1.6, «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas».

### *Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente*

Creemos relevante recordar que las transferencias realizadas de acuerdo con el identificador único (IBAN) consignado por el ordenante se considerarán correctamente ejecutadas en relación con el beneficiario especificado en dicho identificador. A este respecto, para las órdenes de pago iniciadas directamente por el ordenante, el artículo 60.1 del RDLSP establece que el proveedor de servicios de pago del ordenante será responsable frente a este de la correcta ejecución de la operación de pago, a menos que aquel pueda demostrar al ordenante y, en su caso, al proveedor de servicios de pago del beneficiario que este último proveedor recibió el importe de la operación. De ser así, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de su correcta ejecución.

Si, de acuerdo con lo anterior, resultó ser responsable la entidad del ordenante, esta devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad objeto de la operación de pago.

En el supuesto de que fuese responsable la entidad del beneficiario, esta pondrá a disposición del beneficiario, de forma inmediata, el importe de la operación.

En estos casos, y con independencia de cuál de los proveedores de servicios de pago fuese responsable, el del ordenante tratará de rastrear la operación de pago inmediatamente, notificando a su cliente los resultados, sin que por ello pueda cobrarle gasto alguno.

Cuando se trate de errores 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, con base en el principio de irrevocabilidad de estas operaciones de pago, 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.

Si la incidencia consistiese en duplicidades o errores al emitir la transferencia, atribuibles a la entidad ordenante, esta instará la correspondiente solicitud de retrocesión prevista en la Instrucción SNCE/CE/13/007, dirigida a la entidad beneficiaria. Si la petición fuese atendida por esta última, al concurrir los requisitos interbancarios necesarios, dicha entidad beneficiaria deberá comunicar esta circunstancia a su cliente —beneficiario—, previa o simultáneamente a la anulación del abono. En un supuesto como este, el DCMR exige también de la entidad beneficiaria, ante la disconformidad del beneficiario al verse desprovisto del importe de la transferencia (alegando, por ejemplo, que los fondos le pertenecían por una relación subyacente que mantenía con el ordenante), que remita a la entidad ordenante una solicitud de ampliación de información, con la finalidad de poder dar las explicaciones adecuadas al beneficiario desposeído de los fondos.

A estos efectos, las entidades participantes deberán tener en cuenta lo establecido en la citada instrucción operativa, que regula las responsabilidades de las entidades con respecto al procedimiento interbancario para las solicitudes de retrocesión de transferencias SEPA, y en el SEPA *Credit Transfer Scheme Rulebook*, que prevé el intercambio de información a través de determinados ficheros, que, en el caso de tratarse de entidades representadas (es decir, que no participan directamente), pueden tener alguna especificidad, resultándoles igualmente aplicables tanto la normativa del SNCE como los *rulebooks* del Consejo Europeo de Pagos.

Por otra parte, 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 afectar al buen funcionamiento del servicio prestado, exigiéndose que, en aras de la transparencia, dichos cambios sean debidamente informados a los clientes.

## 8.4 Adeudos domiciliados

### 8.4.1 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 en que en este 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, con el objetivo de 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, correctamente firmada, debe conservarse por el emisor.
- Ha de informarse al pagador, en tiempo y forma, del importe y del concepto del cargo.
- El importe que se ha de pagar por el deudor debe coincidir con lo esperado por este.

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, pueden usar el adeudo domiciliado SEPA de manera puntual. Hemos de precisar que no existe impedimento alguno para que el beneficiario y el ordenante puedan ser la misma persona, ni tampoco límites a la cantidad que puede soportar el adeudo domiciliado.

En los casos planteados a este respecto, 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 desde la entidad B con destino a la entidad A una orden de transferencia, en orden a eludir los mayores costes que, en ocasiones, esta le puede comportar.

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, y especialmente al principio de disponibilidad de los fondos del artículo 58.1 del RDLSP, que señalaba 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.

#### 8.4.2 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 (CORE).

Todas las entidades financieras que ofrecen servicios de pago de adeudos directos deben estar adheridas al esquema básico SEPA.

Por el contrario, la modalidad B2B es de uso exclusivo para empresas, autónomos o profesionales, y tiene carácter voluntario para las entidades, de modo que no todos los proveedores del servicio de pago de adeudos domiciliados lo prestan. Por tanto, el usuario potencial del esquema debe comprobar si los proveedores de servicios de pago, tanto del beneficiario como del ordenante, participan en el esquema.

Por su secuencia, podemos decir que hay adeudos domiciliados puntuales, debiendo tener cada cobro puntual un mandato y un código diferente, y recurrentes.

### 8.4.3 La orden de domiciliación o mandato

Para que se pueda emitir un adeudo domiciliado, es presupuesto necesario la existencia de una orden de domiciliación o mandato. El mandato es una autorización concedida por el ordenante o deudor para que a partir de una fecha se pueda iniciar el cargo en 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 considerará que la operación no está autorizada. El mandato debe estar suscrito por firma autógrafa o por firma electrónica avanzada del deudor, y es válido hasta que se produzca una retirada del consentimiento o aquel caduque.

Desde que entró en vigor la LSP, es imprescindible que exista autorización previa de carácter genérico por parte del titular de la cuenta o del autorizado en esta 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 que contemplaba dicha ley a la existencia de una orden de domiciliación, como la acabamos de definir, era la existencia de una orden tácita anterior a su entrada en vigor (esto es, al 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 tal forma que en el proceso de migración se dotó de validez y continuidad a las domiciliaciones que existían antes de la fecha mencionada en el ámbito de los adeudos básicos SEPA.

Sin embargo, los adeudos directos SEPA B2B (entre no consumidores) requieren un mandato o una autorización expresa del deudor a la entidad financiera para que se proceda a cada cargo en cuenta.

#### 8.4.4 El adeudo domiciliado B2B

En el adeudo directo B2B, ordenante y beneficiario deben ser empresas o autónomos y la orden de domiciliación debe especificar que se acepta operar expresamente en el esquema B2B. Una vez conferida dicha autorización, y antes de la emisión del adeudo, el acreedor o beneficiario notificará al deudor que se va a emitir aquel, y, antes de asentar el cargo en la cuenta, las entidades recabarán el específico consentimiento del deudor al cargo, siendo necesaria una autorización por cada adeudo. Estas formalidades tienen su explicación en que en este esquema el deudor renuncia al derecho a ser reembolsado por su entidad financiera una vez cargado en cuenta el recibo, que puede ser rechazado o devuelto por los proveedores de servicios de pago que intervienen en la operativa, por otros motivos, hasta dos días hábiles después del vencimiento.

En el expediente R-201904127, la sociedad reclamante mostraba su disconformidad con la entidad porque había aceptado la devolución de un adeudo, por parte del banco del deudor, supuestamente fuera de los plazos establecidos para ello. La entidad alegó que la orden había sido emitida bajo la modalidad B2B al librado, que según el reglamento «SEPA Business to Business Direct Debit», en su versión 1.1, aprobada el 18 de octubre de 2017, contempla un plazo máximo de devolución de estos adeudos de 3 días hábiles interbancarios (D+3).

El DCMR comprobó que, en realidad, a la operación controvertida resultaba de aplicación la versión 1.2 del reglamento, aprobada el 22 de noviembre de 2018 y que entró en vigor el 1 de enero, en la que se establecía ese mismo plazo de devolución, por lo que se estimó que la entidad había actuado correctamente.

#### 8.4.5 El adeudo domiciliado básico SEPA

El adeudo directo SEPA del 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 SEPA. Se requiere la existencia previa de consentimiento por parte del titular o autorizado de la cuenta de cargo para que todos los adeudos directos de similares características puedan ser imputados en cuenta. Este consentimiento

se reflejará en la mencionada orden de domiciliación o 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 del que se trate—), deberá también indicarse esta circunstancia por los procedimientos interbancarios 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 única operación o de 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).

Si bien no se han presentado reclamaciones relacionadas con este tema, resulta oportuno citar la sentencia del TJUE de fecha 5 de septiembre de 2019, en el asunto C-28/18, por la que falla que el artículo 9.2 del Reglamento 260/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se excluya el pago por adeudo domiciliado en euros efectuado a través del régimen de adeudos domiciliados establecido en el ámbito de la UE (adeudo domiciliado SEPA) cuando el ordenante no tiene su domicilio en el mismo Estado miembro que aquel en el que el beneficiario ha establecido la sede de sus actividades.

Por lo tanto, se debe entender que ningún emisor de recibos (tampoco las entidades financieras) podría rechazar una cuenta de cargo de dichos adeudos por el hecho de que el ordenante no tenga su domicilio en el mismo Estado que el beneficiario.

#### 8.4.6 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, teniendo su base legal en los artículos 59 y 60 del RDLSP.
- 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 51 del RDLSP. Para mayor

información al respecto, nos remitimos al siguiente apartado, «Devolución de recibos».

- 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 43, 48 y 49 del RDLSP.

#### 8.4.7 Devolución de recibos

La normativa regula el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados, distinguiéndose dos plazos para ello en función de si el cargo en cuenta estaba previamente autorizado o no:

- 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 comunicarlo 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). Como hemos visto, en el caso de adeudos domiciliados B2B, el plazo máximo acordado entre no consumidores en el esquema para la devolución por incorriente es de dos días.

En el sistema de adeudos domiciliados básico, el acreedor podrá negarse a la devolución, aportando copia del mandato vigente, en la fecha de cargo del recibo.

- Si el adeudo estaba previamente autorizado, el cliente tendrá un derecho incondicional a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas en el caso de adeudos domiciliados en euros cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante y del beneficiario estén radicados en la Unión o cuando el único proveedor de servicios de pago que intervenga en la operación esté radicado en la Unión.
- En el caso del resto de los adeudos domiciliados, a los que resulte de aplicación la norma, tendrán derecho a la devolución, siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:
  - Cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago.



- 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 del caso.

No obstante, en todos los casos, el ordenante y el proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que aquel no tenga derecho de reembolso si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) que el ordenante haya dado su consentimiento para que se ejecute la operación de pago directamente al proveedor de servicios de pago, y
- b) que el proveedor de servicios de pago o el beneficiario hayan proporcionado o puesto a disposición del ordenante, en la forma acordada, información relativa a la futura operación de pago al menos con cuatro semanas de antelación a la fecha prevista.

A petición de la entidad, el ordenante deberá aportar datos de hechos referentes a dichas condiciones. En el plazo de diez días hábiles desde su recepción por parte de la entidad, esta 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.

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 trascendencia. 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 se dejaron de emitir. Esto no debió ocurrir si lo que el cliente pretendía era la devolución por duplicidad de un recibo en particular, toda vez que 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.

Distinto del caso de la devolución de recibos es el rechazo de la ejecución de una orden de pago por parte del proveedor de servicios de pago del ordenante. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 del RDLS, la entidad deberá notificar al usuario de servicios de pago tanto dicha negativa como los motivos de esta, y el procedimiento para rectificar los posibles 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 las siguientes: IBAN de la cuenta incorrecto, cuenta cancelada o bloqueada, o que la cuenta no admita adeudos directos por razones normativas, formato de fichero incorrecto, saldo insuficiente, operación duplicada o mandato no válido o inexistente (este es el motivo utilizado para el caso del mandato cancelado, para 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.

#### 8.4.8 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, el RDLSP establece, en el punto 3 de su artículo 36, que el ordenante podrá retirar el consentimiento a una orden de pago en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a la que se refiere el artículo 52 del RDLSP. 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 52 prevé que «en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución fijados en este real derecho-ley, el ordenante 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 se 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.

Por otra parte, se ha podido observar en algún expediente de reclamación que algunas entidades permiten el cargo de recibos sin existir saldo en cuenta suficiente para ello, con el correspondiente cargo de las correspondientes comisiones e

intereses pactados para esos casos, procediendo, a continuación, a la devolución de dichos recibos.

Con respecto a esta cuestión, procede recordar que las entidades no están obligadas a atender adeudos domiciliados en caso de no disponer de saldo suficiente, ya que esto 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.

Sin embargo, en el caso de que decidan atender el pago de dichos recibos, su posterior devolución podría ser considerada contraria a la normativa de servicios de pago, que solo prevé el derecho a solicitar la devolución de operaciones de pago a iniciativa del ordenante.

## **8.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja**

### **8.5.1 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 petitionerio 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, y asegurándose, por otra parte, de que se cumple el régimen de disposición pactado para la cuenta.

### **8.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago**

La LSP establece, en su artículo 42 (37 del RDLSP), 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.

### 8.5.3 Discrepancia en 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 (44 del RDLSP).

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.

## 8.5.4 Billetes y monedas

### *Billetes falsos*

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 las monedas en euros que han recibido y que tienen previsto volver a poner en circulación, retirando de la circulación los billetes y las monedas falsos que detecten. 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 crédito<sup>125</sup>. Si de la peritación efectuada en el Centro Nacional de Análisis resultara que el billete o los billetes remitidos fueran legítimos, su importe será abonado con la mayor brevedad posible 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 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro. En este sentido, el artículo citado *in fine* establece que, excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de 50 monedas en un único pago.

---

<sup>125</sup> 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.

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 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, recotar, empaquetar y transformar la entrega periódica de moneda fraccionaria para su ingreso en la cuenta del titular, o la remisión o entrega de reintegros en efectivo en moneda fraccionaria, según solicitud del cliente.

Esta atención especial requerida puede producir importantes distorsiones en las oficinas en horario de atención al público, además de romper el equilibrio inicial entre prestaciones y contraprestaciones consideradas en el contrato 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 pensar que la entidad estuviera legitimada para denegar el recuento instantáneo de la moneda fraccionaria entregada para su ingreso si excediese de 50 monedas. Por ello, si se aceptase esta interpretación analógica de la norma citada, no teniendo obligación de admitir más de una determinada cantidad de monedas<sup>126</sup>, 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 50 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

---

126 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

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 incluye 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 por un tercero, en este último caso no se podrán traer a la relación contractual entidad-cliente las relaciones que la entidad haya establecido con el proveedor del servicio con el que haya subcontratado su prestación más que cuando las asuma como propias frente a su cliente en el contrato que suscriba con este último.

Así las cosas, de producirse una retrocesión posterior del abono registrado, en aplicación del criterio anterior, y mantener las partes opiniones contrarias al respecto, este DCMR carecería de competencias para resolver esta cuestión, que exigiría fijar indubitadamente el pacto que subyace y las responsabilidades que debieran imputarse a las partes intervinientes, para lo que los interesados tendrían que dirigirse a los tribunales de justicia.

Al margen de lo anterior, el DCMR sí valora, cuando así se plantea, determinados aspectos de transparencia, como las indicaciones de 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 hacen 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 informen 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 adquiriera 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 el recuento de un número elevado de monedas, 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.

### 8.5.5 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 el 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 de 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 conceptuado como una transferencia, al faltar una orden de pago 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.

### 8.5.6 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 más 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 la que le corresponde informar de las condiciones aplicables en lo relativo a comisiones, horarios u otros aspectos.

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.

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 la que se trate:

- En el caso de las restricciones horarias para la prestación del servicio de atención del pago de recibos no domiciliados, la práctica más habitual en estas situaciones es que las oficinas bancarias señalen un horario restringido para atenderlo por ventanilla, incentivando la posibilidad de realizar estas operaciones a través de cajero automático, 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 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 en los que se informe de una limitación para ese servicio específico. En este tipo de cobros o pagos, la entidad estaría actuando como una caja pública sometida a la normativa administrativa, de tal forma que habría que estar a lo recogido en el oportuno convenio de colaboración, así como en la normativa sectorial aplicable<sup>127</sup>, por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la normativa bancaria de transparencia.
- Los ingresos en cuenta corriente (también los reintegros) forman parte, como se ha dicho, del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro.

De esta manera, en caso de que las partes hubiesen establecido determinadas condiciones de disposición del saldo depositado en las cuentas, no se considera admisible la introducción de una restricción horaria, de fechas o de importe para la realización de esos ingresos o reintegros en las cuentas corrientes de los clientes —que consideramos incluidos dentro del servicio de caja básico—, sin que la entidad proceda conforme a lo específicamente acordado entre las partes, así como a lo dispuesto por la normativa de servicios de pago —en tal supuesto, entendemos que corresponde al titular de la cuenta informar de las limitaciones establecidas contractualmente a quienes hayan de realizar

---

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

ingresos en ella por cualquier motivo—. Ello sin perjuicio del derecho de los clientes a disponer en todo momento de su saldo en cuentas a la vista.

En cualquier caso, y con base en los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones entidad-cliente, este DCMR considera que los usuarios deben estar en condiciones de conocer dichas limitaciones, por lo que deberá constar información concreta sobre tales restricciones mediante carteles situados en lugares visibles de las oficinas bancarias, así como en los demás canales a disposición de los usuarios.

#### *Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático*

No se podrá exigir a la entidad que preste este servicio de caja de un modo determinado, pues la casuística, según el tipo de entidad de la que se trate, es variada. Así, hay entidades que no tienen una red de oficinas operativas al uso, mientras 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 (oficinas, cajeros automáticos, banca a distancia) que la entidad pone a su disposición para la prestación de sus servicios —entre ellos, el de caja—. Esto solo se puede conseguir si la entidad ofrece las explicaciones adecuadas al respecto y, además, las incluye en el correspondiente contrato. Sin embargo, si la entidad introdujera una restricción al respecto una vez que la relación contractual ya se encuentra establecida, deberá comunicarlo a la clientela de forma previa y con carácter individual.

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, bien, cuando se trate de una limitación sobrevenida, comunicar con carácter individual y previo a sus clientes la entrada en vigor de tales restricciones con la antelación exigible (dos meses, de conformidad con la normativa de servicios de pago), al objeto de que aquellos puedan decidir si continúan como clientes de la entidad o dejan de serlo.

Además de ello, y para el caso específico de los ingresos, habrá que tener en cuenta que, desde la entrada en vigor de la LSP, y según refleja actualmente el artículo 57 del RDLSP, se podrá disponer del efectivo ingresado en una cuenta de pago, en la moneda en que aquella esté nominada, desde el mismo momento en que tenga lugar la recepción de fondos y la 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 la referida previsión normativa.

#### 8.5.7 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero

Al igual que la disposición adicional segunda de la LSP (añadida mediante el Real Decreto-ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automáticos), el RDLSP determina los límites a las comisiones que pueden establecer los proveedores de servicios de pago titulares de los cajeros automáticos y los emisores de tarjetas por la retirada de efectivo, así como la información que se debe proporcionar a los titulares de las tarjetas en esos casos.

En este contexto, el proveedor de servicios de pago propietario de un cajero automático no puede exigir a los clientes de los demás proveedores —por retirar efectivo a débito— cantidad adicional alguna a la comisión que pueda cobrar al proveedor emisor de la tarjeta.

Antes de proceder a la retirada de efectivo a débito, el titular del cajero debe informar al usuario acerca de la comisión que por dicha retirada se va a cobrar al proveedor emisor de la tarjeta, así como de la posibilidad de que ese importe pueda ser repercutido al usuario total o parcialmente por parte de su proveedor de servicios de pago.

Para las retiradas de efectivo a crédito, la información anterior deberá incluir, además, el importe máximo añadido que el proveedor emisor de la tarjeta puede aplicar al cliente.

## 9 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». Dicho proceso, que se sigue ante las distintas entidades en las que el difunto tenía sus posiciones bancarias<sup>128</sup> (bienes o deudas), da lugar cada año a numerosos conflictos entre las entidades de crédito y su clientela.

---

128 En caso de que se desconozca en qué entidades mantenía posiciones el fallecido (depósitos, préstamos, etc.), previa acreditación de la condición de heredero, pueden solicitarse a la Administración Tributaria los datos sobre los rendimientos financieros que se le hubieran imputado al fallecido, los cuales deberían haber sido comunicados a esta por la entidad o las entidades donde tuviera cuentas. No existe en el Banco de España registro alguno de las cuentas o de los productos bancarios que los clientes mantienen con las entidades de crédito.

Así, durante el ejercicio 2019 fueron analizados y resueltos por el DCMR un total de 675 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 Civil<sup>129</sup> coexisten con las de las Comunidades Autónomas o territorios de estas, en alguna de las cuales rige el derecho foral o especial, por lo que es esencial que las entidades recaben y examinen los documentos que acrediten tanto el derecho hereditario como el de adjudicación de bienes concretos de los interesados en función de dicha especialidad, determinándose la sujeción al derecho civil común o al especial o foral por la vecindad civil<sup>130</sup>. 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.

A escala comunitaria, por su parte, debemos citar el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que entró en vigor el 17 de agosto de 2015 y que facilita a los ciudadanos de los Estados miembros (excepto Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido) la tramitación de algunos aspectos legales relativos a la sucesión *mortis causa* internacional, de forma que se establece que una sucesión transfronteriza se trate bajo una única legislación y sea gestionada por una única autoridad. Asimismo, recoge el Certificado Sucesorio Europeo (CSE), que encuentra su regulación en el capítulo VI del citado reglamento, artículos 62-73. Este documento, expedido por la autoridad que tramita la sucesión, puede ser utilizado por los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios y administradores de la herencia para probar su condición y ejercer sus derechos o facultades en otros Estados miembros. Una vez expedido, el CSE será reconocido en todos los Estados miembros, sin necesidad de procedimiento especial alguno.

Dicho lo anterior, y centrándonos en el derecho sucesorio común, comenzaremos por decir 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».

## 9.1 Deber de diligencia

Con carácter general, se debe partir de la premisa de que las entidades han de actuar con la máxima diligencia en la tramitación de los expedientes de testamentaría,

---

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

130 Véanse los artículos 13-16 del Código Civil.

debiendo justificar en todo caso, y aunque no existe plazo predeterminado para su tramitación, que no se encuentran 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.

Asimismo, 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.

## 9.2 Derecho de información sobre las posiciones del causante

En caso de fallecimiento del titular de una cuenta, las entidades deben asegurarse, en primer lugar, de que quienes acuden a ellas solicitando información ostentan efectivamente la condición de herederos.

### 9.2.1 Legitimidad para solicitar información

De conformidad con la normativa de transparencia, los legitimados para acceder a la información de las posiciones del causante son los herederos. El DCMR ha establecido, a lo largo de sus Memorias anuales, diversos criterios que desarrollan este derecho de información de los herederos, entre los que cabe destacar los siguientes:

- El hecho de que la información ya haya sido proporcionada por la entidad a un heredero no obsta para que la misma información pueda ser solicitada y entregada a cualquier otro heredero que, igualmente, haya acreditado su condición.
- Asimismo, el DCMR ha señalado que no se puede condicionar la entrega de información a un heredero al hecho de que la solicitud de información tenga que estar refrendada por todos los herederos.
- En 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—, el acceso a la información debe realizarse a través de sus representantes legales.



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 y, en el caso de los incapaces, sus tutores o cuidadores.

Por otro lado, respecto de la legitimidad para el acceso a la información, en el presente ejercicio se ha planteado ante el DCMR, como particularidad, la cuestión de que si, en aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), las entidades se encontraban habilitadas para proporcionar información, con carácter general, no solo a los herederos, sino también a los «familiares del fallecido».

En este sentido, este Departamento ha resuelto (R-201909207) que, en lo relativo a los datos de personas fallecidas, el considerando 27 del RGPD dispone que «El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas», sin perjuicio de que añade a continuación que «Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas». En ejercicio de dicha habilitación, el artículo 3 de la LOPDGDD ha dispuesto que «Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión, salvo cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley».

No obstante lo anterior, el artículo 12.5 de la LOPDGDD dispone, respecto al ejercicio de los derechos previstos en el RGPD (entre los que se encuentra el derecho de acceso, ya sea ejercido por el propio interesado o, en caso de fallecimiento, por las personas indicadas en el precepto anterior), que «Cuando las leyes aplicables a determinados tratamientos establezcan un régimen especial que afecte al ejercicio de los derechos previstos en el capítulo III del Reglamento (UE) 2016/679, se estará a lo dispuesto en aquellas».

En este sentido, si bien es cierto que el régimen jurídico sectorial que regula el acceso a información bancaria sobre fallecidos se contiene en normas que no tienen rango de ley (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012), dichas normas se derivan de un mandato legal contenido en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, posteriormente derogado por el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC).

Por consiguiente, entiende el DCMR que, en aplicación del principio de especialidad<sup>131</sup> que se subsume del citado artículo 12.5 de la LOPDGDD, debe primar el régimen especial de derechos y obligaciones en materia de transparencia bancaria referido en la LOSSEC y desarrollado en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012, conteniendo dicha normativa preceptos específicos referidos a las entidades supervisadas y, en consecuencia, el derecho de acceso a la información de las posiciones del causante se circunscribe a sus herederos.

### 9.2.2 Acreditación de 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 certificado de defunción de su cliente, a fin de acreditar el hecho del fallecimiento.
- El certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, siendo este el registro público en el que se inscriben los testamentos, de forma que certifica que el testamento aportado es el último válido otorgado por el causante —en el caso de que la sucesión sea testada—, o bien la ausencia de testamento —en el caso de sucesiones intestadas—.
- Copia autorizada del último testamento o, en su defecto —cuando el causante ha fallecido sin testar—, la declaración de herederos abintestato, a lo que cabe añadir el CSE —de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 650/2012, de la Unión Europea—. Además, en el caso de la declaración de herederos abintestato, hay que señalar que el documento que se presente a las entidades debe incorporar el acta de conclusión de la declaración de herederos abintestato<sup>132</sup>.

En definitiva, para acreditar la condición de heredero es necesario un título sucesorio. Dicho título sucesorio resulta exigible aun en los casos en los que nos encontremos con un único heredero. Así fue manifestado a la

---

131 Así lo ha manifestado la Agencia Vasca de Protección de Datos en su Dictamen n.º D19-008, por el que dispone que, en aplicación del citado principio de especialidad, el régimen jurídico aplicable al acceso a la historia clínica de fallecidos no debe ser el previsto en la LOPDGDD, sino el previsto en su normativa sectorial (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente).

132 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.»

parte reclamante en el expediente R-201903339, en el que sostenía que no resultaba necesario aportar la declaración de herederos abintestato que le requería la entidad pues ostentaba la condición de heredero único.

Por el contrario, en los casos en los que las entidades han exigido la aceptación de la herencia con carácter previo a atender la solicitud de información, 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 obligaciones que asumirían en caso de aceptar la herencia, siendo, por tanto, procedente y legítimo el acceso a dicha información por parte de los herederos, 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 y/o las buenas prácticas y usos financieros.

Lo anteriormente expuesto supone la documentación básica que los herederos deben aportar para acreditar su condición de heredero (certificado de defunción, certificado del Registro de Actos de Última Voluntad y copia autorizada del último testamento, declaración de herederos abintestato o CSE). No obstante, puede suceder que la herencia en cuestión presente ciertas peculiaridades que hagan necesaria la aportación de documentación adicional y que debe ser analizada caso por caso, en atención a la legislación vigente y a la jurisprudencia emitida sobre estas cuestiones.

Así, por ejemplo, en ocasiones se presentan ante este DCMR supuestos en los que alguno de los instituidos herederos en el testamento del causante ha fallecido con anterioridad al propio causante. En estos casos de premoriencia de un heredero, y tras dejar constancia de que el testamento prevea expresamente que todos los herederos serán sustituidos vulgarmente<sup>133</sup> por sus respectivos descendientes y, en su defecto, con derecho de acrecer entre ellos, cabe señalar que las distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>134</sup> 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—.

---

133 La sustitución vulgar ha sido definida por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 22 de octubre de 2004, como «la disposición testamentaria donde el testador nombra a un segundo o ulterior heredero (o legatario) en previsión de que el anterior heredero instituido (o legatario llamado) no llegue efectivamente a serlo, por no poder o no querer».

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

- Sin embargo, en caso de existir descendientes, 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, una vez justificada la premoriencia del heredero 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, pues supondría imponer 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 descrito razonamiento, considera que habría de estarse a la existencia o no de descendientes del/de los heredero/s premuerto/s, de forma que aquellos con descendencia deben acreditar que son sucesores mediante el certificado de defunción, así como su filiación como descendientes de estos; mientras que, en el caso de un heredero premuerto sin descendencia, resultaría necesario, para justificar el derecho a acrecer de los demás herederos, que aportaran acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos abintestato.

Por otro lado, 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 oficina o sucursal concreta, 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, 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, debiendo habilitar la entidad los sistemas que estime convenientes a efectos de comprobación interoficinas de la cualidad de heredero de un difunto cliente ya acreditada.

### 9.2.3 Alcance del derecho a la información del 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.

### *Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas*

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:

- La normativa de transparencia<sup>135</sup> 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.
- 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 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 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.

---

135 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.»

- En caso de solicitar extractos más allá del año anterior al fallecimiento, la entidad no se encuentra obligada, al amparo de la normativa de transparencia 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 antes de 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 la cautela con las que deben actuar en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares supervivientes y terceros—.

En relación con este criterio, este DCMR ha considerado necesaria cierta precisión en algunas reclamaciones. Así, por ejemplo, en la R-201903204, la parte reclamante, y cotitular de la cuenta, denunciaba que la entidad había proporcionado información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento a los herederos del otro cotitular sin su consentimiento. Sobre esta afirmación, este DCMR manifestó que la citada información, solo puede denegarse en caso de que, al tiempo de la solicitud, existiera la oposición expresa del cotitular o cotitulares, lo que no debe traer consigo el que las entidades tengan la obligación de recabar en estos casos, con carácter previo a acceder a tal solicitud, el visto bueno de dichos cotitulares.

Además de lo anterior, en los supuestos en los que uno de los herederos solicita un mayor detalle de ciertos movimientos efectuados, debemos diferenciar si tal detalle se refiere a movimientos anteriores al fallecimiento o posteriores a este.

- Así, respecto de los movimientos anteriores al óbito, este departamento viene sosteniendo que la exigencia del detalle en cuanto a ordenante, beneficiario, etc., supone una solicitud desproporcionada en tanto en cuanto el derecho de los herederos al acceso de la información no puede dar lugar a la realización de una auditoría de los movimientos del causante.

- Mientras que, cuando se refieren a detalles de movimientos posteriores al fallecimiento de una cuenta en la que el causante era el único titular, entiende este departamento que la entidad, ante la expresa solicitud de un heredero, debe facilitar la información en los mismos términos en los que se le facilitaría al titular de la cuenta. Esto es así porque tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>136</sup> definen la comunidad hereditaria como una comunidad de bienes germánica, de forma que, hasta que se produzca la partición, los herederos son cotitulares de los fondos, sin corresponderles una participación individualizada.

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

Nos referimos ahora a las solicitudes de información formuladas por un heredero en relación con las cuentas de una sociedad de la que su causante era socio.

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.

### *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 requerimiento.

---

136 La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004, entre otras, dice que «la comunidad hereditaria no da lugar a la copropiedad de cada uno de los bienes, sino que estos forman parte de la misma, teniendo sus miembros unos derechos indeterminados, siendo por tanto una comunidad de naturaleza germánica, al margen de la regulación de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, que contempla la comunidad romana “pro indiviso”, con distinción de cuotas y esencial divisibilidad».



De la misma forma, las entidades deben atender las peticiones de información realizadas por los herederos relativas a la modificación y extinción contractual —como es el caso de las cancelaciones de cuenta— que sucedan con posterioridad al fallecimiento.

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) o de servicios de pago. No obstante, y por lo que respecta a la obtención de copias de operaciones formalizadas en documento notarial, habrá de estarse, según señala la orden, a lo dispuesto en la normativa notarial<sup>137</sup>.

#### 9.2.4 Comisiones por la entrega de información a herederos

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 habría lugar al cobro de importe alguno por su emisión.

##### *Movimientos posteriores al fallecimiento*

De la misma forma, este DCMR ha indicado que no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias que las entidades perciban una comisión por facilitar información sobre los movimientos habidos en las cuentas del causante con posterioridad al

---

137 A tal efecto, el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, dispone en su artículo 224 lo siguiente: «Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tiene derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento.»

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 la 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 —siempre y cuando la referida comisión sea debidamente informada y aceptada, con carácter previo, por el peticionario de la información—; esto con independencia de considerar que entregar dicha información sin coste alguno constituye una muy buena práctica bancaria.

#### **9.2.5 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 la derivada del hecho de que, en ocasiones, la solicitud del certificado de posiciones del causante, o 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 aquellos, máxime cuando el importe repercutido les parece excesivo, atendiendo a la mera petición de emisión de un certificado.

En estos casos, este DCMR ha señalado —por ejemplo, en el expediente R-201902701— que la obtención del certificado de posiciones del causante y su consiguiente emisión por la entidad no deben condicionarse en modo alguno a que los herederos efectúen a esta, 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.

### 9.3 Tramitación 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 deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de dichos fondos.

#### 9.3.1 Aceptación de la herencia

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 tácita<sup>138</sup> (esto es, cuando la aceptación se sobreentiende

---

138 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».

por la realización de aquellos actos destinados a tomar posesión de los bienes por los llamados a la herencia).

En ocasiones, ha sido objeto de discrepancia entre los herederos y las entidades 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 ha manifestado 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, declaró que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significan, por sí solos, 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 30 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.

### 9.3.2 Partición y adjudicación de bienes

Además de la aceptación, en el proceso de tramitación de la testamentaria, se requiere la partición y adjudicación de la herencia. Así, la comunidad hereditaria es la situación jurídica que se produce desde el momento en que la herencia es aceptada por varios herederos hasta su partición, siendo el objeto de la partición la extinción de la comunidad hereditaria. De esta forma, mediante la partición se disuelve la comunidad hereditaria, sustituyéndose el derecho hereditario de cada coheredero por titularidades concretas.

Sobre este particular, cabe señalar que la partición comprende la realización de las operaciones que van encaminadas a determinar el caudal partible, siendo estas el inventario, el avalúo y la liquidación, para continuar con la división y la adjudicación.

Por ello, en los supuestos en los que los documentos aportados a modo de partición no contienen las citadas operaciones, no pueden estimarse válidos a los efectos de

la adjudicación. Así, por ejemplo, en el expediente R-201902580, la parte reclamante denunciaba que se había procedido al reparto sin contar con la partición y adjudicación de fondos. Mientras que la entidad afirmaba que el documento que fue aportado a la Administración con motivo de la liquidación del impuesto sobre sucesiones constituía la aceptación y adjudicación de la herencia, alegando la parte reclamante que este solo representaba un mero inventario de los bienes de la herencia yacente.

En este caso, el DCMR resolvió que, visto el documento que fue presentando a la Administración con motivo de la liquidación del impuesto sobre sucesiones, se observaba que este contenía simplemente el inventario y avalúo de los bienes, especificando tal documento que se presentaba a efectos de la liquidación del impuesto y sin que incluyese elementos como la división y la adjudicación de la herencia, motivo por el cual se apreció la conducta de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

### 9.3.3 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, esta puede ser testamentaria (realizada por el propio causante en su testamento), convencional<sup>139</sup> o seguir el procedimiento establecido en la nueva redacción dada al artículo 1057 del Código Civil por la Ley 15/2015. En este último caso, en las sucesiones sin testamento, sin que hubiera en él contador partidor designado o hallándose vacante el cargo, 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

---

139 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.»

exigencia de que la aceptación y la 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 la adjudicación de la herencia, sin perjuicio de que, en 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 de adjudicación, hecho este que no afecta a la disposición de saldos bancarios.

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

- La personación en la oficina de los herederos, sin que quepa exigirse 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.

#### 9.3.4 Contenido del documento particional

En cuanto al contenido del documento de aceptación, partición y adjudicación de la herencia, debemos resaltar la necesidad de que este contenga la adjudicación de bienes concretos a cada 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 testamentaria 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 ellos entre los herederos, así como que se efectúe el pago del impuesto sobre 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 estos<sup>140</sup>, las entidades necesitan recabar de los herederos instrucciones adicionales de reparto, o

- el documento contiene la partición y no la adjudicación de bienes concretos —por ejemplo, adjudicando el saldo de una cuenta en proindiviso—, 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.

### 9.3.5 Revocación del documento particional

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, alegando que uno de los herederos revocó la partición en un momento posterior a su firma.

En estos casos, el DCMR sostiene que habrá de estarse al caso concreto, evaluando el tipo de testamentaría ante la que nos encontramos (testamentaria, convencional, etc.), así como el contenido del cuaderno particional, a fin de comprobar si este contiene o no condiciones suspensivas o de otra índole que habiliten a los herederos para dejar ineficaz la partición con posterioridad a su firma, entendiendo por ineficacia un concepto que engloba 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 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 del Código Civil)<sup>141</sup>.

140 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 adiconar 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.»

141 En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Supremo 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.»



Este criterio encuentra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>142</sup>, 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. Esto sin perjuicio de que, como ha manifestado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>143</sup> —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*<sup>144</sup>.

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

### 9.3.6 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, esta normativa establece 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 competente 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 encuentren 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 del saldo cuya propiedad deba atribuirse al

142 Así lo dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1960.

143 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998.

144 En este sentido, hay que señalar que el Código Civil 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 Código Civil 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.

causante— lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Por otro lado, para evitar un posible perjuicio a 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 regula un régimen de liquidación parcial o autoliquidación (arts. 78, 86.2 y 89)<sup>145</sup> mediante el que se puede obtener la disposición de los fondos y bienes depositados con el objeto de hacer frente al pago del impuesto, ingreso que cumple, además, la función de extinguir la responsabilidad subsidiaria de las entidades bancarias.

En cuanto al procedimiento que se debe seguir en estos supuestos, con anterioridad al año 2003, la normativa del impuesto sobre sucesiones establecía que la oficina administrativa gestora tenía la potestad de autorizar o no la liquidación a cargo de la herencia, a solicitud del interesado.

Sin embargo, en la actualidad ha desaparecido la necesidad de que la Administración Tributaria autorice, con carácter previo, la disposición de los depósitos, cuentas corrientes, títulos valores, garantías o seguros que figuraran a nombre del causante con el fin de abonar el impuesto sobre sucesiones, de forma que los contribuyentes deben dirigirse directamente a la entidades y estas procederán a expedir, a cargo de los bienes del causante, cheque a nombre de la Agencia Tributaria, con el exclusivo fin del pago del impuesto sobre sucesiones. En estos términos se ha manifestado este DCMR, por ejemplo, en la R-201905441.

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

---

145 «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. [...]»

se prevén tales posibilidades, pero no existe una previsión similar a la mencionada 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, la responsabilidad subsidiaria de las entidades se extingue únicamente con el ingreso del importe de la liquidación o autoliquidación parcial o, por supuesto, con el pago de la liquidación definitiva que corresponda.

### 9.3.7 Forma de disponer de los fondos

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, en función de sus necesidades o intereses —efectivo, traspaso o transferencia, cheque bancario, etc.—, sin que quepa en ningún caso que la entidad imponga el medio de disposición.

Ahora bien, las entidades deben ofrecer un medio gratuito de disposición, resultando que, solo en 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, como quiera 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 de un modo determinado —obviando la forma de disposición gratuita ofrecida—, 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 en 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.

Relacionado con la forma de disposición de los fondos por parte de los herederos una vez adjudicada la herencia, en 2019, en el expediente de reclamación R-201911341, se analizó por el DCMR qué información había suministrado la entidad reclamada a los herederos reclamantes, en relación con las operaciones de pago singulares (transferencias) que habían ordenados estos, y en concreto sobre la información facilitada por la entidad, relativa a las comisiones que por la emisión de las transferencias serían repercutidas a los herederos.

Así, en la reclamación referida, si bien quedaba acreditado que los herederos reclamantes habían firmado un documento de reparto en el que constaba, junto con el porcentaje de los saldos depositados en la entidad de los que habían resultado adjudicatarios, el número de las cuentas abiertas en otras entidades, el DCMR no podía obviar el hecho de que, aun dando por bueno que dicho documento constituyera una orden de pago, y en concreto de emisión de transferencias, lo cierto es que no constaba en él el importe de la comisión que por la prestación de dicho servicio se derivaría, esto es, del 0,40 %, con un mínimo de 4,00 euros, habiendo repercutido la entidad por la emisión de las tres transferencias un total de 613,94 euros, no quedando acreditado documentalmente que el banco informara a los herederos reclamantes, ordenantes de las transferencias, el importe de la comisión por la emisión de estas, por lo que se estimó que su proceder podría quebrantar la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, y en concreto la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (vigente en el momento de producirse los hechos) y la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, cuyo artículo 7 regula la información general previa relativa a operaciones de pago singulares.

Por otra parte, en el ejercicio 2019, y como novedad, se planteó ante el DCMR la cuestión de si el pago de los honorarios del contador-partidor dativo correspondía a la entidad depositaria de los fondos o a los herederos.

Así, en la R-201908796 denunciaba la reclamante, en calidad de contadora-partidora dativa, que la entidad reclamada no le había abonado su retribución por haber efectuado la liquidación de la sociedad de gananciales y el cuaderno particional de la herencia, señalando que, de conformidad con este último, el pasivo de la herencia contemplaba las minutas del contador-partidor, que debía descontarse del saldo que presentaban las cuentas corrientes, pese a lo cual esta procedió a entregar a los herederos los fondos sin detracer de ellos sus honorarios. Al respecto, la entidad reclamada manifestó que, si las partes —contador-partidor dativo y herederos— no establecieron de forma clara y concreta la forma en la que habrían de abonarse las minutas a la contadora-partidora dativa, esta debería adoptar las medidas necesarias para defender sus intereses frente a los herederos.

El DCMR concluyó que, dado que el banco reclamado ejecutó el cuaderno particional conforme a las adjudicaciones estipuladas en él, sin que la contadora-partidora figurase en dicho documento como adjudicataria de bienes concretos, conforme al artículo 1084 del Código Civil, según el cual «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio», la controversia planteada se enmarcaba en las relaciones jurídico-privadas entre la contadora-partidora dativa y los herederos de la causante, debiendo acudir la parte reclamante a los herederos para satisfacer el pago de sus servicios, careciendo el DCMR de competencias para emitir un pronunciamiento sobre esta cuestión.

### 9.3.8 Comisión por tramitación de testamentaría

Al igual que en ejercicios anteriores, durante 2019 han sido numerosas las reclamaciones planteadas ante el DCMR en las que los reclamantes denunciaban el cobro de una comisión por tramitación de expediente de testamentaría. En concreto, se han recibido un total de 151 reclamaciones por este motivo.

Hasta la fecha, la comisión por tramitación de testamentaría —o con similar denominación (por expediente de defunción, testamentaría o similar)— se ha venido repercutiendo por las entidades de crédito a los herederos de sus clientes fallecidos por razón de las gestiones relacionadas con el cambio de titularidad dominical de los productos de activo y pasivo que conforman el caudal relicto del difunto.

En relación con el cobro de tal comisión, este DCMR —y su predecesor, el Servicio de Reclamaciones— ha venido señalando que, tras el fallecimiento de un cliente de una entidad de crédito, esta resulta obligada (tanto para suministrar información sobre las posiciones del causante como para entregar los bienes depositados o para realizar el correspondiente cambio de titularidad o cancelación de la cuenta) a verificar que los interesados acrediten su condición de herederos, lo que implica que

las entidades tengan que efectuar, con carácter previo a facilitar dicha información o proceder a la adjudicación de los bienes, un estudio jurídico y pormenorizado de diversos documentos, asegurándose de que los bienes depositados en la entidad se entregan a las personas legitimadas para ello y en la cuantía que les corresponde. De no proceder de esta manera, podría serle exigida la responsabilidad a que hubiere lugar por disposiciones indebidas del caudal hereditario.

Dependiendo del criterio de cada entidad, según tiene constado este DCMR, dicho estudio es, o no, retribuido mediante el pago de una comisión, para cuyo establecimiento y exigibilidad ha de cumplirse, en todo caso, con los requisitos previstos por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela (artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Asimismo, desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, se viene exigiendo que, en su caso, la comisión en cuestión se repercuta tras la prestación del servicio y no antes, esto es, solo cuando el expediente de testamentaría ha finalizado.

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.

No obstante tal enfoque, que, con carácter general, implica aceptar que la tramitación de la testamentaría es un servicio efectivamente prestado a la clientela, no puede dejar de tenerse en cuenta que el cobro de esta comisión se ha generalizado en el sector bancario, habiéndose dejado de justificar el servicio efectivamente prestado a los clientes, o el gasto que se ha repercutido —hecho este que ha sido objeto de reclamación por los clientes—, lo que ha llevado a este DCMR a realizar un nuevo análisis sobre aquella y a revisar si el cobro por este concepto resulta, o no, ajustado al artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios —base normativa en la que se ampara este DCMR para valorar la idoneidad de las comisiones que cargan las entidades—.

En primer lugar, respecto del principio de realidad del servicio prestado, cabe destacar que, en muchos de los expedientes que se vienen analizando en los últimos años por este DCMR, contrariamente a como quizá pudiera suceder en fechas pretéritas, la realización de los trámites por la testamentaría de un cliente fallecido se lleva a cabo, en gran parte de los casos, de manera exclusiva por los herederos del cliente difunto, recabando al efecto los servicios de los operadores jurídicos de los que, en cada caso, estos se sirven para su realización (notario, abogado, gestoría, etc.).

Como consecuencia de lo anterior, entiende este DCMR que, en los casos en los que los herederos presentan documentación preparada por profesionales externos

a la entidad, la actuación de las entidades no debe ser la de realizar un control de legalidad, sino la de limitarse a la comprobación de la documentación que legitima al heredero a la disposición de los fondos. Por ello, dicho estudio o bastanteo de la documentación no puede tener la consideración de un auténtico servicio al cliente.

Dicho de otra manera, el mero estudio de la documental vinculada a la sucesión no es distinto de, por ejemplo, aquel que se realiza al bastantear la escritura de constitución, escisión, fusión, etc., de una mercantil, o de las referidas a cambios en la estructura de apoderamientos o administración de sociedades mercantiles o, en general, cualesquiera otras actividades de comprobación que resultan inherentes a la diligencia de un buen empresario que le es exigible a las entidades como operadores que son en el tráfico jurídico-mercantil.

En consecuencia, al igual que sucede con las operaciones citadas, la verificación de la documentación de la testamentaría debe incardinarse en una actividad interna de la propia entidad, que esta hace en interés propio y que por sí misma no implica, con carácter general y salvo que por la entidad se acredite lo contrario, la prestación de un servicio bancario.

Como argumento adicional, la operativa habitual del cobro de la comisión por tramitación de la testamentaría revela una limitación del derecho del heredero a optar por el medio a través del cual desea realizar las gestiones de disposición o cambio de titularidad de los productos bancarios incluidos en el caudal relicto, generándose un «cliente cautivo» que no puede sino aceptar el cobro de la comisión que le propone la entidad con la que en su día contrató su causante si quiere disponer de los fondos a los que legítimamente tiene derecho. Y, a mayor abundamiento, en los casos en que el causante dispusiera de bienes u obligaciones en más de una entidad bancaria, el heredero podría, incluso, verse obligado a satisfacer no una, sino varias comisiones similares. Todas estas circunstancias conculcan el principio de autonomía de la voluntad contractual en su vertiente de la libertad para contratar, siendo este un principio esencial en nuestro derecho de obligaciones, considerado como esencial incluso en contratos de adhesión, así como presupuesto de la liberalización de precios y comisiones.

Analizada desde esta perspectiva la cuestión por el DCMR, y en la medida en que esto suponía revisar y matizar el criterio sostenido por él en ejercicios anteriores, desde el último semestre de 2019 el DCMR ha venido advirtiendo a las entidades<sup>146</sup>, a través de sus informes motivados, en orden a la razonable aplicación de la referida

---

146 Este fue el caso de los expedientes de reclamación R-201914422, R-201909988, R-201913405, R-201912523, R-201911451, R-201912146, R-201912811, R-201912669, R-201911134, R-201911332, R-201911315, R-201911996, R-201911341, R-201911112, R-201911778, R-201910001, R-201911013, R-201909863, R-201910918, R-201911169, R-201909736, R-201909716, R-201910100, R-201911619, R-201910703, R-201908863, R-201909042, R-201908841, R-201908667, R-201909421, R-201908684, R-201907862, R-201907624, R-201907375 y R-201908488.



comisión por tramitación de expedientes de testamentaría, que deben diferenciar aquellos casos en los que la realización de los trámites se lleva a cabo de manera exclusiva por los herederos del cliente difunto, recabando al efecto los servicios de los operadores jurídicos que tengan por conveniente (notario, abogado, gestoría externa a la entidad, etc.), de aquellos otros casos en los que la entidad orienta a los herederos, llegando incluso a realizar una labor similar a la de la gestoría o asesoría jurídica, pues sería de dicha intervención de la que se derivaría de manera clara la prestación de un servicio por parte de la entidad.

Como consecuencia de los razonamientos expuestos, en los informes que resuelvan por este DCMR a partir de la publicación de la presente Memoria se considerará que el cobro de una comisión de testamentaría por entidades de crédito, en aquellos casos en que la documentación presentada por los herederos venga intervenida por profesionales del Derecho, contratados por el propio cliente, en los que la entidad realice un mero bastateo de la documentación, puede contrariar lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

#### **9.4 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento**

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.

##### **9.4.1 Cuentas corrientes**

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

En este apartado nos referimos a las disposiciones singulares efectuadas estando la herencia indivisa. Es criterio reiterado del DCMR considerar que no constituye una mala práctica que las entidades admitan disposiciones singulares antes de la adjudicación de la herencia en los siguientes casos; cuando:

- i) vengan autorizadas expresamente por todos los herederos;
- ii) se trate de gastos referidos al sepelio o funeral, o
- iii) se refieran a operaciones ordenadas en vida del titular que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, entre las que se pueden incluir las

domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, de telefonía, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podría 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.

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.

#### *Disposiciones 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 ha indicado anteriormente, estando la herencia indivisa, se tratara de disposiciones singulares, con las características y requisitos ya mencionados (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 conecedoras 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 mandante<sup>147</sup>.

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; esto, 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 existentes entre ellos, 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 aquella pueda exigir el consentimiento, y ni tan siquiera el conocimiento, de los herederos del causante, pues esa solidaridad activa, basada en la recíproca confianza de quienes constituyeron la cuenta, no desaparece con la muerte de uno de los titulares<sup>148</sup>.

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

---

147 Véase el artículo 1732 del Código Civil.

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

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, 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, entre las que destaca la 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, 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.

Además, este DCMR también contempla la excepción al criterio general expuesto: nos referimos al supuesto de hecho en que los propios cotitulares realizan un reconocimiento expreso de que parte de los fondos de la cuenta son propiedad del otro cotitular fallecido.

Entre los supuestos analizados por este DCMR en cuanto al reconocimiento expreso por el cotitular, podemos citar, por ser especialmente clarificadores, los siguientes:

- Aquellos en los que se incluye la cuenta en cuestión en la escritura de liquidación de sociedad de gananciales o de partición y adjudicación de herencia, dándose a esta un carácter ganancial, de lo que se deriva el reconocimiento expreso de que la propiedad del 50 % del saldo de la referida cuenta pertenecía a su cónyuge, causante y cotitular indistinto de la cuenta (R-201907214).
- Por el contrario, este DCMR no entiende la liquidación del impuesto sobre sucesiones como un acto de reconocimiento expreso, *per se*, de la propiedad

de los fondos (R-201906832), pues la declaración de propiedad realizada en dicho trámite deriva de una presunción legal recogida en el artículo 30<sup>149</sup> del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, precepto que, según dispone la Dirección General de Tributos en su consulta núm. 0034/99, de 14 de enero, implica que «en el caso de los depósitos indistintos hay que considerar que siendo dos los cotitulares corresponde a cada uno la mitad de lo depositado salvo que los interesados prueben otra cosa ante la Administración. De tal forma que si fallece uno de los cotitulares se presume que la mitad de la cantidad depositada forma parte del caudal hereditario».

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 la hayan revocado de forma expresa, ante la circunstancia sobrevenida del fallecimiento.

#### *Régimen de disposición conjunto o mancomunado*

Respecto 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.

#### *Cuentas con varios titulares fallecidos*

En el ejercicio 2019 se ha sometido a consideración del DCMR la negativa de algunas entidades a poner a disposición de los herederos de un cotitular indistinto fallecido, una vez resuelta por estos su testamentaría, los fondos de los que resultaron adjudicatarios; y ello, sobre la base de que el otro u otros cotitulares indistintos de la cuenta también habían fallecido, exigiendo las entidades, en estos casos, la conformidad de todos los herederos de los cotitulares indistintos fallecidos para acceder a la pretensión de los reclamantes de poner a su disposición los fondos de

---

149 Artículo 30. Presunción sobre la proporción atribuible al causante en bienes en situación de indivisión.

La participación atribuible al causante en bienes que estén integrados en herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, se adicionará al caudal hereditario en la proporción que resulte de las normas que sean aplicables o de los pactos entre los interesados y, si estos no constasen a la Administración en forma fehaciente, en proporción al número de interesados.

su causante de los que habían resultado adjudicatarios, por entender que el pacto de solidaridad se extingue con el fallecimiento de los cotitulares indistintos, al tiempo que indicaban no cuestionar la propiedad de los saldos, por ser esta una cuestión privada entre particulares (R-201906022, R-201904718, R-20198623, entre otros).

Así, en el expediente R-201906022 la entidad reclamada se negaba a poner a disposición de los herederos de uno de los titulares indistintos de la cuenta, fallecido en 2014, el 50 % del saldo de la cuenta, a pesar de haber presentado toda la documentación necesaria para ello y liquidado el impuesto sobre sucesiones, requiriendo el consentimiento de todos los herederos del otro cotitular, también fallecido en 2013.

El DCMR, tras recordar que las entidades no están 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, ni mucho menos bloquear la cuenta, salvo que el contrato así lo prevea expresamente, y tras dejar constancia de que no existía en el expediente prueba alguna de que existiera oposición a la disposición pretendida por los herederos del otro cotitular fallecido, señaló que, examinado el contrato de cuenta, cuyo régimen de disposición era indistinto, se establecía que «En el supuesto de fallecimiento de alguno de los titulares se estará a lo pactado contractualmente en cuanto al régimen de disponibilidad de la cuenta».

Así las cosas, el DCMR entendió, a salvo de la mejor opinión de los tribunales de justicia, que la entidad debería de haber atendido la solicitud de entrega de fondos formulada por los herederos reclamantes del titular indistinto fallecido; ello con independencia de indicar que, en caso de existir discrepancias en un futuro entre los herederos de uno y otro cotitular por la disposición de fondos habida, esta cuestión, de naturaleza jurídico-privada, a la que la entidad es ajena, debería ser planteada, de estimarlo oportuno los interesados, ante los tribunales de justicia, únicos con competencias para fijar a quién corresponde la propiedad de los fondos, por lo que el proceder de la entidad reclamada no se ajustó a las buenas prácticas y usos financieros.

A mayor abundamiento, se indicó que el aceptar la tesis de la entidad conllevaría condicionar la entrega de los fondos a los herederos reclamantes, a que se lleve a cabo la testamentaría de los herederos del otro cotitular fallecido, lo cual, en nuestra opinión, dilataría, cuando no impediría, sin justificación suficiente, la entrega de los fondos a los herederos reclamantes.

### *Cancelación de la cuenta*

Tras el fallecimiento del titular de una cuenta a la vista, la resolución del contrato puede efectuarse a instancias tanto de la entidad, de acordarse así en el contrato marco, como de los demás titulares del contrato y/o sus herederos.



En el supuesto de que la resolución del contrato se lleve a cabo a instancias de la entidad, esta deberá comunicar su intención de proceder a 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—, con una antelación mínima de dos meses.

En caso de que la resolución del contrato se efectúe 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.

Por lo que respecta a la cancelación de una cuenta cuando han fallecido todos sus titulares, a solicitud de los herederos de un titular, una vez resuelta su testamentaría, a falta de previsión contractual en este sentido, el DCMR indicó en el expediente R-201906022 que habrá de estarse a la regla general, esto es, se requeriría el consentimiento de todos los herederos de los cotitulares fallecidos; esto con independencia de que los herederos del titular fallecido que hubieran resuelto su testamentaría y cumplidas sus obligaciones fiscales, pudieran solicitar la baja de su causante como titular de la cuenta, siempre y cuando, claro está, en ella no existieran obligaciones de pago pendientes de atender con cargo a la cuenta o a cuyo cargo pudieran ser compensadas, debiendo comunicar la entidad dicha baja a los herederos del otro cotitular fallecido y sin que esta pueda requerir la autorización de estos para llevar a cabo la referida baja.

Por otra parte, durante el ejercicio 2019 se planteó ante el DCMR la negativa de la entidad a proceder a cancelar una cuenta, estando ya repartida la herencia del único titular de la cuenta, a solicitud de algunos herederos, al mediar la oposición de uno de ellos, cuya pretensión era que esta permaneciera abierta.

Al respecto, el DCMR, en el expediente R-2019106143, señaló que mediante la escritura de partición y adjudicación de herencia se extinguió la comunidad hereditaria, sustituyéndose con la partición el derecho hereditario de cada coheredero por titularidades concretas, por lo que, en caso de que se hubiera llevado a cabo por la entidad, a solicitud de algún interesado en la herencia, la tramitación del expediente de testamentaria, lo cual se desconocía en el expediente, la entidad debía proceder: i) a la entrega de los fondos depositados en la cuenta a los herederos, conforme a las adjudicaciones efectuadas; ii) requerir instrucciones adicionales de reparto (si el saldo hubiera variado), o iii) en caso de que el saldo

fuera cero, como se indicaba por los reclamantes, liquidar la cuenta, siendo las opciones que barajar y decidir por los interesados, a partir de ese momento, las siguientes:

- Cancelar la cuenta, firmando para ello todos los herederos la orden de cancelación.
- Cambiar la titularidad de la cuenta, pasando esta a estar titulada por todos los herederos, adjudicatarios, si este fuera el deseo de todos ellos.
- Cambiar la titularidad de la cuenta, pasando a estar titulada por el heredero que quisiera seguir manteniendo esa cuenta, desvinculando de esta totalmente a los otros que no quisieran ser titulares de dicho contrato de cuenta.

Así, el DCMR indicó que llegar a otra conclusión llevaría al absurdo de que los adjudicatarios del saldo de la cuenta, a pesar de haber tramitado ante la entidad la testamentaría de su causante, tuvieran que permanecer «obligatoria» e «indefinidamente» en un contrato del que no desean ser parte, por el mero hecho de que uno de ellos se niegue a cancelar la cuenta, con las consecuencias que ello comporta; entre otras, el tener que hacer frente a los costes de su mantenimiento.

#### *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 su cancelación.

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; esto, 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.

#### *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.

#### *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 esta, 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 indistinta, 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, mientras los interesados no 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.

#### 9.4.2 Depósitos a plazo

Si se tiene 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. A este respecto, el DCMR ha manifestado que, a salvo de lo que puedan establecer los órganos judiciales competentes, no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias que la entidad cancele anticipadamente un depósito a plazo por el solo hecho del 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.

### 9.4.3 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 la 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 solo de los herederos—, encontraba la cuestión fuera del ámbito de aplicación del artículo 1257 del Código Civil, según el cual: «los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, 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 de varios herederos por fallecimiento del deudor hipotecario, viene entendiéndose como contrario a las buenas prácticas 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.

#### 9.4.4 Caja de seguridad

En este ejercicio, como particularidad, se ha presentado la problemática relativa a los derechos de los herederos respecto de un contrato de caja de seguridad cuya titularidad ostentaba el causante. En concreto, en la R-201910144 la parte reclamante solicitaba toda la información relativa a las entradas a la caja de seguridad titularidad de su difunta madre desde la fecha de su contratación hasta la actualidad.

En este sentido, el DCMR comenzó por indicar que únicamente le corresponde enjuiciar la actuación de la entidad desde la óptica de la normativa de transparencia y de protección a la clientela, así como de las buenas prácticas y usos financieros, en relación con los hechos denunciados, resultando que dicha normativa no contiene previsiones específicas sobre este tipo de contrato.

Entrando en el análisis de la naturaleza de este tipo de contrato, el DCMR manifestó que el Tribunal Supremo defiende una tesis de contrato atípico y mixto —entre el depósito y el arrendamiento<sup>150</sup>—, por el cual la entidad se obliga a custodiar o vigilar las cajas<sup>151</sup>, debiendo, además, facilitar al cliente el uso de la caja fuerte en el tiempo

150 Así, en su STS 96/2018, de 26 de febrero se remite en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato a su sentencia 985/2008, según la cual: «La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la de depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. Es claro que la situación más análoga a la descrita es la determinada por la existencia de un depósito cerrado y sellado, contemplada en el art. 1.769 del Código Civil. El contrato litigioso, en suma, tiene una causa mixta.»

151 La sentencia 96/2018, de 26 de febrero, dice sobre los deberes que ostentaba la entidad financiera, lo siguiente: «De la jurisprudencia expuesta, con relación a la tipicidad básica del contrato de arrendamiento de caja de seguridad, se infieren dos criterios que vertebran su régimen de aplicación. En primer término, el contrato queda configurado de acuerdo a un “especial” deber de custodia del depositario consistente en la vigilancia y seguridad de la caja, de su clausura o cierre, a cambio de una remuneración. Dicho deber comporta, a su vez, un específico régimen de responsabilidad agravado conforme a lo dispuesto en el art. 1769 C.C., párrafo segundo; de forma que el depositario responde, de forma objetivada, ante el incumplimiento mismo de la prestación, esto es, del quebrantamiento de la clausura o cierre de la caja, salvo caso fortuito o fuerza mayor. En segundo término, el carácter secreto que justifica esta modalidad de depósito incide en la determinación de los daños indemnizables, pues otorga preferencia a la declaración del depositante, salvo prueba en contrario: tal y como dispone el párrafo tercero del art. 1769 del Código Civil pues, en principio, solo el depositante conoce el valor de las cosas objeto de depósito. Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que la entidad de crédito se reserve la facultad de comprobación del contenido de la caja, a los solos efectos de su licitud con arreglo a la normativa aplicable.»

y forma determinada en el contrato. Por su parte, el cliente debe pagar el precio convenido y utilizar la caja de forma diligente para el uso pactado.

Dicho lo anterior, y habiendo avanzado que la normativa de transparencia no estipulaba derechos de información específicos sobre este contrato, mucho menos en relación con los herederos de los titulares de aquel, este DCMR entendió que el libro registro de visitas no es sino una medida de seguridad que la entidad adopta para asegurar el disfrute de la caja en condiciones de seguridad, no pudiendo equiparar el derecho de acceso a los movimientos de las cuentas de los herederos de un titular fallecido con el registro de visitas de una caja de seguridad, motivo por el cual no cabía acoger la petición de la parte reclamante en este sentido.

## 9.5 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 testamentaría; 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.

### 9.5.1 Legatario

Comenzando con la figura del legatario, conviene aclarar que la principal diferencia entre la figura de legatario y heredero es, de conformidad con el artículo 660 del Código Civil, que el heredero es el sucesor *mortis causa* a título universal, y legatario, el sucesor *mortis causa* a título particular.

En la figura del legatario, y dentro de la gran variedad de supuestos que pueden originarse, debemos distinguir, a grandes rasgos, las siguientes clases:

- Legado de cosa específica, ya sea propia del testador o ajena —en todo o parcialmente—.
- Legado de parte alícuota de la herencia; dentro de este tipo de legado se incluyen los casos en los que se designa a uno de los herederos forzosos como legatario de la legítima estricta, que se trata con mayor amplitud en el punto siguiente.

Respecto del legado de cosa cierta, el artículo 882 del Código Civil dispone que «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la



muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante del fallecimiento a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora».

Ahora bien, 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.

En este sentido, la corriente jurisprudencial mayoritaria<sup>152</sup> —la cual se apoya en el artículo 885 del Código Civil— establece que, con independencia de que la propiedad de la cosa sea del legatario desde el momento en el que muere el causante, se impone al legatario la carga de solicitar la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o albacea. De esta forma, la adquisición de la cosa se realiza de forma mediata a través del heredero.

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.

### 9.5.2 Legatario de legítima o legitimario

Por otro lado, al igual que en el ejercicio anterior, durante 2019 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

---

152 En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2003 dice que «el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. [...] de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquel muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando este se halle autorizado para darla (art. 885 del CC)».

Y la sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 1963: «aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador a tenor de lo dispuesto en el artículo 882 del Código sustantivo, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que conforme a lo previsto en el 885 ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye, según sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1947, un requisito complementario para la efectividad del legado».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de junio de 2008 expone: «el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador y adquiera su propiedad de la cosa legada cuando es específica, determinada y propia del testador, incluso la esté poseyendo, ello no significa que no tenga que pedir su entrega al heredero o albacea autorizado ya que *su adquisición no se verifica de forma inmediata como en la herencia sino de forma mediata a través del heredero*, otorgando al legatario una acción personal ex testamento para pedir la entrega del legado e incluso ejercitar la acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder.»

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 las entidades 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, corresponderían a los tribunales de justicia.

En definitiva, en los supuestos que se plantean sobre este particular aspecto, 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; esto, 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 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-201904900, la parte reclamante denunciaba que la entidad no le había facilitado la información requerida en relación con las posiciones de su padre.

Por su parte, la entidad reclamada manifestaba que la parte reclamante había sido designada en testamento, como legataria de legítima estricta, remitiendo a la reclamante a las instituidas en testamento como únicas y universales herederas, sus hermanas, en caso de que pretendiera obtener información sobre la cuenta de su padre.

Verificada por el DCMR la condición de la parte reclamante, legataria de legítima estricta, el proceder de la entidad reclamada no se estimó contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco a las buenas prácticas y usos financieros, incidiendo el DCMR en el hecho de que el deber de información incumbe a los herederos instituidos como tales en testamento, a los que puede acudir el legitimario designado en testamento a título de legatario de legítima estricta; en este caso, la reclamante.

### *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)<sup>153</sup> 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 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.

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.

### 9.5.3 Usufructuario

Otra figura relevante que se presenta en el ámbito de la testamentaría, 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, 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;

---

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

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 sus límites competenciales.

### *Usufructo de dinero o cuasiusufructo*

Dentro de la figura del usufructuario, resultan relativamente comunes los casos en los que el cónyuge viudo resulta adjudicatario del usufructo universal y vitalicio de la herencia de su difunto cónyuge y reclama a la entidad la disposición de los fondos —por ejemplo, podemos citar la R-201902592—.

En estos supuestos, el DCMR viene indicando que 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 cuasiusufructo—, como significa su sentencia de 3 de marzo del 2000, al decir que «la Jurisprudencia<sup>154</sup> y la doctrina de la Dirección General de los Registros<sup>155</sup> 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 restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

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 2012<sup>156</sup> establece que el usufructo de dinero constituye un cuasiusufructo o usufructo impropio, regulado por

---

154 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.

155 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.

156 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 31 de marzo de 2009 y de Granada de 24 de octubre de 2011.

el artículo 482 del Código Civil, siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo 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, el DCMR concluye que la parte usufructuaria del dinero cuenta con la facultad de disposición, ostentando los nudos propietarios un derecho de crédito frente al usufructuario, de forma que, cuando tenga lugar la extinción del usufructo, su valor, que corresponde a los nudos propietarios y ha sido dispuesto por el usufructuario, puede ser reclamado por aquellos a los herederos del usufructuario, por lo que se estima contrario a las buenas prácticas y usos financieros que la entidad no permita, a la parte usufructuaria de dinero, la disposición de los fondos.

### *Cautela socini*

Otro caso particular que viene siendo frecuente en el derecho sucesorio, y que en ocasiones es objeto de reclamación ante este DCMR, es la 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 de 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»:

- No supone la eliminación del trámite de aceptación de la herencia, según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como, por ejemplo, en la sentencia del 10 de junio de 2013<sup>157</sup>.

---

157 La sentencia del Tribunal Supremo 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

- 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 párrafo<sup>158</sup>, entre otras. Dicho en otras palabras, los herederos pueden no aceptar el gravamen que supone el usufructo.

Por lo expuesto, cuando se plantean ante este DCMR reclamaciones por las que el cónyuge viudo solicita la disposición de los fondos en usufructo, sin necesidad de contar con la aprobación de los herederos para la toma de posesión, entiende este DCMR que la negativa de la entidad a permitir el acceso a los fondos sin la previa aceptación de aquellos resulta acorde con el deber de diligencia exigible para proteger los derechos de los herederos, que pudieran verse perjudicados por disposiciones indebidas del caudal hereditario.

---

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 legitimario 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 legitimario, 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.»

- 158 La misma sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013 señala a este respecto: «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 legitimario 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).»







