

2

CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE ENTIDADES

- 1 Préstamos hipotecarios 119**
 - 1.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable 119
 - 1.2 Claridad y transparencia con el cliente 130
 - 1.3 Información previa a la contratación 133
 - 1.4 Incidencias en las contrataciones en trámite producidas por la declaración del estado de alarma derivado de la pandemia del COVID-19 139
 - 1.5 Comprobación notarial del cumplimiento del requisito de transparencia material 142
 - 1.6 Requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal al servicio del prestamista 144
 - 1.7 Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 144
 - 1.8 Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual 145
 - 1.9 Inscripción por los prestamistas de los contratos con condiciones generales de la contratación 146
 - 1.10 Información sobre la provisión de fondos, tramitación administrativa y gastos de formalización de la hipoteca 147
 - 1.10.1 Información sobre provisión de fondos 147
 - 1.10.2 Reclamaciones sobre gastos de formalización (régimen de gastos de la LCCI) 148
 - 1.10.3 Evolución jurisprudencial sobre la cláusula de imposición al consumidor de los gastos de formalización (régimen anterior a la LCCI) 150
 - 1.11 Tasación del inmueble 152
 - 1.12 Hipotecas especiales (crédito o hipotecas de máximo, multidivisa, subvencionadas y de convenio) 156
 - 1.13 Intereses 164
 - 1.13.1 Intereses ordinarios o remuneratorios 164
 - 1.13.2 Primera liquidación de intereses 168
 - 1.13.3 Cálculo de las cuotas 171
 - 1.13.4 Intereses bonificados 173
 - 1.13.5 Año comercial-año civil 175
 - 1.13.6 Cláusula suelo 177
 - 1.13.7 Intereses de demora 178
 - 1.13.8 Falta de comunicación de revisión del tipo de interés 180
 - 1.13.9 Reliquidación 181
 - 1.14 Tasa anual equivalente (TAE). Especialidades de la Ley 5/2019 182
 - 1.15 Comisiones 184
 - 1.15.1 Comisión de apertura 184
 - 1.15.2 Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo 186
 - 1.15.3 Gastos por reclamación de posiciones deudoras 186
 - 1.15.4 Comisión por emisión de certificado de cancelación económica de la deuda. Cancelación registral de la hipoteca 186
 - 1.15.5 Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada (reembolso total o parcial) o cancelación 188
 - Concepto 188

	Regímenes aplicables a las amortizaciones anticipadas: comisiones y compensaciones	189
	Régimen de compensaciones de la Ley 5/2019	189
	Anteriores regímenes de compensaciones y de comisiones máximas	193
1.15.6	Comisión por subrogación de deudor	201
1.16	Subrogación por cambio de deudor	202
1.16.1	Información que se ha de facilitar	202
1.16.2	Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor	203
1.17	Subrogación de entidad acreedora	205
1.17.1	Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora	206
1.17.2	Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación	207
1.17.3	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	208
1.17.4	Demora en la entrega de la oferta vinculante	209
1.18	Productos vinculados y combinados	209
1.19	Cesión y titulación de préstamos hipotecarios	214
1.20	Otros aspectos	217
1.20.1	Reembolso anticipado total o parcial. Destino	217
	Reducción del plazo	217
	Reducción del importe de las cuotas periódicas	218
	Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo	219
	Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo	219
1.20.2	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	221
1.20.3	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	224
1.20.4	Errores en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados	226
1.20.5	Errores en escrituras públicas	228
1.20.6	Cláusulas de vencimiento anticipado	229
1.20.7	Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria	232
1.20.8	Incidencias en la cancelación registral de hipotecas	233
1.20.9	Incidencias en la cancelación económica de hipotecas	234
1.20.10	Discrepancias en cargos y abonos	235
1.20.11	Modificación improcedente de condiciones pactadas en contratos vinculados a la concesión de la hipoteca	235
1.20.12	Actuaciones unilaterales de la entidad	235
1.21	Actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario	236

2 Deudores hipotecarios sin recursos 240

2.1	Introducción	240
2.1.1	Evolución normativa	242
2.1.2	Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas	243
2.1.3	Medidas del Código de Buenas Prácticas	244

2.2	Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas	246
2.2.1	Ámbito subjetivo	246
	Umbral de exclusión	247
	La unidad familiar	253
	Deudores hipotecarios en distinta unidad familiar	254
	Los ingresos de la unidad familiar	257
	Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores	259
2.2.2	Ámbito objetivo	260
	La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad	263
2.3	Tramitación	263
2.3.1	Publicidad	263
2.3.2	Solicitud del cliente y respuesta de la entidad	265
2.3.3	Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas	267
	Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias	267
	Medidas complementarias: la quita	274
	Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual	275
	Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual	277
	Otras ventajas	279
	La limitación de los intereses moratorios	279
	Ventajas fiscales y notariales	280
2.3.4	Solicitud de aplicación por segunda vez de las medidas del Código de Buenas Prácticas	282
2.4	Responsabilidad del deudor, tipos infractores y actuación supervisora	283
2.4.1	Responsabilidad del deudor y tipos infractores	283
2.4.2	Actuación supervisora del DCE	285
2.5	Seguimiento del Código de Buenas Prácticas	289

3 Préstamos personales 290

3.1	Préstamo para consumo	291
3.1.1	Información precontractual y prácticas previas a la contratación	295
3.1.2	Solvencia del deudor	296
3.1.3	Contratación	297
3.1.4	Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias	299
3.1.5	Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación	300
	Intereses ordinarios	301
	Intereses de demora	301
	Comisiones y gastos	302
3.1.6	Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios	303
3.2	Préstamos a pymes	304
3.2.1	Líneas ICO. Especial referencia a las líneas ICO-COVID	305

4	Moratorias hipotecaria y no hipotecaria COVID-19	307
4.1	Moratoria legal	307
4.2	Moratoria sectorial	314
4.3	Ampliación del plazo inicial de solicitud de moratorias	318
4.4	Moratorias relativas a determinados sectores de actividad: turismo y transporte por carretera	320
4.5	Supuestos analizados	322
5	Avales y garantías	325
5.1	Introducción	325
5.2	Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología	326
5.3	Problemática actual y criterios generales para su análisis	328
5.4	Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas	333
6	Depósitos bancarios. Introducción y aspectos comunes	334
6.1	Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación	334
6.1.1	Cuentas de personas con discapacidad	335
6.1.2	Cuentas de menores de edad	336
6.1.3	Cuentas de personas jurídicas	337
6.1.4	Cuentas de comunidades. Especial referencia a las comunidades de propietarios	339
	Comunidades de bienes	339
	Comunidades de propietarios	340
6.1.5	Cuentas de no residentes	343
6.1.6	Cuentas soporte de patrimonio protegido	344
6.2	Obligaciones de identificación según la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo	345
6.3	Información al público sobre comisiones, intereses y tipos de cambio	346
6.3.1	Comisiones e intereses. Documento Informativo de las Comisiones: información pública y sitio web de comparación	346
6.3.2	Tipos de cambio	347
6.4	Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos	350
6.4.1	Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados	350
6.4.2	Resumen anual de comisiones e intereses y Estado de Comisiones	350
6.5	Publicidad de los depósitos	351
6.6	Embargos de saldos depositados en las entidades	352
6.6.1	Embargos por deudas con las administraciones	356
6.6.2	Embargos por deudas con la Seguridad Social	357
6.6.3	Embargos judiciales	358
7	Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas	359
7.1	Cuestiones generales	359
7.2	Cuentas de pago básicas	360

7.3	Apertura de cuentas de pago. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia	366
7.3.1	Explicaciones adecuadas	367
7.3.2	Información precontractual	368
	Documento Informativo de las Comisiones. Información pública y en sitios web de comparación	370
	Servicios vinculados a la cuenta	371
7.3.3	Formalización del contrato	371
7.3.4	Cuentas en divisas	372
7.3.5	Integridad del contrato y oscuridad de cláusulas contractuales	372
7.3.6	Entrega de documento contractual y conservación de documentos	373
7.4	Operativa y funcionamiento de la cuenta	375
7.4.1	Disposición de fondos	375
7.4.2	Cuentas plurales o con varios titulares. Régimen de disposición	376
	Cuentas conjuntas (o mancomunadas)	377
	Cuentas indistintas (o solidarias)	377
	Modificación del régimen de disposición	378
	Descubierto en cuentas indistintas	379
7.4.3	Autorizados en cuenta	380
7.4.4	Disposiciones en efectivo	382
	Reintegros en oficina diferente a la de apertura y modo de disponer	382
	Restricción del importe de reintegros de efectivo y alternativas sin coste	384
7.4.5	Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores	385
7.4.6	Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente	386
7.4.7	Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros)	387
7.4.8	Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono	389
7.4.9	Bloqueo de cuentas	390
	Falta de entrega de la documentación identificativa requerida	391
	Revocación del NIF a pyme	391
	Concurrencia de discrepancias entre cotitulares	392
	Bloqueo motivado por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo	392
7.4.10	Compensación de cuentas	392
7.4.11	Modificaciones contractuales	394
	Formalidades y plazos	394
	Modificaciones contractuales comunicadas a través de buzones virtuales	396
	Cambio de titulares	397
7.4.12	Liquidación de la cuenta. Adeudo de comisiones	399
	Comisiones. Comparabilidad de comisiones por los servicios más representativos. Información y terminología normalizada	399
	Comisión de mantenimiento de la cuenta. Fija o porcentual	399

	Comisión de administración	401
	Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas	402
	Comisión por retirada de efectivo en ventanilla	404
	Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular de la cuenta	405
	Comisión de manipulación (cuenta en divisas)	406
	Comisión por transferencia y por orden permanente	406
	Gastos por reclamación de posiciones deudoras	407
	Gastos de correo	409
	Intereses. Valoración	410
7.4.13	Descubierto en cuenta, expreso o tácito	411
	Liquidación de interés y comisión por descubierto. Límite y criterio respecto del período de liquidación	412
	Comisión de descubierto, expreso o tácito	413
7.4.14	Obligaciones de información a los clientes	414
	Información previa a la ejecución de operaciones en la cuenta	414
	Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones	414
	Información periódica	415
	i) Extractos mensuales	415
	ii) Estado de Comisiones	416
	iii) Cuentas inactivas	416
	iv) Saldos en presunción de abandono	418
7.4.15	Cancelación de la cuenta	419
	A iniciativa de la entidad bancaria	419
	A iniciativa del cliente	421
7.4.16	Traslado de cuentas de pago	423
7.4.17	Medidas restrictivas sobre cuentas corrientes adoptadas por las entidades en cumplimiento de exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales	426
7.4.18	Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción	433

8 Depósitos a plazo con garantía del principal 435

8.1	Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos	435
	8.1.1 Explicaciones adecuadas	435
	8.1.2 Información precontractual	436
	8.1.3 Formalización del contrato. Contenido	438
8.2	Liquidación del depósito. Tipo de interés	439
8.3	Documentos de liquidación	440
8.4	Renovación y modificación del tipo de interés	440
8.5	Cancelación anticipada	442
8.6	Vencimiento del depósito	444

9 Servicios de pago 444

- 9.1 Introducción, régimen aplicable y aspectos comunes 445
 - Sistemas de pago 451
 - 9.1.1 Condiciones contractuales 460
 - Transparencia, integridad 460
 - Oscuridad de las cláusulas 460
 - 9.1.2 Información y documentación contractual 461
 - Operaciones de pago singulares 461
 - Operaciones amparadas en un contrato marco 462
 - Conservación de documentos 462
 - 9.1.3 Comisiones y gastos 462
 - 9.1.4 Modificación de las condiciones del contrato marco 463
 - 9.1.5 Resolución del contrato 464
 - 9.1.6 Régimen de las operaciones de pago no autorizadas 464
 - Distinción con operaciones autorizadas 465
 - Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 466
 - Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago 466
 - Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 467
- 9.2 Tarjetas 468
 - 9.2.1 Gastos y comisiones 468
 - Emisión, renovación y mantenimiento 468
 - Reclamación de posiciones deudoras 468
 - Límites de disposición de capital y de utilización de la tarjeta 468
 - Comisión por exceso sobre el límite de crédito 470
 - Comisión por cancelación anticipada 471
 - 9.2.2 Actuación unilateral de la entidad 471
 - Emisión de tarjetas sin solicitud previa 471
 - Envío por medios que no aseguran su recepción 472
 - Incremento unilateral de tipos de interés 472
 - Bloqueo unilateral de tarjeta 473
 - 9.2.3 Formas de pago de la deuda de la tarjeta 474
 - Tarjetas *revolving*. Lenta amortización de la deuda 475
 - Trasposos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito 480
 - 9.2.4 Terminales de punto de venta 481
 - Contactless* 483
 - Comercio electrónico seguro 484
 - 9.2.5 Pagos con tarjeta no autorizados 484

	Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	484
	Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas	484
	Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	485
	Autenticación reforzada de clientes	487
	Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído	489
9.2.6	Programas de fidelización en tarjetas y tarjetas de pago en circuito cerrado	489
9.2.7	Dinero electrónico	490
9.3	Transferencias	491
9.3.1	Identificador único	492
9.3.2	Irrevocabilidad de las transferencias	494
9.3.3	Comisiones y gastos de las operaciones de pago	495
9.3.4	Fecha de abono	497
9.3.5	Pagos inmediatos	498
9.3.6	Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	499
	Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	
	Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas	499
	Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	499
	Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente	500
9.4	Adeudos domiciliados	501
9.4.1	Consideraciones generales	501
9.4.2	Tipología de adeudos domiciliados	502
9.4.3	La orden de domiciliación o mandato	503
9.4.4	El adeudo domiciliado B2B	503
9.4.5	El adeudo domiciliado básico SEPA	504
9.4.6	Procesos excepcionales de cancelaciones, rechazos y devoluciones	506
9.4.7	Devolución de recibos	506
9.4.8	Revocación de la orden de adeudo domiciliado	508
9.5	Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja	509
9.5.1	Consideraciones generales	509
9.5.2	Efectivo ingresado en una cuenta de pago	510
9.5.3	Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina	510
9.5.4	Billetes y monedas	511
	Billetes falsos	511
	Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda)	512
9.5.5	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	514
	Establecimiento de limitaciones	515
	Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático	516

9.5.6 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero 517

10 Cheques 518

- 10.1 El cheque como título-valor 518
- 10.2 Pago de cheque por ventanilla 519
- 10.3 Identificación del tenedor 520
- 10.4 Revocación 522
- 10.5 Endoso 523
- 10.6 Ingreso en cuenta 524
- 10.7 Ingreso en cuenta por un tercero distinto de su titular 525
- 10.8 Compensación 526
- 10.9 Comisiones 528
 - Comisión por emisión de cheques. Especial referencia a los emitidos por razón de una operación principal de financiación 528
 - Comisión por ingreso y devolución 531
 - Comisión por devolución de cheques de cuentas canceladas 533
 - Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta 534
- 10.10 Fecha de valor y disponibilidad de fondos 534
- 10.11 Gestiones de cobro 535
- 10.12 Cheque falsificado 537
- 10.13 Cheques librados sobre cuentas en el extranjero 538
- 10.14 Cheques de viajero (*traveller checks*) 539

11 Expedientes de testamentaría 540

- 11.1 Expedientes de testamentaría 541
 - 11.1.1 Deber de diligencia 543
 - 11.1.2 Derecho de información sobre las posiciones del causante 543
 - Legitimidad para solicitar información 543
 - Acreditación de la condición de heredero 545
 - Alcance del derecho a la información del heredero 548
 - Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas 548
 - Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio 551
 - Entrega de contratos a herederos 551
 - 11.1.3 Comisiones por la entrega de información a herederos 552
 - Certificado de posiciones 552
 - Movimientos posteriores al fallecimiento 552
 - Movimientos anteriores al fallecimiento 553
 - 11.1.4 Exigencia de la petición de tramitación de testamentaría junto con la solicitud del certificado de posiciones u otra información 553

11.1.5	Aceptación de la herencia	554
11.1.6	Participación y adjudicación de bienes	555
	Modalidades de partición de herencia	556
	Contenido del documento particional	558
	Revocación del documento particional	559
11.1.7	Impuesto sobre sucesiones	560
11.1.8	Formas de disposición de los fondos	562
11.1.9	Comisión por tramitación de testamentaria	564
11.1.10	Derechos de los legatarios y usufructuarios	567
	Legatario	567
	Legatario de legítima o legitimario	568
	Información al legatario	569
	Disposición de fondos por el legatario	570
	Usufructuario	570
	Usufructo de dinero o cuasiusufructo	571
	Cautela socini	572
11.2	Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento de un cliente bancario	574
11.2.1	Cuentas corrientes	574
	Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente	574
	Disposiciones de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular	575
	Cuentas con un único titular	575
	Cuentas con varios titulares	576
	Régimen de disposición indistinto o solidario	576
	Régimen de disposición conjunto o mancomunado	579
	Cuentas con varios titulares fallecidos	579
	Cancelación de la cuenta	580
	Comisión de mantenimiento de la cuenta, desde el fallecimiento hasta la cancelación	581
	Baja de la cuenta de cotitular fallecido	581
	Bloqueo de la cuenta	581
11.2.2	Depósitos a plazo	582
11.2.3	Préstamos hipotecarios y otras deudas	583
11.2.4	Caja de seguridad	584

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 LCCI, cuyas principales novedades se resumen en el recuadro 2.1), introdujo 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 y la 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 condicionadas¹.

El Departamento de Conducta de Entidades (DCE) 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.

¹ 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 (EBA, por sus siglas en inglés) 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, si bien estas directrices quedarán sin efecto el 30 de junio de 2021, siendo en tal fecha sustituidas por las nuevas directrices de la EBA sobre concesión y seguimiento de préstamos (EBA/GL/2020/06), publicadas el 29 de mayo de 2020 y que fueron adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España el 23 de julio de 2020.

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

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).

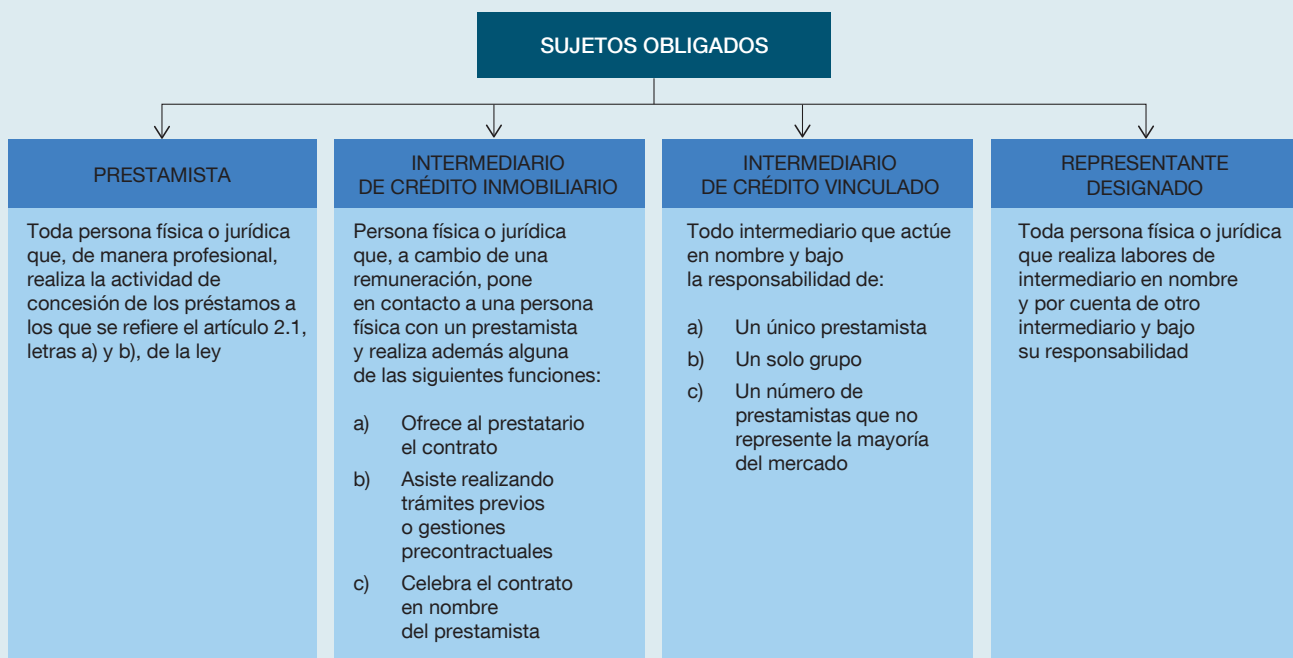
Este paquete normativo, además de transponer la directiva, introduce una serie de disposiciones que regulan aspectos que no están específicamente previstos en la normativa europea o que van más allá de su contenido y cuya finalidad es incrementar el grado de protección de los prestatarios y reforzar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

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (cont.)

autónoma al órgano competente de esta, y atribuyendo al Banco de España la competencia para el registro, la supervisión y la 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.

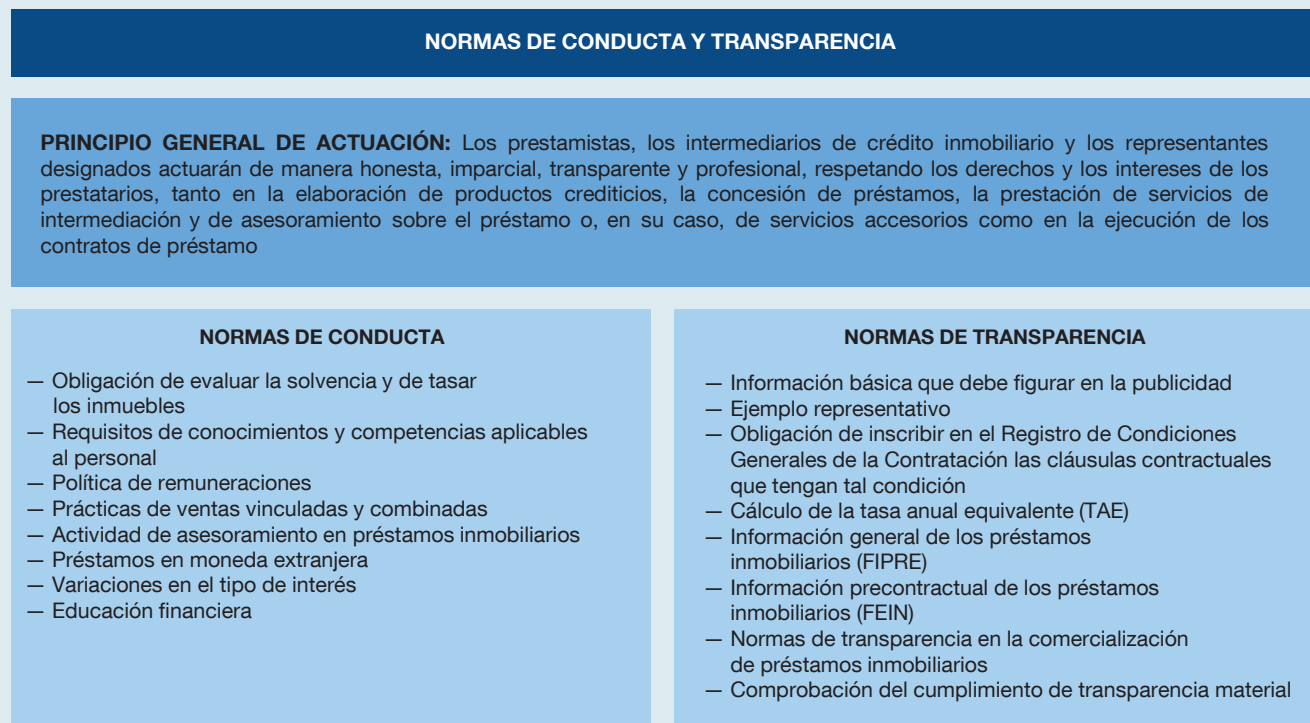
- b) Cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor.

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



FUENTE: Banco de España.

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (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, quizá 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 diez 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.

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (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, DIEZ 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

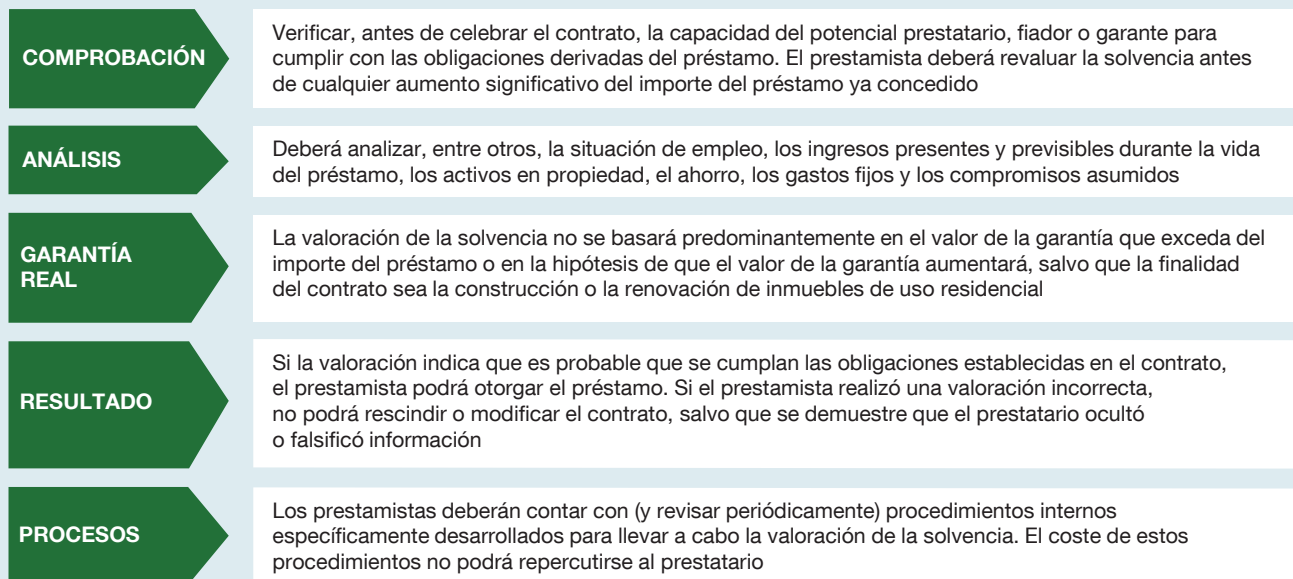
ECE/482/2019, que ha incorporado una nueva sección sobre esta materia a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta sección regula las materias, la formación en función del tipo de personal, la impartición y la certificación de la formación, 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

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (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.

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (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 NO se ofrece al prestatario por separado</p> <p>En términos generales, estas prácticas están prohibidas</p>	<p>Autorización por la autoridad competente</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 acarrear un claro beneficio para los prestatarios</p>	<p>Suscripción de pólizas de seguro</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>Contratación de productos soporte</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 prestamista 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> <table border="1" data-bbox="496 920 1445 1198"> <tr> <td data-bbox="496 920 804 1198"> <p>En las prácticas vinculadas autorizadas, 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> </td> <td data-bbox="809 920 1445 1198"> <p>En las prácticas combinadas, informará además sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios 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 c) Las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado </td> </tr> </table>			<p>En las prácticas vinculadas autorizadas, 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>	<p>En las prácticas combinadas, informará además sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios 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 c) Las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado
<p>En las prácticas vinculadas autorizadas, 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>	<p>En las prácticas combinadas, informará además sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios 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 c) Las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado 				

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

REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO (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, o

- 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.

Igualmente, se considera, de acuerdo con las buenas prácticas y usos financieros, que la sanción de la operación debe realizarse en un plazo razonable, acorde con las circunstancias concurrentes, comunicando en su caso, sin demora imputable a la parte solicitante, la denegación de la solicitud formulada, al objeto de que, si lo considera oportuno, pueda recurrir a otra entidad alternativa en busca de la financiación interesada. En sentido contrario, no se considera acorde con las buenas prácticas y usos financieros la generación de falsas expectativas sobre la concesión de operaciones 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 DCE en relación con el contenido de este apartado 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, lo que genera 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 DCE 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 DCE 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 del 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 DCE 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 (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 la R-202001271, el reclamante denunciaba la modificación unilateral por la entidad de las condiciones financieras inicialmente informadas para el préstamo hipotecario que solicitó, que solo tras sus quejas modificó nuevamente, pero no lo suficiente como para igualar las primeras condiciones ofertadas.

La entidad alegó que las condiciones aplicadas al préstamo hipotecario coincidían con lo indicado en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), oferta vinculante entregada al cliente dos semanas antes de la firma en notaría de la escritura pública y con lo plasmado en dicha escritura, así como con lo indicado en el correo electrónico remitido por la sucursal casi dos meses antes de la firma. Añade que el reclamante exigía la aplicación de unas condiciones indicadas en un correo anterior a ese, de más de tres meses antes de la firma, condiciones que ya no era posible aplicar un mes después, a pesar de lo cual aceptó las nuevas condiciones y formalizó el contrato con ellas.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, al no actuar con la diligencia y transparencia que debió prestar ante la solicitud de su cliente, ya que, si bien le confirmó que podían llegar al tipo de interés que le ofrecía otra entidad, no le indicó que tales condiciones estaban sujetas a su aprobación o no por otro órgano de la entidad, creando erróneas expectativas a su cliente, ya que las condiciones posteriormente comunicadas y recogidas en la información precontractual y en la escritura no coincidían con las inicialmente comunicadas.

En el expediente R-202012125, el reclamante denunciaba que había solicitado, a principios de junio de 2020, un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, confirmándole el personal de su oficina, tras un estudio económico previo, que la operación solicitada era viable, por lo que abonó el coste correspondiente a la tasación y formalizó un contrato de arras con los vendedores para señalar la compra, pagando 27.000 euros. No obstante, una vez realizada la tasación, y tras intercambiar numerosas comunicaciones, la entidad, el 7 de agosto siguiente, le informó de que el préstamo había sido denegado sobre la

base del artículo 20 de la Ley 5/2019 —que regula la facultad de los prestatarios de préstamos inmobiliarios en moneda extranjera de convertir estos, bien a la moneda en la que perciba la mayor parte de sus ingresos, bien a la del Estado miembro en el que sea residente—, por lo que mostraba su disconformidad con dicha denegación y solicitaba la devolución del importe de la tasación y de las arras.

La entidad alegó que no había dado seguridad alguna a su cliente sobre la aprobación del préstamo, sino que le había ido pidiendo información adicional para comprobar sus datos económicos, dadas sus circunstancias personales —vivía y trabajaba en Hong Kong—, y que le había indicado de forma expresa que la operación no sería ofertada en firme hasta que se aprobase por el departamento de riesgos y se elaborara la correspondiente FEIN.

Añadía que había sido el cliente quien entendió, de forma injustificada, que la operación le había sido concedida y que fue aquel quien decidió unilateralmente acelerar las gestiones para hacer posibles la compraventa y el préstamo hipotecario mediante la firma en notaría, cuando ni tan siquiera se había formalizado la FEIN-oferta vinculante.

Por último, señalaba que la tasación no se adeudó porque hubiera una intención previa de conceder la operación, sino como gasto preparatorio, denegándose finalmente por percibir la mayoría de sus ingresos el solicitante en dólares de Hong Kong, divisa con la cual no operaba la entidad, ni lo hacía con clientes que operasen habitualmente con dicha divisa. No obstante, por motivos comerciales decidió abonar al cliente los gastos de tasación.

El DCE concluyó que la actuación de la entidad respecto a la entrega de la información precontractual había sido ajustada a la normativa de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios, dado que constaba acreditado que entregó al reclamante tanto la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) como el documento de solicitud de operaciones de activo que recababa su autorización para cargar en su cuenta el importe de los gastos de tasación, a pesar de que la operación nunca llegara a formalizarse.

No obstante, consideró la existencia de malas prácticas, al haber generado en el cliente falsas expectativas en relación con la operación de financiación solicitada, pues le había indicado expresamente que iniciase los trámites de la compraventa. Tampoco le había informado de la posibilidad de la denegación de la operación, demorándola injustificadamente sobre la base de hechos que *a priori* eran ya conocidos antes de requerir el informe de tasación, y esto porque del análisis de la documentación previa entregada por el padre del solicitante la entidad debería haber advertido el origen de los ingresos de su cliente.

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 DCE 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 DCE 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 para solicitar 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 DCE entiende que las entidades están 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 la R-202007183, el reclamante denunciaba que desde hacía años venía abonando las cuotas mensuales de su préstamo hipotecario mediante ingreso por caja, pero recientemente, al ir a realizar el ingreso, le habían comunicado que ya no podía utilizar esa forma de pago, sin ofrecerle explicación alguna sobre dicha negativa, lo que le provocó un grave perjuicio, al situarle en una situación de morosidad.

La entidad alegó que en la cuenta afectada existía un embargo a futuro ordenado judicialmente, por lo que el banco procedió a trabar el importe ordenado por el juzgado sin transferirlo, puesto que el reclamante no mantenía saldos susceptibles de embargo, actuando como mero intermediario y estando obligado a cumplir con las órdenes de embargo en sus justos términos. Añadió que, salvo que el juzgado competente autorizase los ingresos en la cuenta asociada a fin de atender únicamente el pago del préstamo hipotecario, no podían seguir permitiendo esta práctica. Por último, manifestó que el error incurrido al haberle permitido inicialmente al cliente dichos ingresos en efectivo no debía ser calificado como mala práctica, puesto que, una vez conocido, había sido corregido, facilitando al interesado las explicaciones oportunas.

El DCE, sin perjuicio de estimar que no podía emitir un pronunciamiento acerca de si debía considerarse o no una actuación desleal al órgano judicial embargante el permitir los ingresos por caja sin abono en la cuenta embargada, entendió que la actuación de la entidad había contrariado las buenas prácticas, al no acreditar que hubiera dirigido al cliente comunicación alguna en relación con la diligencia de embargo y de las retenciones practicadas en su cuenta conforme al oficio del juzgado.

Por su parte, en el expediente R-202008610 la reclamante denunciaba que, tras recibir una notificación por parte de uno de los ficheros de morosos —Experian—,

pudo advertir que la entidad le reclamaba una cantidad en concepto de préstamo hipotecario, por lo que, al no obtener ningún tipo de información previa sobre esta cuestión, interpuso reclamación ante su Servicio de Atención al Cliente (SAC), sin que desde ese servicio le hubieran facilitado aclaración alguna al respecto.

La entidad alegó que la reclamación había sido atendida mediante carta del SAC, en la que se le informó del cauce adecuado para cursar este tipo de reclamaciones y de que, dado que, según su Reglamento para la Defensa del Cliente, esta materia quedaba fuera de sus competencias, podía acudir al Departamento de Protección de Datos de la entidad, facilitándole su dirección postal y correo electrónico, o bien a cualquiera de sus oficinas, con el fin de entregar en mano la solicitud ante el mencionado departamento, sin que conste que se haya dirigido a este.

Añadió que la deuda que motivaba el alta en Experian procedía de los impagos de un préstamo por importe de 82.500 euros, sobre el que la reclamante afirmaba no haber recibido notificaciones, pero acompañaba las cartas de reclamaciones de impago enviadas desde varios meses antes de la inclusión en el fichero, además de las que se le habían enviado desde el mes de junio junto con pagos parciales realizados. En total, más de diez cartas en los últimos meses, junto con una nueva y específica notificación, concretándose la deuda comunicada en documento aportado en el que se desglosaban los recibos impagados en aquel momento, aportando también la certificación de la deuda que se preparó para iniciar la reclamación por parte del Departamento de Recuperaciones.

El DCE concluyó que la actuación de la entidad reclamada, globalmente considerada, era contraria a las buenas prácticas bancarias en cuanto a la información facilitada al cliente respecto de la inclusión de la deuda en fichero, dado que: i) no había quedado acreditado que informara a la prestataria de que sus datos iban a ser cedidos a ficheros de morosidad; ii) no constaba que le hubiera prestado algún tipo de explicación sobre los riesgos declarados a Experian hasta que se tramitó la reclamación, y iii) no había actuado con la diligencia y transparencia que debió prestar ante la solicitud de su cliente. Sobre este particular, la entidad se había limitado a facilitar el certificado de deuda pendiente, en el que se indicaban únicamente el capital, los intereses remuneratorios y de demora, las comisiones devengadas y no pagadas correspondientes a siete cuotas no atendidas y el capital pendiente de vencimiento del préstamo hipotecario, sin que hubiera facilitado un extracto de movimientos de aquel con desglose de los conceptos satisfechos en cada momento, ni del capital pendiente, los intereses remuneratorios y de demora, y los gastos por reclamación de posiciones deudoras por los recibos impagados que justificasen tanto la deuda comunicada por Experian como la cuantía de la deuda en la fecha del certificado antes mencionado.

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, bien mediante cualquier otro documento con el que informara a los solicitantes de las condiciones económicas a las que se comprometía, 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.

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c² de la LES, se aprobó la Orden EHA/2899/2011, que derogó la Orden de 5 de mayo de 1994 y concentra «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 (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.

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

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 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:

- La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.
- 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 de 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 las 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, el significado y la 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 DCE 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 respecto 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 DCE 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.

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.

Entre los examinados en 2020, algunos expedientes en los que se han comprobado deficiencias en la información previa a la firma son los siguientes:

- En el expediente R-202005583, el reclamante denunciaba que en la FIPER entregada se recogía que se liquidaría un interés fijo hasta el último día de ese mismo mes de dentro de cinco años si se formalizaba

la operación hipotecaria el mismo día de su entrega, lo que consideraba imposible, señalando que la entidad le informó a través de dicha ficha de unas condiciones que se modificaron el mismo día de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a principios del mes siguiente, por lo que entendía que la entidad actuó de mala fe, ya que le entregó una información inválida, con una fecha de finalización de la primera fase que difería de la recogida en la escritura, al prolongarse tres meses más, por lo que solicitaba la devolución de las cuantías cobradas de más en los tres últimos meses en los que se aplicó el tipo fijo.

La entidad alegó que en la escritura se había pactado la aplicación de un interés fijo durante cinco años y después de este período inicial sería variable, haciéndose constar en la propia ficha informativa que la primera fase finalizaría el último día de ese mes de dentro de cinco años, si bien se avisaba en la ficha de que esas fechas eran solo válidas en la hipótesis de que se formalizase la operación en la fecha de emisión del documento, lo que en su caso no corresponde aplicar, pues la operación se formalizó a primeros del mes siguiente, por lo que entiende que es incorrecto afirmar que se modificaron las condiciones en el momento de formalizar la operación hipotecaria.

En el caso expuesto se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, dado que, aunque en la citada FIPER se encontraban recogidas las condiciones financieras aplicables al préstamo hipotecario, incluidas las relativas al tipo de interés aplicable en el primer período a tipo fijo y en el segundo a tipo variable, que coincidían con las recogidas en la escritura de préstamo hipotecario, y se hacía constar que la oferta tendría validez hasta el día 11 del mes siguiente, en la mencionada FIPER no se contemplaba el índice de referencia sustitutivo pactado en la escritura de préstamo hipotecario —IRPH del conjunto de entidades—, como exige la Orden EHA/2899/2011.

También se consideró una falta de transparencia el contemplar en la FIPER un período de interés fijo menor en tres meses que el recogido posteriormente en la escritura de préstamo hipotecario, firmada solo ocho días después de la entrega de la información precontractual —y dentro de su período de vigencia—, sin que pueda justificar dicha actuación la nota a pie de página que indicaba que la fecha de finalización del tipo fijo estaba calculada bajo la hipótesis de formalización del préstamo en la fecha de emisión del documento, por cuanto dicho requisito era de muy difícil o imposible cumplimiento, y la variación de la fecha de finalización del período a tipo fijo no debería en ningún caso suponer que se pudiera ver aumentado el período de cinco años a tipo fijo ofrecido.

- En el expediente R-202007559, el reclamante denunciaba que en su día la entidad le había remitido las condiciones financieras del préstamo vía correo electrónico, en el que se destacaba un método variable de amortización francés, pero posteriormente se le envió la oferta vinculante, donde pudo comprobar que el sistema de amortización era geométrico creciente, advirtiéndole el notario en la fecha de la firma de que se trataba efectivamente de una financiación con cuotas crecientes. Por lo expuesto, consideraba haber firmado sin tener toda la información sobre las condiciones acerca del método de amortización, y por ello solicitaba poder escogerlo.

La entidad alegó que las negociaciones sobre las condiciones de hipoteca entre la entidad y el cliente se desarrollaron a lo largo de diversos días, con exigencias de celeridad por parte del interesado, al final de los cuales optó por la subrogación en el préstamo promotor, con el sistema de cuotas crecientes, entre otras condiciones recogidas finalmente en la oferta vinculante que fue firmada por el interesado, acudiendo el mismo día de la entrega de la oferta vinculante ambos prestatarios a la notaría, donde precisamente se formalizaría al día siguiente el préstamo hipotecario para el otorgamiento del poder de representación de uno en favor del otro, pudiendo haber realizado en ese momento las consideraciones oportunas ante el notario y a la vista, incluso, del proyecto de la escritura; sin embargo, los clientes renunciaron libre y voluntariamente a examinar las condiciones que iban a firmar, dado que les eran ya conocidas y las habían aceptado expresamente.

Añadió que fue en una reunión posterior a la firma de las escrituras cuando, ante las dudas del cliente, se le había hecho entrega, además, de una comparativa de los sistemas de amortización; por un lado, el que resultó negociado entre las partes y, por ello, recogido en la escritura, y, por otro, el sistema francés de amortización.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto: i) por un lado, no acreditaba haber entregado la oferta vinculante con la antelación de tres días hábiles; ii) y, por otro lado, incurrió en falta de transparencia informativa, al no constar en la oferta vinculante que las cuotas de amortización de capital crecían en progresión geométrica ni la razón de dicha progresión, y iii) no fue posible emitir pronunciamiento sobre la solicitada modificación de la cláusula sobre la amortización, dado que acceder a tal cuestión se incardinaría en lo que se denomina «política comercial y de asunción de riesgos» de la entidad.

Como complemento a lo explicado en este apartado, se ha de tener en consideración que, siendo común que la disposición de los préstamos hipotecarios, una vez

concedidos, se haga mediante cheques bancarios, se ha de seguir en la emisión de estos cheques el criterio desarrollado al referirnos a los cheques, concretamente en el subapartado titulado «Comisión por emisión de cheques. Especial referencia a los emitidos en el marco de una operación principal de financiación» del epígrafe 10.9 de la presente Memoria. Así, teniendo en cuenta el referido criterio, junto con la información precontractual del préstamo hipotecario que recoge todas sus condiciones financieras, se deberá incluir una pieza informativa separada sobre las comisiones por emisión de cheques en los casos en los que vaya a ser esa la forma de disposición de los fondos recibidos de este.

1.4 Incidencias de las contrataciones de hipotecas en trámite producidas por la declaración del estado de alarma derivado de la pandemia de COVID-19

En este epígrafe debe hacerse mención a la situación extraordinaria creada por la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 a través de la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ya que supuso un obstáculo para la formalización de las operaciones hipotecarias que ya habían sido aprobadas por las entidades prestamistas y en relación con las cuales ya había sido entregada al cliente la FEIN-oferta vinculante.

Las principales incidencias derivaban de que muchas de estas operaciones no pudieron formalizarse dentro del plazo de vigencia especificado en la FEIN por causas no imputables al cliente, sino a la situación de pandemia, a pesar de que el funcionamiento de las notarías, que fueron consideradas servicio esencial, estuvo guiado por los criterios establecidos por las instrucciones de 15 de marzo y de 8 de mayo de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSF), y las circulares n.ºs 1, 2 y 3 de 2020 del Consejo General del Notariado, siendo muy pocas las notarías que se vieron obligadas a cerrar, si bien solo se atendieron casos de urgencia y siempre con cita previa.

Por tanto, el estado de alarma provocado por el COVID-19 no impedía que se pudieran formalizar ante notario aquellas operaciones que revistieran del carácter de urgentes. Al respecto, el Consejo General del Notariado remitió una circular a todos los notarios, con fecha 18 de marzo de 2020, por la que se establecieron los trámites que podrían seguir realizándose durante dicha situación por considerarse urgentes.

En este sentido, en dicha circular se consideraban operaciones exentas de justificar urgencia todas aquellas que determinase el Gobierno y que conllevaran intervención notarial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1.f) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como en el Real Decreto-ley (RDL) 8/2020, de 17 de marzo,

encontrándose entre estas la actividad de financiación propia de las entidades financieras y sus garantías accesorias.

En estos casos, el DCE exigió a las entidades prestamistas una especial diligencia en orden a que intentaran acordar con sus clientes la pronta formalización de sus contratos hipotecarios para evitar que venciera el plazo de vigencia de las FEIN entregadas y que las condiciones financieras fueran modificadas en perjuicio de los prestatarios, así como que, en su caso, la modificación de las condiciones obedeciera realmente a un empeoramiento sobrevenido de la solvencia o capacidad de pago del solicitante de la operación.

En el expediente R-202007430, la reclamante denunciaba la denegación de la novación hipotecaria que había sido previamente aprobada con fecha 3 de febrero de 2020, manifestando que, si bien con fecha 24 de marzo de 2020 estaba prevista la firma de la operación en la notaría, no se pudo formalizar debido a que se decretó el estado de alarma por la emergencia sanitaria creada por el COVID-19. No obstante lo anterior, transcurridos dos meses, la entidad, en fecha 18 de mayo, le comunicó la denegación de la operación, al no ajustarse a sus criterios.

La entidad alegó que, tras aprobarse la solicitud de la reclamante, el 6 de marzo se le había hecho entrega de la documentación precontractual, incluida la FEIN-oferta vinculante. Añadía que, a raíz de la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la operación de novación de titulares no pudo formalizarse en la fecha prevista. Así, fue el 5 de mayo cuando la reclamante contactó con el notario para fijar una nueva fecha de la firma, siendo entonces informada de la necesidad de comunicarse con la entidad para actualizar la documentación precontractual, pues la validez de esta vencía, precisamente, el 5 de mayo de 2020, como se recogía en la FEIN. También se le indicó que, después de esa fecha, la oferta podría variar con arreglo a las condiciones de mercado.

Manifestaba asimismo que con fecha 7 de mayo siguiente, tras realizar un nuevo estudio del riesgo y de las condiciones propuestas, la entidad desestimó la operación planteada, al no ajustarse a los criterios de riesgo por ella establecidos, siendo trasladada dicha información a la solicitante ese mismo día, no existiendo ninguna norma de transparencia que obligue a la entidad a hacer públicas sus políticas de asunción de riesgo crediticio ni, por tanto, a concretar qué aspecto de su libre política de riesgos no cumple el solicitante de una financiación.

El DCE concluyó que la actuación de la entidad pudo suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela de servicios bancarios, por cuanto no quedó acreditado que realizara la gestiones necesarias para la

formalización de la operación dentro del plazo de vigencia previsto en la FEIN entregada a su cliente, entre otros motivos, porque la entidad no colaboró debidamente en la resolución del expediente, al no alegar sobre los motivos por los que no se formalizó la operación en el plazo previsto en la FEIN, lo que también se valoró como una falta de transparencia para con el cliente.

En otro caso, el tratado en la R-202009320, una comunidad de bienes explicaba haber solicitado una hipoteca para la compra de una nave industrial y que la entidad le había facilitado un documento con las condiciones financieras en el que se recogía un tipo de interés fijo del 1,95 %, pero que la formalización de la operación se retrasó, dado que se declaró el estado de alarma. Al estar durante este período cerradas las oficinas de las Administraciones Públicas, hasta el 22 de abril no obtuvo el CIF de la comunidad de bienes, pudiendo así continuar con la tramitación de la operación hipotecaria. Añade que en fecha 7 de mayo de 2020, tras remitir a la entidad el CIF, esta le comunicó un cambio en las condiciones financieras inicialmente pactadas, modificando unilateralmente el tipo de interés fijo que se aplicaría a la operación hipotecaria a un 2,60 %.

La entidad alegó que en la FEIN, oferta vinculante remitida telemáticamente a los solicitantes el 12 de marzo anterior, se informaba de que la operación debía formalizarse antes del 9 de abril de 2020, así como de que el tipo de interés aplicado a la financiación sería de un 1,95 %, añadiendo que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 5/2019, una vez que los prestatarios acusaron recibo de toda la documentación precontractual, esta se remitió al notario —por vía telemática—, quedando dicho notario a la espera de concertar una cita con los prestatarios y revisar conjuntamente la minuta en la notaría, pero la operación financiera perdió su vigencia porque los prestatarios no obtuvieron en plazo el CIF de la comunidad de bienes adquirente del inmueble, dato que era esencial para otorgar la escritura.

Por ello, el 8 de mayo siguiente —y previa comunicación, por parte del director de la oficina, de las nuevas condiciones de precio y aceptación de la parte reclamante— la oficina inició la tramitación de una nueva solicitud de la financiación hipotecaria, remitiendo en esa fecha al Departamento de Riesgos y Precios la propuesta de la operación para su ratificación. La FEIN y el resto de la documentación precontractual se remitió a los comuneros el 22 de mayo siguiente, estableciéndose un tipo de interés del 2,60 %, que finalmente fue aceptado por los clientes en la firma ante el notario.

Analizando toda la situación en su conjunto, el DCE concluyó que la entidad reclamada no se ajustaba a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que procedió a empeorar las condiciones financieras de la operación hipotecaria a pesar de la existencia de una circunstancia de fuerza mayor que impidió que sus clientes formalizaran la operación en el período de vigencia de la primera FEIN entregada, y

ello sin justificar tampoco el deterioro de la solvencia o capacidad de pago de sus clientes.

1.5 Comprobación notarial 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 del resto de la documentación hasta la firma de la operación, el prestatario, fiador y garante del préstamo que sea persona física habrá de comparecer, él mismo o su representante, ante el notario, como muy tarde el día anterior al de la autorización de la escritura, para que le asesore presencialmente de la manera que se expone a continuación. El notario verificará la documentación acreditativa de la entrega al cliente de la FEIN, la FiAE y el resto de la documentación previa obligatoria, y, en caso de que quede acreditado su cumplimiento, hará constar en acta previa a la formalización del préstamo lo siguiente:

- El cumplimiento de los plazos legalmente previstos para la puesta a disposición del prestatario de la FEIN, la FiAE y el resto de la documentación previa obligatoria.
- Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.
- Asesoramiento prestado 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 concretarán 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, la FiAE y la 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 (LEC), el contenido de dicha acta se presumirá veraz e íntegro, y 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, el notario autorizante y su fecha de autorización, y la afirmación de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento preceptivos.

La actuación notarial no eximirá en ningún caso a la entidad de su obligación de facilitar a los interesados las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y las cargas derivadas de la suscripción del préstamo³.

El Real Decreto 309/2019 desarrolla en su capítulo IV los medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario (arts. 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 Jurídica y Fe Pública, y en circulares de obligado cumplimiento del Consejo General del Notariado⁴.

3 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 de 30)].

4 Véanse a este respecto la Instrucción de 14 de junio de 2019, de la DGRN, sobre el uso de plataformas informáticas de las entidades financieras y gestoras 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.

1.6 Requisitos de conocimientos y competencias 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 competencias 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.ª del capítulo II del título III de la Orden/EHA/2899/2011.

1.7 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, 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.

1.8 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 DCE 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 ese 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.

1.9 Inscripción por los prestamistas de los contratos con condiciones generales de la contratación

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 contratos negociados, no es necesario depositar las cláusulas, si bien en estos supuestos deberá 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 el sitio web de los prestamistas, si lo 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, véanse 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 de 14 de junio).

1.10 Información sobre la provisión de fondos, tramitación administrativa y gastos de formalización de la hipoteca

A título introductorio, nos remitimos en este apartado a las páginas 128-132 de la Memoria de 2019 para ahondar en este ejercicio en el criterio sobre entrega con antelación de la provisión de fondos para los préstamos hipotecarios acogidos a la LCCI; a la selección y síntesis de algunos informes relevantes de entre los resueltos en 2020, ya vigente el régimen de gastos de la LCCI, y a la actualización del panorama jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de gastos de formalización de hipotecas, aplicable a los préstamos suscritos con anterioridad a la vigencia de la LCCI.

1.10.1 Información sobre provisión de fondos

Con carácter general, cuando hablamos de la información previa de los gastos de formalización de operaciones hipotecarias, la diligencia de una entidad se extiende no solo a los correspondientes al préstamo (recogidos en la información precontractual: tasación, gestoría, gastos notariales, registrales y fiscales), sino también a los de las operaciones conexas, como sus modificaciones, subrogaciones, cancelaciones y otro tipo de negocios jurídicos vinculados estrechamente a la concesión del préstamo hipotecario.

A este respecto, el DCE ha consolidado el criterio de que la información sobre provisión de fondos debe facilitarse con ocasión de la entrega de la información precontractual obligatoria, regulada en el artículo 14 de la Ley 5/2019, incluidas la FEIN, la FiAE y, sobre todo, «la información clara y veraz sobre los gastos que corresponden al prestamista», esto es, con diez días naturales de antelación respecto a la fecha prevista para la formalización de la operación.

La citada información facilita al prestatario el conocimiento de todos los gastos a los que debe hacer frente, y no solo los de la operación hipotecaria, lo que evidentemente le posibilita la comparación con las ofertas de otras entidades, que también le deben

facilitar información sobre los gastos del préstamo hipotecario y de los contratos accesorios, dato el de los gastos muy relevante a la hora de aceptar una u otra opción, o incluso desistir de ambas.

No obstante, la recepción de esta información previa no impide que el cliente mantenga además su derecho de revisar el proyecto de contrato del préstamo hipotecario en la notaría durante los tres días hábiles anteriores a la fecha fijada para su formalización, aunque pueda renunciar a él siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría. Por ello, en el acta previa se debe cuando menos informar al consumidor del indicado derecho, para permitirle su ejercicio, o informarle de la posibilidad de renuncia a este, en su caso.

Asimismo, se debe precisar que el pago —generalmente, vía cargo en cuenta— de los gastos totales asociados a la operación para su formalización puede lógicamente diferirse en el tiempo y en ningún caso puede ser exigible al cliente antes de la aprobación del acta previa notarial —art. 15 de la Ley 5/2019—. No en vano, este hito informativo implica que el cliente está conforme con la operación y que conoce, comprende y acepta las condiciones del préstamo, y desea formalizarlo.

El criterio expuesto se ha aplicado a supuestos como el analizado en el expediente R-202008348, en el que el conflicto derivaba de la falta de información previa sobre los gastos que se asumirían en una escritura de novación de préstamo hipotecario con ampliación de plazo y reducción del capital pendiente. Explicaba la reclamante que fue el día de la firma en notaría, y no antes, cuando se les explicó que debían abonar una provisión de 1.000 euros para cancelar, en el marco del negocio global, otro préstamo hipotecario, viéndose obligada a firmar para formalizar la operación de novación. Por su parte, la entidad alegó que los prestatarios plantearon la adecuación del préstamo cuestionado, ampliando capital y reduciendo plazos, estando aquellos totalmente conformes con la operación e informados de la provisión de fondos. Así las cosas, en la medida en que no se había informado de los gastos de la operación hipotecaria que se cancelaba, sino solo de la novada, se concluyó de manera contraria a la actuación de la entidad.

1.10.2 Reclamaciones sobre gastos de formalización (régimen de gastos de la LCCI)

Durante 2020 se han analizado casos de gastos de formalización de préstamos hipotecarios, ya vigente la Ley 5/2019, en los que resultaba aplicable el régimen vigente de distribución de gastos en hipotecas.

Así, por ejemplo, en el expediente R-202000581 una mercantil reclamante denunciaba que en dos escrituras de préstamo hipotecario en las que figuraba una persona

física como avalista se había incluido una cláusula según la cual la prestataria quedaba obligada a asumir la totalidad de sus gastos de constitución. Se consideraba que ello vulneraba el régimen de la LCCI, al ser la parte avalista de la operación una persona física con condición de consumidor.

La entidad sostenía la corrección de su conducta en el pacto libremente alcanzado con la reclamante, no consumidora, que asumiría el abono de los gastos de constitución y del impuesto sobre actos jurídicos documentados, recogándose también en la oferta vinculante de ambas operaciones que la deudora principal los asumiría.

El DCE concluyó que la actuación de la entidad podría ser constitutiva de un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela por no incluir en las escrituras de préstamo hipotecario cuestionadas el reparto de gastos de formalización correspondiente a los gastos de notaría y registro previsto en el artículo 14 de la Ley 5/2019 —que los imputa a la prestamista—, a pesar de que resultaba de aplicación dicha norma, al ser la avalista de ambas operaciones una persona física e incluirse por ello ambos préstamos hipotecarios en su ámbito de aplicación.

No obstante, respecto a la repercusión del pago del impuesto a la mercantil reclamante mediante pacto contractual, aspecto sobre el cual la Ley 5/2019 remite a la normativa fiscal de aplicación —RDL 17/2018, de 8 de noviembre, en el que se designa a las prestamistas hipotecarias como sujeto pasivo de dicho impuesto—, el DCE entendió no tener competencia para pronunciarse sobre la corrección de dicho pacto, remitiendo la cuestión a los tribunales.

Otro ejemplo fue el analizado en el expediente R-202006328, en el que la reclamante denunciaba que, tras separarse de su marido, había solicitado una novación del préstamo hipotecario del que eran titulares para liberarle como deudor. La oficina le había confirmado que tal novación no conllevaría gasto ni comisión y que las condiciones del préstamo seguirían siendo las mismas. No obstante, una vez en la notaría para la firma de la operación, y transcurrido más de un año desde el inicio de los trámites, le indicaron que debía firmar una provisión de fondos y asumir los costes de la operación —gastos notariales, registrales y de gestoría—, cuya devolución solicitaba en el expediente ante el DCE.

La entidad alegaba haber comunicado por correo electrónico el coste de los gastos de la operación y la provisión de fondos, desprendiéndose de la escritura de liberación de deudor que la novación consistía en la liberación de un deudor que respalda el pacto (ajeno a la entidad) de asunción de deuda por parte del otro interviniente, sin modificación de condiciones económicas existentes previamente, por lo que entendía que la operación era ajena al régimen de asunción de gastos de la Ley 5/2019.

El DCE concluyó señalando que la entidad no había sido diligente en la provisión de información previa a la prestataria ante esta operativa, al no haber aportado al expediente documentación precontractual entregada que permitiera comprobar la distribución de gastos en ella recogida. También se observó que las alegaciones de la entidad inducían a confusión, ya que, en contra de lo indicado en el acta notarial en la que se reproducía la distribución de gastos del artículo 14 de la Ley 5/2019, la entidad sostenía que la distribución de gastos no estaba sujeta a la Ley 5/2019, al amparo de la cual había tramitado, sin embargo, la novación.

1.10.3 Evolución jurisprudencial sobre la cláusula de imposición al consumidor de los gastos de formalización (régimen anterior a la LCCL)

En el origen de la jurisprudencia que hace referencia a esta cuestión encontramos la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 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.

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.

Nos remitimos a las páginas 132-135 de la Memoria de 2019, en las que se explican con mayor detalle tanto la sentencia n.º 705/2015 como las posteriores del mismo Tribunal Supremo n.ºs 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, referidas a los tributos que gravan la operación de préstamo con garantía hipotecaria, en las que la Sala Primera del Tribunal Supremo aclaró las reglas de identificación del sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Se referían igualmente en la Memoria anterior la sentencia posterior de la Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018, por la que se atribuía al prestamista el pago del impuesto, y la posterior decisión del Pleno de dicha Sala Tercera del Tribunal Supremo de volver al criterio según el cual el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria es el prestatario.

Se incluían también las sentencias de 23 de enero de 2019 del Tribunal Supremo n.ºs 44, 46, 47, 48 y 49, por las que se establecieron los criterios de distribución de los gastos de formalización entre prestamista y prestatario respecto a los aranceles notariales y registrales, el impuesto y la gestoría.

Como continuación a las anteriores, se ha de referir que también se plantearon ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sendas cuestiones prejudiciales por los juzgados de primera instancia n.º 17 de Palma de Mallorca y n.º 6 de Ceuta, en autos de 12 y 13 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19). El TJUE ha resuelto aquellas en sentencia de 16 de julio de 2020, disponiendo que, en el supuesto de que se declare la nulidad de la cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, no resultaría conforme al artículo 6, apartado 1, y al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que el juez nacional negara al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula a menos que las disposiciones del derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impusieran al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

El Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 457/2020, de 24 de julio (Rec. 1053/2018), ha confirmado, respecto de los gastos notariales y registrales, su jurisprudencia anterior (sentencias n.ºs 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero), antes explicada, repartiendo los gastos notariales por mitad entre entidad y cliente, y atribuyendo íntegramente los registrales a la prestamista.

Respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados referido a hipotecas anteriores al 10 de noviembre de 2018 (fecha en que entró en vigor la modificación del art. 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el RDL 17/2018, de 8 de noviembre), corresponde legalmente su pago al prestatario, por lo que, según indica la Comisión Europea en las observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020 del TJUE antes comentada, la Sala Primera del Tribunal Supremo, con su sentencia n.º 457/2020, de 24 de julio de 2020, Rec. 1053/2018, no procede a una moderación de la cláusula abusiva, sino a la aplicación de la normativa fiscal vigente relativa al impuesto, como había sido interpretada por la Sala Tercera del propio Tribunal Supremo.

En relación con los gastos de gestoría, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 555/2020, de 26 de octubre, Rec. 474/2018, rompe con su jurisprudencia anterior, antes explicada, y señala que el criterio de reparto de dichos gastos por mitad entre prestamista y prestatario establecido en la sentencia n.º 49/2019, de 23 de enero, no se acomoda bien a la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de

Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, por lo que, al haberse abonado en virtud de una cláusula que se ha declarado abusiva, estos deben ser devueltos al consumidor por parte de la prestamista.

Por último, y aunque no cabe considerarlos *stricto sensu* como gastos de formalización, entendemos conveniente añadir que, respecto a los gastos de tasación de préstamos hipotecarios a los que no resulte de aplicación la Ley 5/2019, formalizados con un consumidor, la sentencia n.º 35/2021, de 27 de enero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Rec. 1926/2018) establece que aquellos incumben al banco, y no al consumidor, argumentando que, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada abusiva. Con esta sentencia quedan resueltas por la Sala de lo Civil todas las consecuencias de la nulidad de las cláusulas que imponen a los consumidores los gastos de formalización del préstamo hipotecario.

Por otra parte, atendiendo al marco normativo vigente, resulta preciso recordar 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 fijado en la normativa tributaria aplicable.

Como cierre de este apartado, y por lo referente a las reclamaciones derivadas de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas de atribución de gastos análogas a la examinada por el Tribunal Supremo, nos remitimos a la Memoria de 2019 (páginas 136-138), en la que se exponen los criterios del DCE sobre el particular, mantenidos durante 2020, con referencia a los reclamantes de la jurisprudencia actualizada. No obstante, debe significarse que, a lo largo de 2020, a la hora de analizar los expedientes, se ha tenido muy en cuenta la fecha de formalización de los préstamos, en orden a apreciar, en su caso, la extemporaneidad de la reclamación.

1.11 Tasación del inmueble

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 DCE 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 a su cargo, requiriendo a tal fin su autorización para cargarlos en cuenta y 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)⁵, 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 y 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 DCE corresponden, básicamente, a la siguiente casuística:

- a) Falta de información previa del coste de la tasación.
- b) Falta de autorización para el cargo en cuenta.
- c) Disconformidad con el cargo de aquella por denegación de la operación por falta de capacidad de pago.
- d) Disconformidad con el cargo, al no haber podido formalizarse la operación por problemas con la titularidad registral de la finca.
- e) Negativa de la entidad a aceptar una tasación en vigor (dentro de los seis meses de validez desde su fecha de emisión) emitida por una tasadora homologada, imponiendo al cliente el coste de una nueva tasación realizada por otra tasadora de mayor confianza para la entidad.

En los dos primeros supuestos —a) y b)—, que a veces concurren en una misma reclamación, el DCE considera mala práctica bancaria que las entidades no acrediten haber informado a sus clientes, con carácter previo, de la necesidad de llevar a cabo

⁵ 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.

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; se considera 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 que, existiendo indicios de que podría haber falta de idoneidad en la titularidad registral de la finca objeto de garantía, no se realizaran 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 DCE analizar la corrección del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

Un ejemplo de actuación irregular respecto a la tramitación de una solicitud de préstamo hipotecario relacionada con la tasación exigida lo tenemos en el expediente R-202009282, en el cual el reclamante estaba disconforme porque, a pesar de que en diciembre de 2019 se le había comunicado la aprobación de la operación hipotecaria por importe de 113.000 euros (siendo el precio de compra de 119.000 euros), para el caso de que la tasación cubriera un mínimo del 80 %, resultó que finalmente la tasación no alcanzó ese porcentaje, por lo que perdió los 363 euros que había pagado por la tasación. Añadía haber solicitado sin respuesta el informe de tasación, por lo que encargó un nuevo informe en el que el valor resultante tasado fue de 144.635,98 euros, esto es, suficiente para que le concedieran la financiación ofrecida. No obstante, días después le comunicaron variación de condiciones y de capital, por lo que tuvo que acudir a otra entidad. Solicitaba en su reclamación la entrega del informe de tasación y el reintegro del abono de esta.

La entidad, por su parte, argumentaba que el reclamante había firmado el mismo mes en el que solicitó la financiación su conformidad al abono de la tasación de la garantía. Explicaba que, si bien en un primer momento la valoración realizada no posibilitaba la aprobación de la operación por no ser el valor de tasación superior al 80 % del importe que se pretendía financiar, posteriormente el valor fue modificado. Añadía que el reclamante solicitó el otro informe de tasación a petición de una segunda entidad y que, a la vista de este, aprobaron la operación, aunque el reclamante

finalmente no firmó con ellos. Respecto del informe de tasación, manifestaban tenerlo a su disposición.

Analizadas las circunstancias del expediente, se concluyó que la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia, dado que no constaba acreditado que entregase la FIPRE a la parte reclamante y que el documento aportado por esta no reunía todos los requisitos exigidos por la Orden EHA/2899/2011, respecto a la tasación practicada; tampoco se aportaba la FEIN ni el resto de la documentación precontractual obligatoria en la que se recogieran las condiciones en las que manifestaba que estaba finalmente dispuesta a conceder la operación después de la modificación de la tasación; tampoco se justificaba haber entregado a su cliente ni el original ni la copia del informe de tasación, no siendo hasta su escrito de alegaciones cuando lo aportó.

Por otro lado, respecto a la exigencia de la primera tasación efectuada, se consideró que la entidad había actuado correctamente, dado que acreditó que la tasación practicada era determinante en su decisión de denegación de la operación crediticia en las condiciones solicitadas. No obstante, entendió que la entidad se apartó de dichas buenas prácticas bancarias, dado que no acreditó el invocado cambio de tasación de su propia tasadora, impidiendo a este DCE comprobar si, como señalaba la parte reclamante, tras aportar esta la nueva tasación por importe de 144.635,98 euros, modificó las condiciones de concesión previamente fijadas —financiación del 80 % del valor de tasación— para denegar nuevamente la operación hipotecaria.

Finalmente, sobre la devolución del recibo de la tasación en sí misma considerada, la retrocesión se había solicitado tras el transcurso de las ocho semanas previsto para operaciones autorizadas en el RDL 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

1.12 Hipotecas especiales (créditos o hipotecas de máximo, multidivisa, subvencionadas y de convenio)

a) Créditos hipotecarios o «hipotecas de máximo»

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 el plazo convenidos, 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 DCE 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.

Un caso problemático en la disposición de un crédito hipotecario como el explicado fue el analizado en el expediente R-202005823. En este expediente, los reclamantes explicaban ser titulares de un crédito hipotecario, del que quedaban disponibles más de dos terceras partes del límite concedido, por lo que solicitaron la disposición de una parte de dicho disponible para la adquisición de un vehículo. No obstante, la entidad no les había permitido disponer de dicho importe, sin explicación alguna, incumpliendo así, según su parecer, con lo pactado en la escritura.

La entidad alegó que antes de aprobar o conceder una operación de financiación, como era el caso de la solicitud de disposición, evaluaba la situación actual de la solvencia de la parte acreditada y comprobaba si dicha solvencia se había visto alterada desde la formalización de la operación, añadiendo que informó a la parte reclamante del motivo de denegación de la disposición por alteración de la solvencia mediante la resolución de su SAC.

El DCE consideró que la entidad no obró correctamente, ya que, aunque estaba contractualmente facultada para denegar la disposición solicitada —entre otras circunstancias, si cambiaban los factores que se tuvieron en cuenta en la fecha de concesión del crédito y muy especialmente la solvencia—, la concurrencia de la causa de denegación explicada al cliente, referida a la elevación de su ratio de endeudamiento, no había sido acreditada en momento alguno, lo que redundaba

en una falta de transparencia informativa hacia este, así como en una falta de colaboración con el DCE en la resolución de la reclamación.

b) Hipotecas multidivisa

También suponen una modalidad especial de préstamos hipotecarios los préstamos multidivisa 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.

Se han recibido asimismo reclamaciones que cuestionan el tipo de cambio aplicado al cliente con motivo de la entrega de la divisa en el momento de la formalización del préstamo, del pago de los vencimientos en la moneda elegida y de la redenominación del préstamo en otra divisa, y, finalmente, otras que tenían que ver con 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 vigor⁶, la entidad deberá publicar los tipos únicos o los tipos mínimos de compra y máximos de venta que aplique para la compraventa de divisas o billetes contra euros en operaciones de contado.

Sobre este tipo de préstamos, la sentencia n.º 608/2017, de 15 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo concluyó que, a pesar de que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, sí es un producto complejo a efectos del control de transparencia del cumplimiento de las obligaciones de información establecido 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 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.

⁶ Norma cuarta de la Circular del Banco de España 5/2012.

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, y 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:

- 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
- 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 al 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 de los 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.

Un asunto en el que se analizó un préstamo de estas características fue el planteado en el expediente R-202006016. En él, los reclamantes explicaban haber formalizado un acuerdo privado con la entidad, a fin de minorar la deuda del préstamo hipotecario multivisa que tenían y para su conversión a euros. No obstante, la entidad incumplió las estipulaciones del contrato, aplicando un tipo de cambio peor que el que correspondía a esa fecha, con lo que el débito pendiente resultó mayor que el que esperaban, sin que en la fecha de plantear su reclamación les hubiera aclarado los cálculos realizados. Asimismo, refieren que posteriormente se abonó la cuota del mes siguiente sin minorar su importe, a pesar de lo recogido en el pacto firmado. Por último, discrepaban del tipo de interés aplicado en la siguiente revisión, al ser mayor que el que debería haberse aplicado.

La entidad alegó que la controversia se centraba en la disconformidad con el capital pendiente fijado en el acuerdo privado transaccional, mediante el cual dieron por finalizada definitivamente la controversia existente, respecto a la declaración de nulidad parcial de la cláusula multivisa, realizándose la base de los cálculos en una determinada fecha y correspondiendo el capital pendiente cuestionado a la aplicación del tipo de cambio de dicha fecha, si bien se aplicó el de la fecha posterior a la que se cumplió dicho acuerdo, por lo que se allanó en este punto a las pretensiones de los reclamantes. Por último, señaló que el tipo de interés aplicable en la siguiente revisión

se ajustó a lo pactado en la novación del préstamo formalizada en su día. El DCE concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no haberse pronunciado sobre el capital pendiente de devolución que aparecía publicado en la información correspondiente al préstamo hipotecario en cuestión en la fecha en la que, según refería la entidad, se habría hecho efectivo el acuerdo privado formalizado por las partes y al no haber aclarado por qué consideró oportuno aplicar el tipo de cambio cuestionado, limitándose a indicar que era el tipo de cambio vigente en esa fecha. Asimismo, se observó que desatendió injustificadamente la petición de sus clientes sobre la minoración de la cuota siguiente y no formuló alegaciones al respecto, así como por la falta de claridad y transparencia en el acuerdo transaccional respecto a la fecha en la que correspondería realizar las revisiones del tipo de interés a partir de la formalización de dicho acuerdo.

c) Hipotecas subvencionadas

Destacan también, por su especialidad, los préstamos hipotecarios subvencionados o subsidiados. Respecto a ellos, este DCE 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.

Un ejemplo ilustrativo de esta tipología de préstamos es el analizado en el expediente R-202002483. En este caso, la reclamante solicitó a la entidad una amortización parcial para reducir el plazo de su hipoteca. La entidad le indicó que únicamente podría realizar una amortización con recálculo de cuota, al tratarse de un préstamo sujeto a convenio, siendo así que en la escritura de adjudicación de vivienda y subrogación de préstamo hipotecario se recogía claramente que se pueden realizar amortizaciones parciales para reducir el plazo, procediendo la entidad a aplicar la amortización reduciendo la cuota, y no el plazo, como había solicitado.

La entidad alegó que la reclamante se subrogó en su día en una operación cualificada o de convenio sujeta a las limitaciones y prohibiciones derivadas del Régimen de Vivienda con Protección Pública establecidas en la normativa autonómica y estatal reguladora del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

Añadía que, según dicha normativa estatal, «los préstamos adquirientes podrán ser objeto de amortización anticipada total o parcial, a instancia del interesado y con el acuerdo de la entidad de crédito, según se establezca en los convenios con las entidades de crédito colaboradoras [...]», remitiéndose el Convenio de Colaboración suscrito entre la entidad reclamada y el Ministerio de Fomento, respecto a la amortización anticipada, a lo establecido en el *Manual de Gestión*, el cual excluye expresamente en las amortizaciones anticipadas la «reducción proporcional del período de amortización, creación de períodos de carencia virtuales, etc».

No obstante, trasladó el caso particular al ministerio competente, autorizando este, dado que la operación se formalizó a 30 años, que en ese período pudiera reducirse hasta un máximo de cinco años para cualquier ulterior amortización anticipada.

El DCE concluyó que la entidad no había sido diligente, ya que, aunque se reconocía que en la escritura existía una contradicción, dado que, a pesar de que se recogía en ella la posibilidad de efectuar una amortización anticipada para reducir el plazo de la operación, se encontraba regulada por el Régimen de Vivienda con Protección Pública y no era posible efectuar tal operativa, la entidad, una vez tuvo conocimiento del error de redacción de la escritura, no efectuó las actuaciones necesarias para subsanarlo, limitándose a indicar que la redacción era confusa, no habiéndose acreditado que instara, en su momento, a su corrección.

d) Hipotecas de convenio

En relación con los préstamos acogidos a convenios con determinados colectivos, el DCE exige a las entidades una especial diligencia y transparencia hacia los clientes pertenecientes a dichos colectivos, en orden a informarles oportunamente sobre la existencia de los convenios y las condiciones financieras preferenciales aplicables por mor de estos.

Un ejemplo de este tipo de préstamos lo tenemos en el expediente R-202012754, en el que la reclamante denunciaba que en la fecha en que suscribió su préstamo hipotecario —marzo de 2006— estaba vigente un convenio entre la entidad

reclamada y Muface que establecía unas condiciones ventajosas para los mutualistas como ella, por lo que tales condiciones hicieron que se decidiera por contratar con la entidad, asegurándole el personal que se le concederían las condiciones previstas en el convenio. No obstante, *a posteriori* advirtió que le habían aplicado unas condiciones distintas más gravosas. Por todo ello, solicitaba que la entidad procediera a la modificación con carácter retroactivo de las condiciones del préstamo, adaptándolas a las condiciones previstas en el citado convenio, y que se hiciera cargo de los gastos que conllevara dicha modificación.

La entidad alegó que la prestataria había accedido a la suscripción del préstamo tras recibir toda la información y las explicaciones suficientes para entender el alcance y la naturaleza de las obligaciones que asumía, quedando patente, según declaración del propio notario, que los titulares del préstamo tuvieron a la vista el documento que contenía la oferta vinculante, presentada por la entidad acreedora, sin que existieran discrepancias entre las condiciones financieras de dicha oferta vinculante y las cláusulas financieras de la escritura, y que estuvo a disposición de la parte prestataria en su despacho para su examen durante los tres días hábiles anteriores al de su otorgamiento.

Por tanto, a pesar de que la parte reclamante venía a indicar en su escrito que fue por las condiciones ofrecidas por el convenio de Muface por lo que se decidió a realizar la contratación del préstamo hipotecario, las condiciones fijadas en la escritura fueron las pactadas previamente con la cliente, habiendo sido informada de estas, y que se le han ido aplicando desde su formalización, no habiendo ningún error en su aplicación y no siendo hasta mucho tiempo después cuando ha manifestado dicha circunstancia.

En relación con la información previa de las condiciones financieras del préstamo hipotecario, se concluyó que la entidad no había entregado la oferta vinculante a la parte reclamante con la debida antelación. También se valoró negativamente que la entidad no explicara por qué, estando en vigor en la fecha de solicitud del préstamo hipotecario controvertido el convenio de préstamos hipotecarios con Muface, aplicable desde el 2 de enero de 2006, y a sabiendas de la condición de funcionaria que ostentaba la parte reclamante, no le aplicó las condiciones del convenio vigente, sino unas condiciones financieras más gravosas en cuanto al tipo de interés y comisiones aplicables, lo que suponía una falta de transparencia y de claridad en su actuación incompatible con las buenas prácticas y usos bancarios.

Por último, sobre la solicitud de modificación de las condiciones del préstamo hipotecario, entendió que no cabía emitir ningún pronunciamiento, dado que esta se circunscribía al ámbito discrecional de la entidad.

1.13 Intereses

1.13.1 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 demora⁷.

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 a 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 20 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

7 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*.

20 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:

- 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 DCE, 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 DCE 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 DCE 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 DCE 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 DCE 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, de haberlo sabido, no lo hubieran hecho. En estos casos, verificada la corrección de las obligaciones informativas de la entidad, el DCE 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, bien por otro tipo de opciones, desarrolladas en el epígrafe 1.13.9 de este capítulo («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 2020 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 DCE 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 DCE 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 DCE.

Para más información sobre la evolución jurisprudencial sobre este índice y su cláusula de incorporación a los préstamos hipotecarios con consumidores, consúltese el recuadro 2.2.

1.13.2 Primera liquidación de intereses

Es práctica habitual que, cuando el préstamo se firma y se desembolsa en una 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

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Como complemento de la temática de reclamaciones relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH), resulta interesante conocer el análisis que los tribunales han realizado sobre este índice. Para ello partimos de la *sentencia del Tribunal Supremo n.º 669/2017, de 14 de diciembre de 2017*, que señaló que el IRPH, en cuanto que definido legalmente, no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, excluyen de sus respectivos ámbitos de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda ser susceptible de dicho análisis la cláusula que lo incorpora.

Respecto a la cláusula concreta que incorpora el índice de referencia IRPH-Entidades, el Tribunal Supremo analizaba si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como que podía ser conocedor de la manera en que se calculaba el interés variable. Sobre este extremo concluye 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, 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 una *cuestión prejudicial (Asunto C-125/2018) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre varios extremos relacionados con el propio IRPH*.

En este contexto, y a resultas de la anterior cuestión, la *sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2019* resolvió lo siguiente:

- Que las cláusulas de los préstamos hipotecarios que fijan el tipo de interés por referencia al IRPH-Cajas están sometidas a la Directiva 93/13, ya que la normativa nacional en vigor no obligaba a las entidades a utilizar uno de los índices oficiales, como era el caso del IRPH.
- Que 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 IRPH.

- Que, 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 también 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 para 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.
- Que, 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 pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

En fecha más reciente, 12 de noviembre de 2020, el *Pleno del Tribunal Supremo dictó cuatro sentencias (n.ºs 595, 596, 597 y 598/2020, de fecha 12 de noviembre)*, que resuelven sendos recursos de casación relativos al control de transparencia y supuesto carácter abusivo de cláusulas de préstamos hipotecarios que incorporan el IRPH como índice de referencia del tipo de interés, en las que se declara:

- Que la cláusula contractual que aplica el IRPH está sujeta al control de transparencia, si bien se excluye

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU CLÁUSULA DE INCORPORACIÓN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (cont.)

de dicho examen que pueda juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo).

- Que la publicación del IRPH en el *Boletín Oficial del Estado* permite a un consumidor medio comprender que el IRPH se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.
- Que pueden considerarse excluidos de los parámetros de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del IRPH como la información comparativa respecto a otros índices oficiales.
- Que la falta de información facilitada al consumidor sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la formalización de la operación no implica necesariamente que la cláusula sea abusiva y, en consecuencia, nula.
- Que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no determina su nulidad automática, sino que estas deberán someterse a un juicio de abusividad, cuyo objeto será determinar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. En este sentido, el Tribunal Supremo concluye:
 - En cuanto a la buena fe, que en la cláusula IRPH parece difícil que pueda vulnerarse, por cuanto:
 - i) «la referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos de interés variable»; ii) «en la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso», y iii) «tanto la Administración General del Estado como diversas

Administraciones Autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial».

- En cuanto al desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que pudieran derivarse del contrato, en esencia, que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato, por lo que el hecho de que «en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros no supone desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios».
- Que no se ha justificado tampoco que el IRPH, que está fiscalizado, en todo caso, por la Administración Pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales como, por ejemplo, el euríbor o el líbor.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo desestimó los cuatro recursos de casación, declarando que la cláusula IRPH analizada en cada caso, pese a no superar el control de transparencia, no resultaba nula, al no quedar acreditado su carácter abusivo.

Finalmente, el *Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona* y el *Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ibiza*, habida cuenta de las diferentes interpretaciones por los distintos órganos judiciales nacionales tras la sentencia de 3 de marzo de 2019 del TJUE en cuanto a la exigencia de transparencia del IRPH y a las consecuencias que se pueden derivar de la declaración de nulidad de un préstamo hipotecario, así como por las dudas suscitadas sobre la interpretación concreta que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo de dicha sentencia, antes expuesta, *han planteado dos nuevas cuestiones prejudiciales* (de 2 de diciembre de 2020 y de 5 de enero de 2021) sobre esta cuestión ante el tribunal comunitario, actualmente pendientes de resolución.

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.

1.13.3 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 antes de 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 en 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, 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](#):

1.13.4 Intereses bonificados

Las reclamaciones planteadas ante el DCE en relación con los intereses bonificados han sido motivadas, 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, entendiendo, por el contrario, que, cuando nada se dijera al respecto, el método de cálculo debía ser el 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 DCE, 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 que 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 DCE 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 con la mayor brevedad, en su caso.

Algunos ejemplos ilustrativos de expedientes examinados en 2020 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-202007314, el reclamante denunciaba que, desde la novación de su préstamo hipotecario en agosto de 2017, la entidad le había venido aplicando erróneamente un tipo del 1,719 %, en vez de lo pactado (euríbor más el 1,40 %), por lo que solicitaba la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas.

La entidad alegó que, aunque no se recogía en el cuerpo del contrato de préstamo hipotecario, en la FIPER sí se recogía una bonificación por la contratación de un determinado seguro de hogar, no habiéndose modificado dicho pacto en la novación, por lo que, al advertir que en octubre de 2016 y en septiembre de 2017 había cancelado el cliente los seguros de daños suscritos, en la revisión posterior a la novación no se aplicó dicha bonificación, a pesar de lo cual habían decidido reliquidar el préstamo desde dicha revisión y aplicar el euríbor más el diferencial bonificado del 1,40 %, como solicitaba su cliente.

El DCE concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, dado que había venido aplicando a su cliente una penalización en el diferencial a aplicar al índice de referencia, al no cumplir con la contratación de una serie de productos, recogiendo esta penalización únicamente en la FIPER, sin que dicho pacto apareciera incluido en la escritura de préstamo hipotecario inicialmente suscrita ni en la que se instrumentó posteriormente su novación.

Asimismo, respecto a la reliquidación del préstamo efectuada por la entidad, se consideró incorrecto el no haber aportado el cálculo efectuado, ni haber acreditado el consiguiente ajuste del capital amortizado, ni la actualización de las cantidades devueltas al interés legal del dinero.

En el R-202009034, los reclamantes denunciaban la falta de diligencia de la entidad en la tramitación de su solicitud de ampliación y modificación de préstamo hipotecario, ya que, si bien desde su solicitud le comunicaron que accedían a la ampliación, informándole de las nuevas condiciones tras la modificación, pasando a tener a partir de la fecha de la firma de la escritura un tipo de interés variable (euríbor) más un diferencial del 0,33 %, posteriormente, cuando la operación estaba preparada para firmar, le comunicaron que se había producido un error y que la entidad había decidido incrementar el diferencial en un 0,60 %, indicándole que para mantener el diferencial inicial debería contratar un seguro de hogar y otro de vida con la entidad.

Añadía que el SAC de la entidad, tras su reclamación, le comunicó que accedía a la modificación solicitada con un diferencial del 0,55 %, con la contratación de los

seguros vinculados, firmando finalmente la ampliación bajo las condiciones indicadas por dicho servicio.

La entidad alegó que las condiciones finalmente suscritas fueron las pactadas con su cliente y recogidas en la documentación precontractual correspondiente, pretendiendo los reclamantes la aplicación de las condiciones recogidas en el formulario de solicitud del préstamo, a pesar de que no constituía una oferta de contratación que vinculase a la entidad y que además en este se señalaba: «Los datos indicados con asterisco son meramente orientativos y no vinculantes, pues dependerán del cumplimiento de condiciones de vinculación, del diferencial y del euríbor a la fecha de la escritura pública en que se documente la operación hipotecaria.»

El DCE concluyó que la entidad no había obrado conforme a las buenas prácticas, al no haber justificado documentalmente la demora incurrida en la tramitación de la operación, procediendo durante el período transcurrido a la modificación de las condiciones inicialmente comunicadas, pudiendo con ello inducir a confusión a la parte reclamante ante la diferencia entre el diferencial bonificado comunicado inicialmente, aunque sin concretarse aún las condiciones de vinculación exigibles para su aplicación, en el documento de solicitud de hipoteca y el informado finalmente mediante la documentación precontractual posteriormente entregada.

1.13.5 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 DCE, 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, y
- 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 —actualmente transpuesta a través de la Ley 5/2019— 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 con 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 DCE 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 el año natural en el numerador y el comercial en el denominador, o el año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la tasa anual equivalente (TAE), 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 DCE contraria a las buenas prácticas bancarias.

1.13.6 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 DCE en los años anteriores.

Con fecha 21 de enero de 2017, se publicó el RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante, el RDL 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 RDL 1/2017, este DCE 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 RDL 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 2020 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 DCE 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](#).

Respecto a los criterios que ha venido manteniendo hasta ahora el DCE en relación con las reclamaciones por cláusula suelo, nos remitimos a la [Memoria de Reclamaciones 2018](#) (pp. 123-124).

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 las [memorias de 2017](#) (pp. 103-106) y de 2018 (p. 125).

Finalmente, cabe recordar que la Ley 5/2019 recoge 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.

1.13.7 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) (art. 3 y disposición transitoria segunda), quedando limitado a tres veces el tipo de interés legal del dinero y pudiendo devengarse solo sobre el principal pendiente de pago; con respecto al momento desde el que el indicado límite máximo será aplicable, se contempla que lo sea, con carácter general, tras la entrada en vigor de la citada ley, si bien se prevé también su aplicación retroactiva para los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, que se devenguen con posterioridad a aquella, así como a los que, habiéndose devengado en dicha fecha, no hubieran sido satisfechos.

Resulta de interés en este punto la argumentación expuesta por el Tribunal Supremo en su ya citada sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, resolución en la cual, tras ratificar la declaración del carácter abusivo de la cláusula por la que se fijaban los intereses moratorios de un préstamo hipotecario en un 19 %, vino a aplicar un criterio ya establecido para los préstamos personales, señalando

que la declaración de nulidad afectaría al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, indicando que tal declaración implica la no aplicación de interés moratorio alguno, sin moderación jurisdiccional ni dar lugar a la aplicación supletoria del indicado límite del triple del interés legal prescrito por la referida reforma legislativa.

Todo ello sobre la base de que, conforme a la jurisprudencia del 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 n.º 364/2016, de 3 de junio, hizo extensiva su doctrina sentada en la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, relativa a préstamos sin garantía real, a todo tipo de préstamos con consumidores, incluidos los préstamos o créditos hipotecarios, afianzando asimismo la línea jurisprudencial adoptada en la sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, antes comentada, y en la más reciente 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:

- 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.

- 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 LCCL también contempla la limitación de los tiempos de interés de demora a la que nos venimos refiriendo, al establecer 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».

1.13.8 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 aplicable.

Por último, el Real Decreto 309/2019, de desarrollo de la Ley 5/2019, 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 15 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.

1.13.9 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 DCE 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.

1.14 Tasa anual equivalente (TAE). Especialidades de la Ley 5/2019

Las reclamaciones planteadas ante el DCE en lo relativo a la TAE de operaciones hipotecarias⁸ 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 DCE 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 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 introdujo 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

⁸ El Portal del Cliente Bancario ofrece [una herramienta de simulación para el cálculo de la TAE de un préstamo hipotecario](#).

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 la 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 ofrecidas⁹ (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 DCE 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 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 valorar debidamente 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 DCE recomienda asimismo recoger ambas

⁹ 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).

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.

1.15 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 DCE en 2020, 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 ese 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.

1.15.1 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 DCE, 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 DCE 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.

1.15.2 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 (art. 10 de la Ley 2/1994).

1.15.3 Gastos por reclamación de posiciones deudoras

Véase el apartado «Gastos por reclamación de posiciones deudoras» en el epígrafe 7.4.12 de este capítulo, «Liquidación de la cuenta. Adeudo de comisiones».

1.15.4 Comisión por emisión de certificado de cancelación económica de la deuda. Cancelación registral de la hipoteca

El artículo 82 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria establece que «las inscripciones hechas en virtud de escritura pública podrán cancelarse mediante otra escritura o documento auténtico, en el cual prestará su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación», por lo que la emisión del certificado de cancelación económica de la deuda con garantía hipotecaria por parte de la entidad prestamista y su comparecencia en notaría si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública no constituyen sino la prestación del consentimiento del acreedor hipotecario al levantamiento de la hipoteca previamente inscrita en su favor y, por tanto, el cumplimiento de una obligación legal, motivo por el que tales gestiones no son susceptibles de retribuirse por medio de una comisión.

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), 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», hace que el cobro de comisión por la emisión del certificado de saldo cero deba considerarse como quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección del cliente bancario.

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 DCE 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 de los 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 DCE 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 del 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.

1.15.5 Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada (reembolso total o parcial) o cancelación

Las reclamaciones presentadas ante el DCE 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, numerosas reclamaciones giran 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 a partir del 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 2020 aún no se han recibido reclamaciones derivadas de estos últimos préstamos que se centren en su cancelación anticipada, por ser aún 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, 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.

Regímenes aplicables 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, a día de hoy, muchas de las reclamaciones se continúen resolviendo conforme a regímenes antiguos. Para mayor claridad, puede consultarse el esquema 2.1.

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 si se trata de un préstamo en el que se pasará de un tipo fijo o variable para el resto de la vida del préstamo —caso de novación del tipo de interés o de subrogación de un tercero en

COMISIONES Y COMPENSACIONES APLICABLES EN CASO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA O CANCELACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

	CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4	CASO 5			
	Préstamos hipotecarios a tipo variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003	Préstamos hipotecarios a tipo variable concertados a partir del 27 de abril de 2003 (a)	Subrogaciones de préstamos hipotecarios a tipo fijo (f)	Préstamos y créditos hipotecarios concertados a partir del 9 de diciembre de 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 de junio de 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 los casos 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 (c)	—			Dentro de un período de revisión de tipos inferior a 12 meses: 0 %	Tipo de interés fijo	Durante los diez primeros años: 2 %	Después: 1,5 %	
				Si hay ganancia financiera para la entidad dentro de un período de revisión de tipos superior a 12 meses (c): 0 %	Tipo de interés variable	Durante los tres primeros años: 0,25 % (g)	Durante los cinco primeros años: 0,15 % (g)	Después: 0 %
				Si existe pérdida financiera y el período de revisión es superior al año: % pactado o importe de la pérdida	Cambio de tipo variable a fijo mediante novación o subrogación	Durante los tres primeros años: 0,15 %	Después: 0 %	
				Resto de los casos: 0 %				

FUENTE: Banco de España.

- a Fecha de entrada en vigor del RDL 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 (RDL 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 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.

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, alternativamente, una de las siguientes compensaciones o comisiones 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 en ambos casos la aplicación durante el resto de la vigencia del préstamo de un tipo fijo en sustitución de otro variable:
 - durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo, la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada no podrá superar la pérdida financiera, con el 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 por dicha novación o subrogación de acreedor.

Debe también señalarse que la Orden ECE/482/2019, de desarrollo de la Ley 5/2019, establece en su artículo segundo, apartado diez, una sustancial modificación del método 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 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 DCE 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 de contratación o no de 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 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 del 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 el sitio web del Banco de España](#).

Otra herramienta de utilidad para el análisis de la amortización anticipada es el [simulador ofrecido por el Portal del Cliente Bancario](#).

[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 135-141 de la Memoria de Reclamaciones 2018](#).

- 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 en 1996, mediante una declaración, 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 no subrogatoria que se hayan pactado.

Resulta reseñable que a lo largo de 2020, por razones temporales 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 han analizado, sin embargo, diversas reclamaciones de préstamos formalizados con fecha anterior y al amparo de la Ley 41/2007, 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 reclamaciones sobre amortización anticipada de préstamos sujetos a anteriores regímenes aplicables.

Las reclamaciones presentadas ante el DCE 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.

Al respecto, el artículo 23.2 de la Ley 5/2019 prescribe que, «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. Tales hipótesis deberán ser razonables y justificables».

El DCE 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 antes del 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.

El establecimiento de un nuevo régimen para el cálculo de la pérdida financiera en el que se elimina la compensación por desistimiento y se limita porcentualmente el importe a cobrar por compensación por riesgo de tipo de interés, según los supuestos de hecho antes explicados, aconseja, dentro de los estándares de las mejores prácticas bancarias, que las entidades moderen o eliminen el cobro de comisiones establecidas para los regímenes de los préstamos hipotecarios contratados antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, así como que se tengan en cuenta los límites vigentes en los casos de reembolso anticipado a los que nos venimos refiriendo.

Como supuesto ilustrativo de dicha moderación en la aplicación del régimen de compensaciones anterior a la Ley 5/2019, debe citarse el expediente R-202014721, en el que los reclamantes denunciaban que, al cancelar anticipadamente el 29 de

julio de 2020 una hipoteca a tipo fijo formalizada el 24 de enero de 2019, la entidad les cobró una comisión por riesgo de tipo de interés por importe de 10.245,15 euros, mostrando su disconformidad con dicha comisión, por cuanto consideraban que la entidad no había justificado la pérdida de capital ocasionada —que reputaban inexistente—, motivo por el que consideraban que la entidad no estaba legitimada para el cobro de la comisión reclamada, por lo que solicitaban su devolución. Además, se les había adeudado el 0,5 % de la comisión de desistimiento, por importe de 2.500 euros.

Si bien en una primera fase del expediente la entidad alegó que había realizado los cálculos oportunos según los criterios establecidos en la normativa y tipos de referencia publicados por parte del Banco de España/*BOE*, así como en lo contractualmente pactado, en un segundo momento reconsideró su posición. Así, manifestó como más razonable moderar el porcentaje aplicado, con los porcentajes máximos fijados para las hipotecas a tipo fijo en aplicación de la LCCI (del 2 % sobre el importe amortizado si la operación se realiza en los diez primeros años de vida del préstamo y del 1,5 % para el resto del período hasta su vencimiento). Asimismo, renunciaba a percibir la compensación por desistimiento del artículo 8 de la Ley 41/2007, no contemplada ya en la Ley 5/2019, procediendo en consecuencia a devolver el exceso cobrado sobre el 2 % de la compensación por riesgo de tipo de interés, así como el importe de la comisión de desistimiento.

La forma de proceder de la entidad en este supuesto, a la hora de aplicar el porcentaje de comisión a las cantidades reembolsadas anticipadamente, no atendiendo a la observancia estricta de lo pactado en escritura, sino alineándose a los máximos previstos en la normativa vigente, representa las mejores prácticas en estos casos en que conviven contratos de larga duración que pueden ser interpretados a la luz de dos regímenes normativos, práctica además alineada con el principio de actuación en interés de los prestatarios por parte de las entidades en la ejecución de los contratos de préstamo (artículo 5 de la LCCI).

Otros casos concretos que ilustran sobre el análisis de expedientes de reclamación en esta materia, resueltos en 2020, son los siguientes:

- En el expediente R-202007048, el reclamante denunciaba que, si bien en su escritura de préstamo hipotecario, suscrita en 2017, se incluyó una cláusula que le obligaba a asumir una compensación por riesgo de tipo de interés para el caso de que tuviera lugar la cancelación subrogatoria o no subrogatoria de su préstamo, en el momento de realizar los trámites necesarios para formalizar una subrogación de acreedor la entidad le indicó que dicha operación no tendría ningún coste. No obstante, finalmente le cobró una comisión por riesgo de tipo de interés, con la que mostraba su disconformidad, ante la falta de información facilitada en

relación con los cálculos realizados para hallar el importe cobrado y la pérdida patrimonial ocasionada. Por ello, solicitaba la devolución de su importe.

La entidad explicaba que, tras contactar el reclamante con la oficina en noviembre de 2019, al no ser posible una novación que evitara la subrogación de la otra entidad, se solicitó certificado de deuda pendiente a fecha 1 de enero de 2020, pero, dado que, por razones ajenas a la entidad, no se canceló el préstamo, el reclamante solicitó un nuevo certificado de deuda pendiente, válido hasta el 1 de marzo de 2020, recibiendo el 14 de mayo de 2020 una transferencia de la otra entidad bancaria, para la cancelación del préstamo, no coincidiendo el importe recibido con el del certificado de deuda pendiente emitido en su día.

La razón era que habían transcurrido más de dos meses y correspondía la compensación por riesgo de tipo de interés, recogida en escrituras y conocida por el reclamante, no incluyéndose dicha compensación en los certificados emitidos porque en la fecha de su expedición no existía pérdida financiera, dado que el precio de mercado era superior al tipo de interés del préstamo, no ocurriendo lo mismo cuando en mayo se recibió la transferencia para la cancelación del préstamo.

El DCE concluyó que la actuación de la entidad podría ser constitutiva de quebrantamiento normativo, toda vez que para calcular la pérdida que suponía la cancelación anticipada del préstamo hipotecario de su cliente no tuvo en cuenta el nuevo sistema de cálculo del valor de mercado del préstamo, ya que, al efectuarse la amortización anticipada subrogatoria después de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, aunque el préstamo hipotecario era anterior a esta, resultaba de aplicación el nuevo sistema de cálculo del valor de mercado del préstamo previsto en la Orden ECE/482/2019, si bien la cantidad cobrada no excedía de dicha pérdida.

También se consideró incorrecto el no haber actuado con la diligencia y transparencia que debió prestar en las informaciones facilitadas al cliente por su oficina y por el SAC cuando este cuestionó los certificados de deuda pendiente emitidos, no justificando la existencia de dicha pérdida financiera, a pesar de ser los tipos de mercado ya entonces menores que el tipo aplicable al préstamo, pudiendo con ello inducir a error al cliente.

Por otra parte, en los correos electrónicos intercambiados entre las partes con anterioridad a la cancelación de la operación, el personal de la oficina le comunicó al cliente que no se devengaría la compensación por riesgo de tipo de interés controvertida, sin que constase justificación documental que acreditase,

conforme a la nueva fórmula, que no hubiera en las fechas de estos pérdida financiera.

- En el expediente R-202006843, el reclamante denunciaba que, al cancelar anticipadamente su préstamo hipotecario, la entidad le había cobrado una comisión por riesgo de tipo de interés por importe de 1.001,84 euros, mostrando su disconformidad con dicha comisión, por cuanto consideraba que la entidad no había realizado cálculo alguno para hallar el importe cobrado ni había justificado la pérdida de capital ocasionada.

La entidad alegó que se adeudó al cliente la compensación por riesgo de tipo de interés pactada del 1 % sobre el capital pendiente, pues en la fecha de cancelación, como le informó la oficina y después el SAC, se constataba la existencia de una pérdida como consecuencia de la cancelación anticipada, dado que los tipos de mercado eran, en el momento en que se efectuó la cancelación, menores que el que estaba pagando en su préstamo.

Posteriormente, la entidad facilitó los cálculos de la pérdida financiera conforme a la fórmula de cálculo establecida en la Orden/EHA/2899/2011 y también conforme a la nueva fórmula introducida por la Orden/ECE/482/2019, de desarrollo de la Ley 5/2019, acreditando que en ambos casos resultaba pérdida financiera para la entidad mayor que la compensación pactada cobrada.

El DCE concluyó que la entidad no se había apartado de la normativa de transparencia bancaria ni de las buenas prácticas bancarias respecto al cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés cuestionada, por cuanto constaba acreditado que su proceder venía refrendado por los pactos alcanzados por las partes en la escritura de préstamo hipotecario y por la normativa de aplicación.

No obstante, la actuación de la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias, al no haber actuado con la diligencia y transparencia informativa exigibles frente a su cliente antes del cobro de la compensación y, en todo caso, ante la reclamación previa de este, no habiendo justificado la existencia de la pérdida financiera sufrida con motivo de la amortización anticipada del préstamo hipotecario hasta que formuló sus segundas alegaciones ante esta instancia, a la que se vio abocado a recurrir por tal motivo el interesado.

Por último, resta recoger algunas de las reclamaciones presentadas a las que les resultaba de aplicación el régimen de comisiones máximas, anterior a la Ley 41/2007:

- En el expediente R-202007411, la reclamante denunciaba que, en el proceso de tramitación de subrogación de acreedor del préstamo hipotecario concedido en su día por la entidad, esta emitió un certificado de deuda en el que existían una comisión por cancelación y una compensación por desistimiento, cargando en su cuenta tanto una cantidad en concepto de «Cancelación anticipada» como otra en concepto de «Intereses, Comisiones, por operaciones de», manifestando que no cabía asumir que la compensación por desistimiento y la comisión de cancelación por subrogación activa del acreedor fueran acumulables, por cuanto ambas responden a un mismo hecho subyacente, que es el de compensar a las entidades, en su caso, por los trámites administrativos correspondientes y por la eventual pérdida en determinadas operaciones a tipos fijos.

Asimismo, señalaba que la entidad cometió un error al repercutir una comisión de subrogación por un porcentaje del 1 % sobre el capital amortizado, en vez de un 0,50 % sobre el capital amortizado, procediendo a la devolución de la mitad de dicho importe, dado que únicamente se debía repercutir la comisión del 0,50 %. Por ello, solicitaba la devolución íntegra del importe de la comisión aplicada, incrementada con el interés legal del dinero.

La entidad alegó que, aunque se pactó en el contrato de préstamo hipotecario, suscrito en 2005, una comisión por subrogación de acreedor hipotecario del 0,50 % sobre el importe pendiente de amortizar, por error se le repercutió al cliente una comisión por cancelación anticipada del 1 %, por la cancelación del préstamo por subrogación de acreedor hipotecario, si bien, una vez advertido dicho error, se subsanó y se procedió al abono del importe cobrado de más y a su correspondiente actualización al interés legal del dinero.

Añadió que no procedía la devolución íntegra de dicha comisión, que el cliente basa en la aplicación de la Ley 5/2019, ya que el régimen de compensación recogido en dicha norma solo se aplica en un futuro al nuevo acreedor hipotecario, pero no a la cancelación de la operación con el anterior acreedor.

Señalaba que dicho régimen se aplica en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de la vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable, estableciendo que no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,15 % del capital reembolsado anticipadamente, durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo, sin posibilidad de cobrarlo posteriormente.

Finalmente, manifestaba que en el certificado se le informaba de la comisión que se le repercutiría en caso de cancelación anticipada o la comisión a repercutir en caso de subrogación.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto actuó con una falta de diligencia notable en el proceso de subrogación del acreedor, ya que, si bien en la escritura de préstamo hipotecario se pactaron correctamente una comisión por amortización anticipada no subrogatoria del 1 % y una comisión por subrogación de acreedor —amortización anticipada subrogatoria— del 0,50 %, por error no reconocido por la entidad ambas comisiones se recogieron en el certificado de saldo pendiente del préstamo facilitado a su cliente. Asimismo, la entidad denominó incorrectamente a la comisión por amortización anticipada no subrogatoria «compensación por desistimiento», incluyéndose como débito pendiente del préstamo, lo que llevó a que la entidad subrogada transfiriera ambos importes.

Además de lo anterior, la entidad, aunque no adeudó ambas comisiones en la cuenta de su cliente por ser incompatibles entre sí, adeudó incorrectamente el 1 % en concepto de comisión por amortización anticipada, en vez del 0,50 % pactado en escritura, lo que generó la lógica confusión a la parte reclamante, sin perjuicio de que posteriormente procediera a la devolución del importe cobrado incorrectamente.

- En el expediente R-202007660, los reclamantes explicaban haber realizado dos amortizaciones anticipadas parciales de su préstamo, en noviembre y en diciembre de 2019. Por ello, la entidad les cobró 38,37 euros y 143,94 euros, respectivamente, en ambos casos por el concepto «Comisión amortización anticipada», así como, en enero de 2020, una nueva comisión por el reembolso anticipado total del préstamo, por importe de 1.455,20 euros. Añadían que las comisiones cobradas no se ajustaban ni a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ni a la posterior Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, por lo que solicitaban la devolución de los importes cobrados.

La entidad alegó que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria a tipo fijo suscrito el 26 de octubre de 2006 se había pactado una comisión del 4 % por amortización anticipada parcial y total y por subrogación de acreedor, no existiendo ninguna limitación legal para dichas comisiones en este tipo de préstamos anteriores al 9 de diciembre de 2007 (fecha en la que entró en vigor el nuevo régimen de compensaciones de la Ley 41/2007).

El DCE concluyó que, en relación con las dos amortizaciones parciales anticipadas, la entidad no se había apartado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto su proceder venía refrendado por los pactos alcanzados por las partes en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de octubre de 2006, no resultando aplicable ninguna limitación legal.

No obstante, con respecto a la comisión por la amortización anticipada subrogatoria posterior, consideró que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no justificó su derecho a aplicar un porcentaje superior al 2,5 %.

La base de dicho pronunciamiento estaba en que en 1996 el Gobierno emitió una declaración que aludía a esta cuestión, recomendando que en la subrogación de ciertos préstamos hipotecarios de importe inicial inferior a 240.404,84 euros (contravalor de 40 millones de pesetas) las entidades aplicaran voluntariamente dicho límite del 2,5 % en la comisión por cancelación anticipada cuando el tipo fijo se convirtiera en una fórmula de tipo variable de interés como consecuencia de una amortización anticipada subrogatoria.

El préstamo hipotecario analizado era posterior a 1996 y a tipo fijo, con un capital inferior a 240.404,84 euros, por lo que, en el caso de la comisión por amortización anticipada subrogatoria, sobre la base de la referida recomendación, la entidad debería haber justificado su derecho a aplicar un porcentaje superior al 2,5 %, sin perjuicio de que se desconocieran, ante la falta de documentación y de aclaraciones al respecto por las partes, las condiciones de la subrogación de acreedor posterior; esto es, si la misma tuvo la finalidad de convertir el tipo fijo en variable.

1.15.6 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 se da 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 DCE 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.

1.16 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.

1.16.1 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.

1.16.2 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, la FiAE y el 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 DCE 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, la FiAE y el 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 DCE 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.

1.17 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 15 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 del DCE 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 DCE sobre esta materia corresponden, básicamente, a las siguientes cuestiones:

1.17.1 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 porque 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 DCE 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.

1.17.2 Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación

Ante el DCE 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 DCE 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 DCE 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 DCE 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.

1.17.3 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 DCE 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 15 días naturales siguientes a la entrega del certificado de saldo pendiente a la entidad que pretende la subrogación.

1.17.4 Demora en la entrega de la oferta vinculante

En algunos casos se han planteado reclamaciones ante el DCE 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.

1.18 Productos vinculados y combinados

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, las entidades, según establece su artículo 17, no podrán obligar, como regla general, 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 1.14, «Tasa anual equivalente (TAE). Especialidades de la Ley 5/2019».

Como excepción, se podrán exigir los seguros de amortización y de daños, pero la entidad deberá admitir 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.

La aceptación por el prestamista de una póliza alternativa distinta de la propuesta por su parte no podrá suponer empeoramiento de las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo.

Asimismo, el 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, su 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:

- De que está contratando un producto vinculado.
- Del beneficio y del riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación.
- 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.

Debe destacarse que en el anexo I, parte B, de la Ley 5/2019, «Instrucciones para cumplimentar la FEIN», se indica en su sección 8, «Otras obligaciones», en los apartados 1-3, lo siguiente:

«1. En esta sección, el prestamista indicará las obligaciones pertinentes, tales como la obligatoriedad de asegurar el bien, contratar un seguro de vida, domiciliar la nómina o adquirir otro producto o servicio. Para cada obligación, el prestamista especificará frente a quién se asume esta y en qué plazo debe satisfacerse.

2. El prestamista especificará la duración de la obligación (por ejemplo, hasta el final del contrato de crédito). El prestamista especificará, para cada obligación, todos los costes que deba pagar el prestatario y que no estén incluidos en la TAE.

3. El prestamista deberá indicar si, para obtener el crédito en los términos establecidos, son obligatorios para el prestatario servicios accesorios y, en caso afirmativo, si el prestatario está obligado a adquirirlos al proveedor preferido del prestamista o puede adquirirlos a un proveedor de su elección. Si

esta posibilidad está supeditada a la condición de que los servicios accesorios reúnan unas características mínimas, el prestamista describirá esas características en esta sección.»

Por otra parte, 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 de los 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 DCE 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 habrían extinguido sus derechos y obligaciones como acreedor, sin advertir de estas circunstancias a su cliente.

Para los préstamos acogidos a la Ley 5/2019, su artículo 23.2 establece a estos efectos que, en los casos de reembolso anticipado «en particular, se extinguirá el contrato de seguro accesorio al de préstamo del que sea beneficiario el prestamista, salvo que el prestatario comunique expresamente a la compañía aseguradora su deseo de que el contrato de seguro mantenga su vigencia y designe para ello un nuevo beneficiario, teniendo derecho el prestatario al extorno de la parte de prima no consumida por parte de quien la percibió. Se informará de estos derechos en la documentación precontractual y contractual del préstamo inmobiliario y del contrato de seguro. Se entenderá por seguro accesorio aquel que haya sido ofrecido por el prestamista al prestatario junto con el contrato de préstamo con la finalidad de cubrir los riesgos que pudieran afectar a su capacidad de reembolso del mismo.»

Por lo demás, en relación con los productos de inversión o de seguros, la competencia del DCE se centra en valorar si su comercialización asociada al préstamo y el resto de las actuaciones de la prestamista en relación con ellos tienen en cuenta los requisitos previstos en la norma en vigor sobre productos vinculados o combinados y el resto de los preceptos de la norma sobre dichos productos, en tanto en cuanto están relacionados de una u otra manera con el préstamo, y en 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.), sería en principio competencia de la [Comisión Nacional del Mercado de Valores \(CNMV\)](#).

Del mismo modo, respecto a la formalización, la interpretación, la ejecución y la cancelación de contratos de seguro y de planes o fondos de pensiones, la competencia en principio sería de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP), que, a estos efectos, [tiene sus criterios publicados en su sitio web](#).

En el expediente R-202012595, el reclamante denunciaba que en mayo de 2018 recibió una llamada de la gestora de su oficina para ofrecerle cambiar el seguro de su vivienda, vinculado a un préstamo hipotecario, a otra compañía que le ofrecía mejores condiciones, por lo que firmó la documentación que le presentó la gestora, quien le facilitó un número de teléfono para solicitar la cancelación del otro seguro. No obstante, recibió posteriormente un cargo del seguro supuestamente cancelado, no siendo posible solicitar la devolución del cargo a través del sitio web, debido a estar vinculado a su préstamo, por lo que le han cargado durante dos años consecutivos dos seguros correspondientes a la misma vivienda, motivo por el que solicita la devolución de las primas del seguro inicialmente contratado correspondientes a 2018 y 2019.

La entidad alegó que, en julio de 2010, el reclamante contrató un seguro del hogar, con pago de prima anual, procediendo en junio de 2018 a contratar un nuevo seguro del hogar con otra compañía, con periodicidad de prima semestral. Añade que, de acuerdo con lo indicado por la primera compañía, cuando llamó para cancelar el seguro, en junio de 2018, ya estaba fuera de plazo para proceder a su cancelación, dado que, conforme a la Ley del Contrato de Seguro, es necesario avisar con una antelación mínima de un mes.

Por ello, en junio de 2018 y de 2019 la prima le fue adeudada por la compañía de seguros original, sin que la parte reclamante manifestara a la oficina o a la aseguradora su disconformidad con el adeudo hasta pasados más de 56 días desde ambos adeudos, por lo que no correspondía atender la retrocesión de dichas primas al amparo de la Ley de Servicios de Pago, dado que la parte reclamante autorizó en su día su pago mediante la firma de la póliza y además no objetaba el importe de la prima, sino su adeudo, por considerar que no le correspondía atenderlo, por tener otro seguro de hogar contratado.

El DCE concluyó que, aunque la parte reclamante no había acreditado haber cumplido con los plazos legales para solicitar la devolución de los cargos controvertidos, la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no haberle ofrecido la posibilidad de cancelar el seguro de vivienda formalizado en 2010 cuando contrató el nuevo en 2018, con el consiguiente perjuicio, al haber estado pagando, durante dos años consecutivos, las primas de dos seguros con similar cobertura.

1.19 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 DCE una variedad de reclamaciones. Estas reclamaciones se han examinado, en esta sede, única y exclusivamente desde la perspectiva que le corresponde al DCE, 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 hiciere a este».

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

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

Dentro de la esfera de sus competencias, el DCE ha valorado en diversos expedientes resueltos en 2020 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 DCE 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 DCE carece de atribuciones para efectuar ese género de declaraciones.

Sin perjuicio de lo anterior, este DCE 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 DCE 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 a este. 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 competer 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 DCE.

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 DCE, 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.

1.20 Otros aspectos

1.20.1 Reembolso anticipado, total o parcial. Destino

Reducción del plazo

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.

En el expediente R-202001212, los clientes señalaban que, tras realizar una amortización parcial anticipada de su préstamo hipotecario, la entidad había cargado los intereses generados por dicha operación en la cuota hipotecaria del mismo mes, causándoles un perjuicio, al reducir el capital amortizado de la mencionada cuota, por lo que solicitaban a la entidad la retrocesión de dicha cuota

y su cargo sin los intereses correspondientes a la amortización anticipada parcial realizada, permitiéndole abonar los intereses controvertidos sin incluirlos en la cuota hipotecaria.

La entidad alegó que en la cláusula relativa a las amortizaciones anticipadas del préstamo no se hacía constar que el pago de los intereses generados transcurridos desde el último vencimiento hasta la fecha de la amortización se tuviera que realizar en el momento de la entrega, por lo que estos intereses se liquidaron en la cuota siguiente. Añadía que la amortización parcial implicaba un recálculo del cuadro de amortización con el nuevo capital pendiente y que se ofreció tras su reclamación a la parte reclamante la posibilidad de realizar una nueva amortización parcial por el importe al que hacía referencia en su reclamación y que correspondía a los intereses generados desde el último vencimiento, para el caso de que desearan modificar el capital pendiente.

El DCE entendió que la entidad incluyó los intereses correspondientes a la amortización anticipada en la siguiente cuota del préstamo, lo que llevó a una reducción en el capital amortizado en esta, porque, si bien se mantuvo el importe de la cuota mensual en dicho recibo, hubo un incremento del cargo de intereses al sumarse los liquidados por la controvertida amortización. Por ello, se concluyó en su actuación incorrecta, al no haber actuado conforme a lo pactado en la escritura de préstamo hipotecario, en la que se convenía que los intereses devengados por la cantidad amortizada anticipadamente desde la anterior liquidación se pagarían en la fecha de dicha amortización y que las amortizaciones anticipadas tendrían como consecuencia, por defecto, el recálculo de las cuotas del préstamo, salvo que se optara por el prestatario por el acortamiento del plazo del préstamo. Al incluirse dichos intereses devengados en la siguiente cuota, no se efectuó en el caso analizado dicho recálculo de cuotas, ni constaba que los reclamantes hubieran optado por el acortamiento del plazo del préstamo.

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 DCE 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 DCE 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 o deficiencias informáticos, que en unos casos fueron regularizados debidamente y en otros no,

emitiéndose informes acordes con tales circunstancias. Entre dichas deficiencias informáticas cabe incluir algunos casos denunciados en los que la aplicación de préstamos, según alegaciones de la entidad denunciada, solo permitía una de las dos posibles finalidades (acortamiento del plazo o reducción de la cuota), y, sin respetar el deseo del cliente, se aplicó a la finalidad permitida por la aplicación. Estos últimos supuestos se dieron, fundamentalmente, en amortizaciones anticipadas realizadas en los primeros meses de vigencia y/o períodos de carencia de las operaciones. También fueron emitidos informes contrarios a tal actuación, por cuanto, si el contrato contemplaba la posibilidad de amortización anticipada sin condicionar su finalidad, acorde con las buenas prácticas bancarias, la entidad afectada debió llevar a cabo la amortización en la forma solicitada por su cliente, incluso realizando los cálculos de forma manual, al igual que el cuadro de amortización remanente, si así hubiera sido necesario, hasta que 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 DCE 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.

1.20.2 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 DCE 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 «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), e indicado en el apartado «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 DCE 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 «Observaciones/Concepto»— se indica su finalidad, el DCE 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 «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 a su beneficiario.

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 DCE 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 DCE, 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 preexistente¹⁰, 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.

1.20.3 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.

En cuanto a reclamaciones formuladas ante el DCE 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.

¹⁰ 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.

- 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.

Los criterios del DCE en este aspecto son los siguientes:

- 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 objeto de controversia. 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 DCE.
- 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 DCE 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.

En el expediente de referencia 202015717, el reclamante denunciaba que, tras haber solicitado a la entidad información acerca de los saldos existentes en la fecha de fallecimiento de su excónyuge, el 27 de mayo de 2019, tanto del préstamo hipotecario como del seguro de vida suscritos, no fue hasta el 30 de septiembre siguiente cuando la entidad le entregó un certificado de saldos y hasta el 2 de octubre cuando la aseguradora le entregó un certificado del seguro suscrito, continuando durante

siete meses el cobro de las cuotas mensuales de la operación hipotecaria, hasta que la aseguradora hizo frente al pago del capital asegurado el 9 de enero de 2020, ingresándole en su cuenta el sobrante.

No obstante, mostraba su disconformidad con dicho abono, dado que, al haber pagado siete cuotas de la operación hipotecaria desde el fallecimiento, le deberían haber abonado la cantidad pagada, por lo que considera que está pendiente de devolver. Añadía su disconformidad con la demora de la entidad en la entrega de la documentación necesaria.

La entidad alegó que, en su condición de beneficiaria del seguro por el importe de las cuotas pendientes del préstamo hipotecario, únicamente recibió el pago a fecha 9 de enero de 2020, por lo que no podía hacer la devolución de cuotas anteriores, deduciéndose que la pretensión de la reclamante es retrotraer el pago del importe del seguro a la fecha de fallecimiento, tomando como referencia la cuantía de deuda que existía en mayo de 2019, de forma que no tuviera que abonar las siete cuotas que abonó entre el fallecimiento y el pago del seguro, que se produjo en 2020, y, por extensión, viéndose reducida la cuantía recibida por los herederos.

Añadía que había trasladado la pretensión del cliente a la aseguradora, desde la cual informaron que el capital asegurado había sido abonado íntegramente, no siendo hasta el 31 de diciembre de 2019 cuando se aportaron todos los documentos requeridos para el pago, el cual fue realizado el 9 de enero de 2020.

El DCE concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, dado que, si bien procedió a aplicar el importe transferido por la aseguradora a la operación conforme a las instrucciones recibidas, no aportó documentación alguna que justificara la posible demora en la entrega a su cliente de la documentación solicitada —certificado de saldos— para tramitar con la aseguradora la indemnización, sin que hubiera siquiera formulado alegaciones al respecto.

1.20.4 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.

En el expediente R-202007684, el reclamante denunciaba que la gestoría elegida por la entidad para la tramitación de la escritura de compraventa y préstamo hipotecarios suscritos liquidó indebidamente el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, dado que, si bien debería haber aplicado un tipo reducido, al cumplir los requisitos fiscales exigidos, aplicó el tipo sin reducción, por lo que incrementó el importe de la provisión de fondos inicialmente entregada, requiriéndole el pago de un exceso, lo que le llevó a presentar un descubierto en cuenta y no poder atender una serie de pagos posteriores que tuvo que financiar.

Posteriormente, la Agencia Tributaria le notificó una comprobación de valores, por medio de la que le requería una liquidación complementaria, que tendría que abonar, mostrándose en desacuerdo con la falta de diligencia de la entidad al despreocuparse por las incidencias generadas por la gestoría por ella designada, por lo que solicitaba que se hiciera cargo de la diferencia entre la cantidad liquidada por el impuesto y la que debería haber liquidado, así como de los gastos de gestoría y los intereses legales correspondientes a ambas cantidades.

La entidad alegó que, con posterioridad a la fijación de la provisión de fondos informada en la simulación efectuada, la gestoría determinó la cuantía definitiva de la provisión de fondos para esa tramitación, por lo que, de conformidad con lo indicado en la autorización conferida al efecto, esa provisión de fondos fue adeudada en su cuenta, pero, dado que no disponía de saldo suficiente para atender el cargo, se produjo un saldo deudor en dicha cuenta que fue financiado al 0 % por la propia entidad previa la contratación de un seguro de daños y otro de amortización.

Añadía que, al ser el valor declarado a efectos de transmisión en la escritura menor que el de tasación, la operación no cumplía con los requisitos para la aplicación del tipo reducido, lo que motivó que la liquidación del impuesto fuese realizada aplicando el tipo normal, que es el tipo correcto si la base imponible, el valor de transmisión, es inferior al de tasación, tal como las partes declararon.

No obstante, al aceptar el reclamante, en la resolución del recurso de reposición que emitió la conserjería autonómica, que el valor de transmisión fuese el mismo que el valor de tasación, sin recurrir la comprobación de valor que le realizó dicha Administración, en ese caso sí se cumpliría el requisito que establece la normativa para la aplicación del tipo reducido, por lo que consideran que la liquidación del impuesto se realizó cumpliendo estrictamente lo que establece la normativa

tributaria. Por último, indicaba que decidieron devolver los intereses de descubierto y la comisión de excedido devengada con motivo del saldo deudor originado por el cargo de la provisión de fondos remitida por la gestoría, así como los gastos de formalización de la póliza de préstamo personal que suscribió y los intereses pagados hasta ese momento.

El DCE concluyó que, en relación con la tramitación de las operaciones de compraventa y préstamo hipotecario por la gestoría elegida por la entidad, esta no se había apartado de las buenas prácticas, por cuanto constaba acreditado documentalmente que su cliente aceptó la intervención de dicha gestoría. No obstante lo anterior, entendió que la entidad se había alejado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto: i) no se podía considerar que la entidad y la gestoría a su cargo facilitasen a la parte reclamante una provisión de fondos con una antelación de al menos tres días hábiles con respecto a la formalización de la escritura de compraventa y con un desglose de cada uno de los conceptos y partidas debidamente detallados y conceptualizados; ii) no constaba que la entidad hubiera prestado algún tipo de explicación a su cliente sobre el incremento de la provisión de fondos con respecto a las simulaciones inicialmente entregadas, y iii) no había actuado con la diligencia y transparencia que debió prestar una vez conocida la incidencia surgida con la liquidación del impuesto.

1.20.5 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, y tratando de llegar a un acuerdo amistoso para ello. Mas si los clientes no atendieran a razones, negándose a colaborar, el DCE 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública— bastará con la firma de la persona afectada, sin necesidad de que concurren 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 cabrían la corrección consensuada entre las partes y, en su caso, el recurso a los tribunales de justicia.

1.20.6 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 DCE 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:

- Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- 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 12 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 12 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 15 plazos mensuales o a un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a 15 meses.
- 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, puesto que 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 a 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 deberán ser sobreseídos.
 - No obstante, los procesos referidos en el 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 a 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.

1.20.7 Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria

El DCE 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, y 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 de las reclamaciones judiciales de los saldos impagados.

1.20.8 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, caso de la hipoteca de máximo.

El DCE 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-202012088, la mercantil reclamante denunciaba que en fecha 22 de noviembre de 2019 solicitó a su oficina un certificado de cancelación económica de la hipoteca de máximo existente sobre una finca de su propiedad, cuyo vencimiento fue el 16 de julio de 2019, con objeto de poder eliminar dicha carga ante notario, no habiendo obtenido ninguna solución por parte de la entidad.

La entidad alegó que, con fecha 16 de julio de 2009, otra sociedad mercantil formalizó una hipoteca de máximo sobre la finca registral cuestionada, propiedad de la mercantil reclamante, con la que se garantizaba una póliza de cobertura en garantía de riesgos vencidos por importe de 1.750.000 euros, formalizada a nombre de la sociedad acreditada, y se constituía una cuenta especial con finalidad liquidatoria, habiendo informado a la reclamante de que la sociedad acreditada, salvo error, se encontraba en concurso de acreedores, existiendo el riesgo vigente de una operación por importe de 5.514.800,18 euros amparado por la hipoteca de máximo cuestionada y por otra hipoteca de máximo sobre finca registral de titularidad de la acreditada y ya adjudicada por el banco.

Añadía que el asunto planteado era una cuestión enmarcada en la política comercial y de asunción de riesgos de la entidad, por lo que su fiscalización excedía de las competencias de ese servicio, y que se había dado traslado a la unidad interna correspondiente, que reitera que la posición traspasada a su inmobiliaria incluía una hipoteca de máximo sobre la finca cuestionada que, salvo error, no se encuentra cancelada. Asimismo, informaban que por parte de la inmobiliaria no se había recibido en ningún momento propuesta con contraprestación del deudor para su levantamiento, ni tampoco por parte del

Banco, y que una persona de su inmobiliaria había mantenido contacto con la mercantil reclamante para informarle sobre la situación de la gestión del asunto objeto de controversia.

El DCE concluyó que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, dado que su negativa a otorgar ante notario la correspondiente carta de pago y cancelación de la hipoteca de máximo cuestionada no estaba convenientemente justificada, pues, si bien dicha hipoteca garantizaba la póliza de garantía de cobertura de riesgos vencidos de la otra mercantil acreditada, con vencimiento el 16 de julio de 2019, ni facilitó en su contestación al cliente ninguna explicación sobre el particular, ni acreditó que dicha empresa estuviera actualmente en concurso de acreedores, pese a lo manifestado en su escrito de alegaciones, ni que hubiera riesgos en vigor de dicha empresa cubiertos por la citada póliza y, por tanto, por la hipoteca de máximo, indicándose, por el contrario, en el certificado emitido a instancias de la reclamante el 29 de noviembre de 2019 que la operación se encontraba totalmente reembolsada y que no había cantidad alguna pendiente de pago.

1.20.9 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 DCE 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.

1.20.10 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 DCE 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.

1.20.11 Modificación improcedente de condiciones pactadas en contratos vinculados a la concesión de la hipoteca

El DCE 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.

1.20.12 Actuaciones unilaterales 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.

Un ejemplo de estas actuaciones es la analizada por el DCE en la R-202016605, en la que se denunciaba que una aseguradora había abonado al cliente una

indemnización, ingresándosela en la cuenta vinculada a su operación hipotecaria por error, y la entidad reclamada, sin su autorización, había destinado dicha cantidad a amortizar las cuotas de su operación hipotecaria. Añadía que, a pesar de haber reclamado ante la entidad, esta se había limitado a informarle de que debía reclamar contra la aseguradora.

La entidad alegó que se recibió abono SEPA por el importe cuestionado, ordenado por la aseguradora, siendo la beneficiaria la reclamante y con destino a un determinado IBAN, por lo que se procedió a su cumplimentación en el producto que el ordenante indicaba en su orden de transferencia, y que se correspondía con el número interno de su préstamo hipotecario. Declinaba toda participación en la orden referida, generada en el ámbito de la relación comercial entre la aseguradora y la reclamante, por lo que entendía que el número IBAN había sido consignado por la propia reclamante a la compañía aseguradora, pudiendo ser extraído de alguno de los recibos del préstamo, certificando el propio ordenante que ordenó la transferencia bancaria al número del préstamo, por lo que, como se le indicó a la parte reclamante, la retrocesión de dicho abono debía ser solicitada por el ordenante de este.

El DCE concluyó que la entidad no había obrado conforme a las buenas prácticas, al proceder a cursar una amortización anticipada sin instrucciones previas de la prestataria, alcanzándose dicho pronunciamiento sobre la base del criterio del DCE de que para la cancelación económica de préstamos y créditos hipotecarios —y, obviamente, también para la amortización parcial de estos— 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, no siendo la transferencia ordenada de este tipo.

1.21 Actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario

Como último apartado referido a los préstamos hipotecarios, debe hacerse mención a la actividad de los intermediarios de crédito inmobiliario, cuyo régimen jurídico está previsto en el capítulo III de la Ley 5/2019.

Según el artículo 4.5 de la ley, tiene la consideración de intermediario de crédito inmobiliario toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional a cambio de una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en poner en contacto, directa o indirectamente, a una

persona física con un prestamista y en realizar además alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo a los que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b):

- presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo;
- asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo, o
- celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista.

Para el ejercicio de todas o algunas de las anteriores actividades se exige su inscripción en el [Registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios del Banco de España](#). Así, según el artículo 27.1 de la LCCI, «los intermediarios de crédito inmobiliario deberán estar inscritos en uno de los registros señalados en esta Ley para poder desarrollar, total o parcialmente, de forma válida las actividades de intermediación crediticia a que se refiere el artículo 4.5) o para prestar servicios de asesoramiento», atribuyéndose a esta institución la gestión del registro de aquellos que: i) operen o vayan a operar con prestatarios con domicilios situados en todo el Estado o en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma, siempre que tengan la sede o su administración central en España, y ii) vayan a operar en España a través de sucursal o en régimen de libre prestación de servicios, cualquiera que sea el ámbito geográfico en el que vayan a desarrollar su actividad (artículo 28 de la LCCI).

Por razón de la actividad que se venía desarrollando antes de la entrada en vigor de la LCCI por los intermediarios de crédito inmobiliario, su disposición transitoria segunda prevé una adaptación al régimen de la nueva norma, para cumplimentar hasta el 19 de diciembre de 2019. Así, los prestamistas inmobiliarios y los representantes designados que, a la entrada en vigor de la ley (16 de junio de 2019), vinieran realizando las actividades de intermediación o concesión de préstamos objeto de la LCCI debieron solicitar su reconocimiento en el plazo de seis meses, y realizar el Banco de España una evaluación del cumplimiento de los requisitos para su inscripción con carácter previo a solicitarla¹¹.

También corresponde al Banco de España (art. 33 de la LCCI) la supervisión de estos intervinientes en el mercado, debiendo asegurarse de que consten en el citado

11 Con anterioridad, los intermediarios de crédito inmobiliario figuraban inscritos en el Registro Estatal de Empresas, inicialmente a cargo del Instituto Nacional de Consumo (hoy Ministerio de Consumo). Dicha obligación se establecía en el artículo 3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

registro y del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LCCI y en su normativa de desarrollo.

En cuanto a su actividad para con la clientela, el artículo 35 de la LCCI establece los requisitos de información que se han de facilitar a los clientes con la suficiente antelación a la prestación de cualquiera de sus actividades, propias de la intermediación de crédito inmobiliario (identidad, domicilio, registro, vinculación a prestamistas, servicios de asesoramiento prestados, remuneración por sus servicios, procedimientos de reclamación extrajudicial contra ellos, comisiones que se deben recibir del prestamista o de terceros y si estas se descuentan o no de su remuneración).

En el ejercicio 2020 se han analizado algunos expedientes relacionados con estos nuevos supervisados¹², como, por ejemplo, el de la R-202011015. Los reclamantes solicitaban la devolución de la cantidad de 6.500 euros abonada en concepto de «Provisión de fondos a cuenta de los honorarios de intermediación», correspondientes a un contrato de intermediación para la obtención de un crédito hipotecario para compra de vivienda. Consideraban que el intermediario financiero habría incumplido el contrato firmado, ya que durante su vigencia no les presentaron ninguna FEIN u oferta no vinculante de ninguna entidad que se adaptase a la operación hipotecaria propuesta, siendo ellos mismos los que, tratando directamente con una entidad, consiguieron una FEIN que se ajustaba a sus necesidades.

Añadían que el profesional no solo rechazó devolver los 6.500 euros abonados, sino que les había comunicado que deberían pagar otros 2.500 euros, todo ello a pesar de que no intervinieron para conseguir la FEIN. Asimismo, referían que el 29 de mayo de 2020 firmaron la operación hipotecaria y, que desde entonces, les habían retenido el importe abonado sin justificación, pues ni siquiera figuraba la mercantil reclamada como intermediario de crédito en la FEIN que les fue facilitada directamente por la entidad.

También se apuntaba que la mercantil todavía no constaba debidamente inscrita en el Registro de intermediarios de crédito de este Banco de España cuando estuvo prestando sus servicios en virtud del referido contrato de intermediación para la obtención de financiación hipotecaria.

Por su parte, la entidad alegó haber suscrito con los reclamantes un contrato de arrendamiento de servicios de intermediación financiera y reconocimiento de honorarios en febrero de 2020, por el que aquellos manifestaban que estaban interesados en la obtención de una hipoteca en las condiciones indicadas por ellos.

¹² El Banco de España es competente para conocer las reclamaciones por operaciones celebradas en fechas posteriores a la entrada en vigor de la LCCI para estos nuevos supervisados.

El importe de los servicios de intermediación financiera ascendía, y así lo aceptaron, a 10.000 euros, presentando la documentación a una entidad de crédito, que aprobó la operación, si bien fue rechazada por los reclamantes, ya que el importe concedido era menor que el solicitado.

Añadía la entidad que se pactó una reducción voluntaria de los honorarios inicialmente pactados, que se dejaron en 9.000 euros, firmándose un nuevo contrato de arrendamiento de servicios de intermediación financiera y reconocimiento de honorarios que sustituía al anterior, en el que se establecía el pago por transferencia de honorarios de 6.500 euros —que son los que solicitaban los reclamantes—, quedando pendiente la cantidad de 2.500 euros.

Que, por este motivo, y a pesar de haber satisfecho el encargo efectuado, presentaron la operación y la documentación a una segunda entidad, pero, dado que la operación que proponía esta última entidad era similar a la ofrecida por la anterior y no alcanzaba para la reforma, contactaron nuevamente con una tercera entidad, informándoles la gestora de que la operación era viable. Esa tercera entidad indicó a la entidad que los reclamantes habían presentado la documentación por su cuenta, con la intención de aprovecharse de la gestión inicial realizada por ella y ahorrarse el pago de los honorarios que aún restaban por pagar y que habían reconocido que pagarían. La escritura pública de compraventa de la vivienda se firmó, finalmente, en mayo de 2020.

El DCE concluyó que la actuación del intermediario de crédito inmobiliario podría suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela de servicios bancarios, en particular del artículo 35 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en relación con la falta de entrega de la correspondiente información relativa al propio intermediario de crédito inmobiliario con la antelación necesaria, así como del artículo 27.1 de dicha ley, por cuanto la entidad realizó gestiones de intermediación con anterioridad a constar debidamente inscrita en el Registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios del Banco de España y en un período en el que tampoco figuraba ya inscrita en el Registro Estatal de Empresas, dependiente actualmente del Ministerio de Consumo.

Por otra parte, el DCE consideró que no podía realizar una valoración relativa al invocado incumplimiento por parte de la mercantil reclamada de sus obligaciones contractuales o sobre la eventual invalidez del contrato suscrito por las partes y, en su caso, la consecuencia legal de devolución del importe abonado en concepto de remuneración por sus servicios, como solicitaba la parte reclamante, cuestiones que deberían plantearse, de considerarlo oportuno los reclamantes, ante los tribunales de justicia.

2 Deudores hipotecarios sin recursos

2.1 Introducción

La profunda crisis económica sufrida por la economía mundial desde 2008 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 Civil¹³. Por ello, la concesión de un préstamo por una entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan en la política de riesgos y en el ámbito discrecional de las entidades, con carácter general.

En esta situación, económica y legal, cuando el deudor hipotecario con dificultades en el pago se dirigía a su entidad en busca de una solución, se encontraba en una situación de 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— consagra una serie de medidas que se han dado en llamar «de préstamo responsable», imponiendo a las entidades

13 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.»

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 encuentren 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 Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) —institución dedicada, entre otras cuestiones, a la innovación financiera y a la protección de los consumidores a través de los subcomités en los que este DCE participa—, que se han traducido en la publicación, el 1 de junio de 2015, de una directriz y de una opinión sobre esta cuestión¹⁴.

Así, la directriz publicada¹⁵ 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

14 Ambos textos pueden consultarse [aquí](#).

15 Esta directriz —*Guidelines on arrears and foreclosure*— surge por iniciativa de la EBA en el contexto de la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la finalidad de detallar la forma en la 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»¹⁶ 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 RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (*BOE* del 10)¹⁷, que contiene en el anexo el Código de Buenas Prácticas¹⁸ para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Este RDL 6/2012 sigue vigente, si bien se han aprobado modificaciones que refuerzan progresivamente las medidas adoptadas, mejorando el contenido del Código y extendiendo 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)¹⁹.
- RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (*BOE* del 28)²⁰, que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, dio lugar a la promulgación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda

16 La opinión publicada —*Opinion of the European Banking Authority on good practices for mortgage creditworthiness assessments and arrears and foreclosure, including expected mortgage payment difficulties*— es fruto de la revisión del contenido de una opinión emitida previamente por parte de la EBA en junio de 2013. Dicha revisión buscaba actualizar el contenido de dicha opinión de cara a evitar contradicciones y/o redundancias con el nuevo marco normativo, constituido por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, así como por las directrices relativas a esta materia a las que se ha aludido anteriormente.

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

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

19 En adelante, referida como Ley 1/2013.

20 En adelante, referido como RDL 1/2015.

oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE del 29).

- RDL 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifican el RDL 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 social²¹.
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE del 16)²².

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 16 de abril de 2021, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE del 29), se ha publicado la última actualización de la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código

21 En adelante, referido como RDL 5/2017.

22 En adelante, referida como Ley 5/2019.

de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual, resultando que 86 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 el que se puede solicitar como por los requisitos que se han de reunir, esta medida tiene un encuadre distinto a las anteriores, lo que 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 la que hayan mostrado su adhesión.

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

que se cumplan las siguientes condiciones (que 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 del 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 para las medidas 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 si alguna no resulta viable procede el estudio de la siguiente:

- La primera está 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, consiste en 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 resultara suficiente para reducir el esfuerzo del deudor hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera, es 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 (véase 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.

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 5/2019²³, o bien la entidad prestamista se encontrara adherida a versiones anteriores del CBP, el DCE procede al análisis del supuesto planteado conforme a la versión del CBP que corresponda, bien sea porque es la que está en vigor en el momento de la solicitud, o bien porque es la última a la que está adherida la entidad.

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

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 de 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—, que, 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 IPREM²⁴ 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.

24 La cuantía del IPREM en 2020 —período al que se refiere esta Memoria— resultó ser la misma que en el ejercicio 2019, 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.»

Por lo que se refiere al IPREM para 2021, de acuerdo con la disposición adicional centésima vigésima primera, sobre determinación del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) para 2021, de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, será:

- a) EL IPREM diario, 18,83 euros.
- b) El IPREM mensual, 564,90 euros.
- c) El IPREM anual, 6.778,80 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 RDL 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.908,60 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 6.778,80 euros.

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 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 con 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 los casos de la quita y de 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 con 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^{25, 26}.

25 «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.

Han sido numerosos los expedientes en los que los reclamantes, que se consideraban incluidos en el umbral de exclusión, discrepaban con la forma en la que las entidades implicadas habían aplicado las previsiones contenidas en el artículo 3 del RDL 6/2012. En ocasiones, 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, pero sin verificar previamente que la parte prestataria se encontraba en un supuesto de especial vulnerabilidad, como que el prestatario era mayor de 60 años o que a la unidad familiar pertenecían dos menores de edad. 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 la reclamación R-202002909 se analizó la negativa de la entidad a considerar a la parte prestataria en el umbral de exclusión al no haber sufrido una alteración significativa de las circunstancias económicas comparando el momento de presentación de la solicitud y los cuatro años anteriores. Frente a la referida negativa, el reclamante argumentaba que su esposa, cotitular del préstamo, tenía un grado de discapacidad del 42 %, encontrándose pues en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad. Por su parte, la entidad rechazaba tal consideración a los efectos del CBP, en tanto la declaración de discapacidad había tenido lugar en octubre de 2009 y, de acuerdo con la literalidad del artículo 3.1.b del RDL 6/2012, esta circunstancia no había sobrevenido en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud. Este DCE expuso que la actuación de la entidad no parecía estar en línea con la finalidad de la norma, que tiende a que la medida de reestructuración sea aplicable a un colectivo cada vez mayor y, además, de aplicarse el artículo 3.1.b en sus estrictos términos, se llegaría a soluciones ilógicas que no parecen estar en el espíritu de la norma (piénsese, por ejemplo, en el supuesto 7.º, dedicado al mayor de 60 años: de seguirse la literalidad de la norma,

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.»

26 En relación con 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 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».

nunca se consideraría que aquella persona que hace su solicitud con 65 años, o más, está en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad, ya que en los cuatro años anteriores a dicha solicitud ya era mayor de 60 años y, por lo tanto, no habría sobrevenido tal circunstancia).

Otras veces, los clientes discrepan sobre los ingresos tomados en cuenta por las entidades. Desde el DCE 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-202001215, 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 había considerado los ingresos correspondientes a las pensiones de alimentos de los hijos, reconocidas en el convenio regulador aprobado judicialmente, que en ese momento no estaban siendo abonadas por su exmarido. En línea con los criterios interpretativos de la Comisión de Control del CBP²⁷, este DCE resolvió que, si estos ingresos no se han producido efectivamente, no parece correcto computarlos por el mero hecho de que se tenga derecho a ellos. Por ello, no se consideró ajustado a la normativa la denegación de la reestructuración solicitada.

En la R-202000013 se había denegado la reestructuración de la deuda al amparo del CBP de acuerdo con el artículo 3.1.c del RDL 6/2012, al no resultar la cuota hipotecaria superior al 50 % de los ingresos netos que percibía el conjunto de los miembros de la unidad familiar. El reclamante, por su parte, entendía que a la cuota del préstamo habría que sumarle los gastos de los productos vinculados a la operación hipotecaria: en particular, los costes del seguro de vida y del inmueble, así como los de las tarjetas de crédito de ambos prestatarios. Teniendo en cuenta estas partidas, se cumpliría que los gastos mensuales eran superiores al 50 % de los ingresos de la unidad familiar. Este DCE consideró correcta la actuación de la entidad en tanto que el indicado artículo 3.1.c hace referencia a la «cuota hipotecaria» y no a cualquier otro gasto. A mayor abundamiento, de acuerdo con la interpretación de la Comisión de Control del CBP²⁸, por «ingresos netos» de la unidad familiar debe entenderse los percibidos una vez descontados de los ingresos brutos totales únicamente los impuestos y las cotizaciones sociales.

27 Consulta 4.c del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

28 Consulta 4.a del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 años²⁹, 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 respuesta³⁰. 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, hijos 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 y 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.
- 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

²⁹ Tras la reforma operada por el RDL 1/2015.

³⁰ Consultas 5 y 6 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

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 DCE 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 por tratarse de una pareja de hecho no inscrita o por 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 RDL 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 del divorcio hayan dejado de formar parte de una unidad familiar.

En la misma línea argumental, la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP³¹ 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».

Asimismo, respecto a cómo ha de interpretarse la expresión «cuando en ambos concurren» y si esta se refiere a que cada deudor debe estar en el umbral de exclusión considerando individualmente sus ingresos o, por el contrario, teniendo en cuenta la suma de los ingresos de ambos deudores, la Comisión de Control ha resuelto que «debe interpretarse en el sentido de que no exige que deba tenerse en cuenta la suma de los ingresos de los deudores solidarios para determinar si conjuntamente se encuentran dentro del umbral de exclusión, y en particular dentro de los límites de renta establecidos en el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo».

Llegados a este punto, y por su estrecha relación con lo hasta ahora expuesto, hemos de referirnos al supuesto en el 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:

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

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 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-202009645, resultaba que el reclamante era deudor solidario, junto con su exmujer, de un préstamo hipotecario y propietario único de la vivienda que sirve de garantía de este. Había solicitado a la entidad que le reconociera la posibilidad de abonar el 50 % de las cuotas del préstamo, correspondiendo el 50 % restante a su exmujer, a lo cual la entidad se había negado, dado que las obligaciones de pago derivadas del préstamo hipotecario tienen carácter solidario. Este DCE indicó que la solicitud del reclamante de que la entidad aceptara la división de la responsabilidad en el pago de las cuotas del préstamo suponía una modificación de las condiciones previstas en la escritura de préstamo hipotecario que requería la aceptación de la entidad, siendo esta una decisión que se enmarca dentro de lo que se denomina «política comercial y de asunción de riesgos». Asimismo, dadas las dificultades demostradas en el pago del préstamo, la entidad había informado a las partes sobre el CBP, detallando igualmente que, para poder analizar si resultaban de aplicación sus medidas, debía aportarse la documentación correspondiente de los dos cotitulares del préstamo, para así poder analizar que ambos se encontraban en el umbral de exclusión.

En esta misma línea se han tramitado otros expedientes, en los que la parte reclamante solicitaba la aplicación del CBP, explicando que, aunque el préstamo había sido formalizado por dos personas estando vigente un vínculo matrimonial, en la actualidad este se había extinguido (por divorcio) e, igualmente, se había extinguido el condominio sobre la vivienda, de forma que su propiedad se había asignado a uno, quien había asumido en exclusiva la deuda hipotecaria pendiente. No obstante, no se había llevado a cabo la novación subjetiva del préstamo hipotecario, excluyendo de él a la expareja. Aunque se había aportado toda la documentación requerida de la unidad familiar para el estudio de la solicitud de reestructuración de deuda, de conformidad con el RDL 6/2012, la entidad requirió la documentación del otro titular del préstamo —su expareja—, lo que se ha considerado ajustado a la normativa y a las buenas prácticas bancarias.

En algunas ocasiones, la entidad ha considerado que dos prestatarios solidarios que pertenecen a dos unidades familiares distintas no se encuentran en el umbral

de exclusión, al haber realizado los cálculos que indica la norma tomando en consideración los ingresos conjuntos de ambos, como si pertenecieran a la misma unidad familiar. Así, en la R-202006090 la entidad reclamada había denegado la aplicación de las medidas del CBP al considerar que la cuota hipotecaria era inferior al 50 % de los ingresos netos de ambos prestatarios conjuntamente. No obstante, el reclamante expuso que los dos prestatarios formaban parte de dos unidades familiares distintas y cada uno de ellos, individualmente considerado —con su respectiva unidad familiar—, cumplía los requisitos del RDL 6/2012 sobre el umbral de exclusión. Este DCE, en consonancia con la interpretación dada por la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP, expuso que debían haberse computado los ingresos actuales de ambos deudores solidarios por separado, con el fin de determinar si la cuota hipotecaria era superior, o no, al 50 % de los ingresos de la unidad familiar, tanto de uno como del otro prestatario.

Los ingresos de la unidad familiar

Una de las condiciones que se han de cumplir para considerar al deudor hipotecario incluido en 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 en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

El propio RDL 6/2012 define el término de «alteración significativa de las circunstancias económicas» a los efectos de aplicación del CBP, de forma que se cumplirá este requisito cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. Igualmente se definen las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad, anteriormente transcritas en el apartado *Umbral de exclusión*.

Dicho lo anterior, para el cálculo de la alteración significativa de las circunstancias económicas se han de comparar dos variables, que son la tasa de esfuerzo de la carga hipotecaria sobre la renta familiar en dos momentos distintos, a saber: hace cuatro años y en el momento de presentar la solicitud. Solo cuando la segunda resulte ser 1,5 veces superior a la primera, se entenderá cumplido este requisito.

Sobre esta cuestión, la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP³² señala que debe estarse a la literalidad de la norma, que se refiere expresamente a los cuatro años anteriores a la solicitud.

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

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 DCE 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 otra documentación, y de los cuatro años anteriores. Por otro lado, de acuerdo con el espíritu y la finalidad de la norma, este DCE entiende que la alteración significativa de las circunstancias económicas debe entenderse en un contexto en el que se ha pasado de una situación en la que el cliente podía hacer frente al pago de la deuda —hace cuatro años— a otro en el que, por las circunstancias sobrevenidas, no puede. De acuerdo con esto, la tasa de esfuerzo correspondiente a los cuatro años anteriores ha de ser inferior al 100 %. No se puede considerar que la normativa protectora de deudores hipotecarios sin recursos ampare comparar dos situaciones, en las que la originaria sea de total y absoluta incapacidad para hacer frente a los compromisos adquiridos —porque la cuota hipotecaria resulte superior a los ingresos, o, dicho de otra manera, que la tasa de esfuerzo sea superior al 100 %— y otra final —en el momento de la solicitud de aplicación del CBP—, en la que se exijan condiciones incluso más penosas, de modo que la tasa de esfuerzo se haya incrementado en al menos un 50 %.

Así, en el expediente R-202013133 este DCE efectuó un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad, al haber denegado una solicitud de reestructuración de deuda basándose en que no había existido una alteración significativa de las circunstancias económicas, siendo que en los cuatro años anteriores la tasa de esfuerzo para acceso a la vivienda era del 1036,69 % (lo que implica que la cuota hipotecaria era más de diez veces superior a los ingresos de la cliente) y en el momento de efectuar la solicitud esta no había llegado al 1555,04 %, resultado de haber incrementado la primera en un 50 %.

Al respecto, el DCE expuso que, a tenor de la documentación aportada, hacía cuatro años resultaba claramente imposible que la clienta cumpliera los compromisos adquiridos. Pretender exigir que el porcentaje de esfuerzo se hubiera multiplicado por 1,5 daría como resultado que se tuviera que cumplir una fórmula «endemoniada» que, en todo caso, implicaría el total y absoluto incumplimiento de las obligaciones asumidas. Así pues, este Departamento se reafirmó en la necesidad de interpretar la norma de acuerdo con su espíritu y finalidad, de forma que no se llegue a exigir a los prestatarios el cumplimiento de condiciones carentes de lógica.

Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores

El artículo 2³³ 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 real decreto-ley 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 la que los deudores se encuentran, informe sobre la existencia y el 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 circunstancias establecidas en el RDL 6/2012. Este DCE 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.

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

2.2.2 Ámbito objetivo

La última versión del CBP³⁴ contempla la protección del deudor hipotecario, con independencia de la fecha de formalización del préstamo³⁵. 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 que 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, que 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 a 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 5.2³⁶ del RDL 6/2012 es la siguiente:

«2 La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20 % del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto

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

35 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».

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

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 Urbana³⁷ —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 del 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 IVA³⁸ y que, cuando la norma hace referencia a la extensión del inmueble, se refiere a los metros cuadrados construidos³⁹.

Respecto a las cuestiones aquí contempladas, este DCE ha emitido varios informes, en los que ha valorado la conducta de las entidades al analizar el ámbito 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-202005767, la parte reclamante solicitaba la refinanciación del préstamo suscrito para la adquisición de una vivienda en la que se estableció un gabinete de estética, la cual era la garantía de la operación. En tanto que esta no era la vivienda habitual del prestatario, se concluyó que la reestructuración que pudiera

37 Se puede consultar dicho dato en la [página web del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana](#)

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

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

haber procedido se incardinaba dentro de la «política comercial y de asunción de riesgos de la entidad».

En otras ocasiones, la entidad había emplazado a su cliente para realizar la tasación de la vivienda, si bien desde este DCE 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-202005968, 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 DCE 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 la 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 el 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 DCE.

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 DCE 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 DCE debe basar su pronunciamiento, siempre que ello sea posible, en los datos que figuren en las correspondientes oficinas públicas, ya sea el Registro de la Propiedad o el 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 la que se ajusta a la realidad física. Tal determinación requiere la valoración por parte de expertos con conocimientos especializados en esta materia técnica, que 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 operada por la Ley 1/2013⁴⁰, para el caso de reestructuración de la deuda hipotecaria no es exigible que el destino del préstamo 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 541 del CBP refleja la obligación de las entidades de hacer publicidad de este:

«5 Publicidad del Código de Buenas Prácticas.

Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes.»

A las entidades 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, resultan de suma importancia su detección y su 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.

40 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 gravaba 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 DCE de 2012, 2013 y 2014, la financiación no tenía por qué tener como finalidad única y exclusiva la adquisición de la vivienda.

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

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 5.9⁴² del RDL 6/2012 recoge dicho deber de información y, reforzando la mencionada obligación de publicidad del punto 5 del CBP, 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 6/2012⁴³, 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 DCE respecto a esta cuestión. Así, en el informe correspondiente al expediente R-202005284 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no informar de la 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 septiembre de 2014 —fecha en la que dejó de pagar el préstamo, dada su difícil situación económica—.

En el expediente R-202013435, la parte reclamante había mostrado dificultades para el pago de su préstamo desde hacía años, lo que motivó que en 2019 la entidad declarara vencido anticipadamente el préstamo y presentara demanda de ejecución hipotecaria. No obstante, no constaba acreditado que durante dicho período la

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

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

entidad hubiera informado a su cliente de su adhesión al CBP, de su contenido o de los requisitos que habría de reunir para la aplicación de sus medidas. Esto mereció que este DCE 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-202004333 la reclamante había solicitado la tercera medida del CBP —dación en pago de su vivienda, así como el alquiler social de esta—. La entidad denegó la solicitud indicando que el codeudor del préstamo tenía a su nombre otras propiedades que le permitirían hacer frente al pago de la deuda, incumplándose así el artículo 3.2.a del RDL 6/2012 para considerar a la parte prestataria en el umbral de exclusión. Este DCE indicó que el requisito al que aludía la entidad reclamada únicamente resulta de aplicación para las medidas de quita y de dación en pago, pero no para la reestructuración de deuda. Asimismo, la entidad debió haber informado de que las medidas dispuestas en el CBP no son simultáneas, ni alternativas, a la libre elección del cliente o de la entidad, sino que son sucesivas, razón por la cual, solo en caso de que la reestructuración hubiera resultado inviable, debería haberse abordado el estudio del resto de las medidas: la quita y la dación en pago de la vivienda hipotecada. En tanto no constaba que la entidad hubiera reconducido la solicitud de su cliente para estudiar en primer lugar la posible aplicación de una reestructuración de deuda, con independencia de la medida solicitada, la actuación de la entidad mereció un pronunciamiento contrario a las buenas prácticas bancarias.

Finalmente hemos de apuntar que este deber de información del CBP ha de extenderse a todas las fases en las 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 los apartados 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 RDL 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, que 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 DCE 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»⁴⁴.

La falta de la necesaria motivación mereció un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad en el expediente R-202005284, 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 se había denegado la solicitud presentada según el artículo 3.1.a y c, la entidad debió facilitar los cálculos realizados, así como especificar qué documentos había tenido en cuenta para realizarlos y qué personas consideraba que formaban parte de la unidad familiar, para así entender cómo había llegado al importe de los ingresos.

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, 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 1 del CBP para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

44 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 reestructuración⁴⁵.

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 los 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 la 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 reestructuración⁴⁶. 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 1/2000⁴⁷, 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.

Por otro lado, se ha de precisar que el anuncio de la subasta se realiza en el *Boletín Oficial del Estado* y es hasta ese momento cuando los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución pueden solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria⁴⁸, en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 645 de la Ley 1/2000⁴⁹, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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

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

47 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, retrotrayendo 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.»

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

49 Artículo 645 de la LEC: «1. Una vez firme la resolución prevista en el artículo anterior, la convocatoria de la subasta se anunciará en el *Boletín Oficial del Estado*, sirviendo el anuncio de notificación al ejecutado no personado. El Letrado de la Administración de Justicia ante el que se siga el procedimiento de ejecución ordenará la publicación del anuncio de la convocatoria de la subasta remitiéndose el mismo, con el contenido a

El plan de reestructuración se ha de formular dentro del plazo de un mes desde la presentación de la solicitud, junto con la documentación completa que acredite que el deudor se encuentra dentro del umbral de exclusión, en los términos establecidos por el RDL 6/2012.

Las condiciones financieras concretas que el CBP contempla y que deben constar en el plan de reestructuración son las siguientes:

- «i. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese período podrá, o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo, o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.
- ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- 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 hipotecario⁵⁰.»

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 los 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 que 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

que se refiere el artículo siguiente y de forma telemática, al *Boletín Oficial del Estado*. Igualmente, y solo a efectos informativos, se publicará el anuncio de la subasta en el Portal de la Administración de Justicia.»

50 Medida introducida por el RDL 1/2015.

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 hipotecaria⁵¹.

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 %⁵² 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 actuales⁵³. 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»⁵⁴—.

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 registro⁵⁵. 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

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

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

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

54 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—.

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

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 (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 sustantivas⁵⁶ 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 4.3⁵⁷ de la nombrada Ley 2/1994 establece que las modificaciones del clausulado del préstamo no supondrán una alteración o pérdida del rango de la

56 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.

57 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

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 CBP⁵⁸ ha establecido que «la entidad financiera adherida al CBP tiene, por tanto, la obligación de plantear un plan de reestructuración al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión sin que en la norma se establezca ninguna previsión que lo exceptúe y sin que sea competencia de la Comisión pronunciarse sobre en qué supuestos de modificación de un préstamo hipotecario tiene lugar la pérdida de rango registral, si es que efectivamente se produce», postura que este DCE 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 DCE, 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 CBP⁵⁹, 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,

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.»

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

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

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)».

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

Así, en el expediente R-202001010 la entidad había reconocido que su cliente se encontraba en el umbral de exclusión. No obstante, no formuló el preceptivo plan de reestructuración, pese a las numerosas solicitudes y gestiones realizadas por el prestatario. Este DCE concluyó que la falta de formulación del correspondiente plan de reestructuración —en el plazo de un mes desde la acreditación de encontrarse en el umbral de exclusión— podría suponer un quebrantamiento de la normativa de ordenación y disciplina, y, en todo caso, una mala práctica bancaria.

En el R-202015369, la entidad, tras reconocer que el cliente se encontraba en el umbral de exclusión, indicó que la reestructuración conforme al CBP no era viable en tanto el reclamante no estaba percibiendo ingresos y, por ende, resultaba que la cuota hipotecaria mensual sería superior al 50% de los ingresos de la unidad familiar. Este DCE indicó que, pese a esto, la entidad debió haber formulado un plan de reestructuración con las medidas indicadas en el apartado 1.b) del CBP, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.4 del RDL 6/2012. Asimismo, se precisó que los ingresos de la unidad familiar computables a efectos de calificar el plan como viable o inviable debían ser los actuales. Por otro lado, se añadió que, puesto que las medidas del CBP son sucesivas y la reestructuración resultaba inviable, se debió haber abordado el estudio del resto de las medidas: la quita y la dación en pago de la vivienda hipotecada. En otras 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 DCE 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.

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.

La medida es discrecional para la entidad, de forma que esta tiene la facultad de aceptarla o de 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 con la dación en pago, la quita puede ser solicitada por los 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 cargas posteriores 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 que 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 las máximas 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 que 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 %⁶⁰.

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 dicha opción, este reiteró su solicitud originaria de dación en pago de la vivienda. En supuestos como el comentado, 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.

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

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 ejecutivo que ha culminado con la ejecución de la vivienda garantía del préstamo y, a mayor abundamiento, ha sido suspendido el lanzamiento⁶¹.

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 con su

61 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 RDL 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.

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) Deudor mayor de 60 años.

3 Se han de dar las circunstancias económicas siguientes:

- 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 en el momento 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.

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 de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones.

La limitación de los intereses moratorios

El interés moratorio, de acuerdo con el artículo 4 del RDL 6/2012, será el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados un 2 %⁶² 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 que debe valorar las circunstancias, y que 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.

Por otro lado, la fórmula de cálculo se aplica sobre «el capital pendiente del préstamo». Preguntada la Comisión de Control del CBP⁶³ sobre cómo ha de entenderse esta expresión —si el término capital comprende exclusivamente el

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

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

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 real decreto-ley.

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 de créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del RDL 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 documentados⁶⁴.
- 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), 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 marzo⁶⁵.

64 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.

65 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 RDL 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 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:
[...]

- 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 patrimonio⁶⁶.
- 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

c) Las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

Para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente.

A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años.

Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. A estos efectos, se 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.»

66 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 el 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 RDL 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 concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias, judiciales o notariales.

En todo caso, será necesario que el propietario de la vivienda habitual no disponga de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda y evitar la enajenación de la vivienda.»

coste adicional de la entidad financiera, que adquiere libre de carga hipotecaria la titularidad del bien antes hipotecado⁶⁷.

Expuesto el régimen de las ventajas fiscales y notariales que la aplicación de las medidas del CBP puede 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 DCE 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 DCE 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 RDL 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—.

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

⁶⁷ Artículo 11 del RDL 6/2012.

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 Código⁶⁸. 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 viables⁶⁹.

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2020 solicitando, bien una segunda reestructuración de la deuda, bien una dación en pago de la vivienda habitual. En todos los casos, este DCE 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 de 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 la que se encuentran aquellos deudores hipotecarios que carecen de recursos suficientes para hacer frente a la deuda hipotecaria cuya garantía es su vivienda habitual. Ahora

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

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

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 las 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 lugar⁷⁰.

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 15⁷¹ 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 Ley⁷².»

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 a aquellos clientes con dificultades en el pago de su deuda hipotecaria sobre la existencia del Código, su contenido y la posibilidad de acogerse a él. A esta materia ya nos hemos referido en el apartado dedicado a «Publicidad».

70 Artículo 7 del RDL 6/2012.

71 Artículo introducido por la Ley 1/2013.

72 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.»

- 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 correspondientes⁷³ para el estudio y la 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 DCE

Durante los últimos años, la División de Supervisión de Conducta de Entidades, del DCE, ha dedicado importantes esfuerzos a verificar la correcta aplicación, por parte de las entidades adheridas, del RDL 6/2012 y del CBP recogido en su anexo. Todo ello, con el objetivo primordial de velar por la protección de los deudores que se

73 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.»

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. Asimismo, se han sancionado conductas como no informar debidamente sobre el CBP y la posibilidad de solicitar su aplicación, no solo *ab initio*, sino también a lo largo de la tramitación de la solicitud, o aplicar un plazo de reestructuración distinto a los 40 años sin que conste que medie solicitud previa de otro plazo por parte del cliente.

Con carácter general, las referidas medidas supervisoras han tenido por objeto, principalmente, 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 DCE) la tramitación de las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades a él adheridas⁷⁴. El procedimiento que se debe seguir —común a todas las reclamaciones presentadas ante el DCE— exige que el cliente se dirija, en primer lugar, ante el SAC de la entidad financiera, o al 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 DCE planteando el hecho controvertido. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales competentes en defensa de los derechos legítimos⁷⁵.

Por otro lado, el cumplimiento del CBP por parte de las entidades adheridas será supervisado por una Comisión de Control constituida al efecto⁷⁶.

Entre las funciones de la comisión, figuran recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España⁷⁷ 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 los deudores hipotecarios.

El apartado referente a la Comisión de Control, 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

74 Artículo 6.6 del RDL 6/2012.

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

76 Artículo 6.1 del RDL 6/2012.

77 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.

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.

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 la 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 con detalle en el siguiente epígrafe. Cuando se trate de préstamos personales a personas físicas a los que no resulte de aplicación la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos 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

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). Nuestra norma nacional deriva, a su vez, de la transposición 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ante las dudas interpretativas de juzgados de los Estados miembros, se actualiza en la presente Memoria el esquema 2.2, donde se reseñan las resoluciones de mayor relevancia del TJUE 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 de servicios han pactado una retribución por la que este abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato.

CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO PARA CONSUMO**Coste del crédito relativo a la actividad del prestamista. Sentencia de 3 de septiembre de 2020. Asunto C-2020/183**

Sobre un contrato de crédito, un tribunal polaco explica que su normativa nacional contempla el concepto «coste total del crédito no correspondiente a intereses», pero que podría suponer en la práctica un menoscabo a la protección del consumidor al imponerle cargas financieras superiores a las contempladas en el artículo 3, letra g). En el caso analizado, se habrían incluido en su cálculo no solo costes del crédito habitualmente relacionados con la celebración y la gestión de un contrato de crédito para consumo en particular, sino también costes relativos a la actividad económica de los prestamistas, en general.

Los artículos 3, letra g), y 22 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional relativa al crédito para consumo que establece un modo de cálculo del importe máximo del coste del crédito no correspondiente a intereses que puede ponerse a cargo del consumidor, incluso si ese modo de cálculo permite al profesional cargar a ese consumidor una parte de los gastos generales relacionados con el ejercicio de su actividad económica.

Costes del crédito correspondientes a una prórroga. Sentencia de 16 de julio de 2020. Asunto C-2020/182

Una entidad ofrece préstamos de escasa cuantía, de corta duración, con una cláusula por la que el prestatario podría solicitar una prórroga del préstamo abonando una cuantía que dependería del importe y del plazo del préstamo. El tribunal letón plantea si dichos gastos deberían estar comprendidos dentro del «coste total del crédito para el consumidor», al formar parte de las cláusulas y condiciones del contrato de crédito acordadas por el prestamista y el prestatario, a pesar de no ser conocido en el momento de celebración del contrato.

El concepto de «coste total del crédito para el consumidor», que figura en el artículo 3, letra g), debe interpretarse en el sentido de que este concepto incluye los gastos de la eventual prórroga del crédito cuando, por una parte, las condiciones concretas y precisas de su eventual prórroga, incluida la duración de esta, forman parte de las cláusulas y condiciones del contrato de crédito acordadas entre el prestamista y el prestatario, y, por otra parte, esos gastos son conocidos por el prestamista

Derecho de desistimiento. Sentencia de 26 de marzo de 2020. Asunto C-66/19

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. Sobre dicha cláusula, un tribunal alemán plantea si: i) se debe 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.

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. 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.

Coste del crédito no correspondiente a intereses. Sentencia de 26 de marzo de 2020. Asunto C-779/18

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, ni 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 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. Por lo que se desprende que el concepto cuestionado constituye una subcategoría del «coste del crédito».

Ni la información precontractual (el artículo 5.1) ni la contractual (artículo 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.

FUENTE: Banco de España.

CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO (cont.)**Evaluación de la solvencia del deudor. Sentencia de 5 de marzo de 2020. Asunto C-679/18**

En el marco de un contrato de crédito en el que la prestamista no afirmó ni acreditó que hubiera evaluado la solvencia del prestatario antes de la celebración del 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).

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, que 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. 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.

Tasa anual equivalente (TAE). Sentencia de 19 de diciembre de 2019. Asunto C-290/19

Ante un contrato de crédito para consumo en el que la tasa anual equivalente (TAE) se expresaba en forma de horquilla, situándola entre el 21,5 % y el 22,4 %, ello en función de la fecha en la que los fondos estuvieran a disposición del prestatario, un tribunal eslovaco plantea si tal cláusula es ajustada a la directiva.

La indicación de la TAE en forma de una horquilla entre dos valores no se ajusta a la directiva, ya que obliga a fijar un porcentaje concreto (artículo 3.1) y se calcula conforme a una fórmula matemática, y debe calcularse de manera uniforme (artículo 19.1, interpretado en relación con el anexo I, parte I, y con el artículo 19.5.2.º). Si se permitiera que la TAE pudiese expresarse por referencia a una horquilla, en lugar de un tipo único, no se cumpliría el criterio de claridad y concisión previsto en el artículo 10.2, ya que hace más difícil la apreciación del coste total del crédito, y puede inducir a error al consumidor respecto al alcance real de su compromiso. Es irrelevante que la fecha de disposición del crédito o la fecha de celebración del contrato no sean conocidas 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.

Garantías del contrato de préstamo. Sentencia de 7 de noviembre de 2019. Asuntos C-419/18 y C-483/18

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 para 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.

Costes del reembolso anticipado. Sentencia de 11 de septiembre de 2019. Asunto C-383/18

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 (artículo 16.1 de la directiva) afecta también a aquellos gastos que no dependen de la duración del contrato.

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. Señala también la dificultad práctica de que un consumidor o un tribunal puedan determinar los gastos objetivamente relacionados con la duración del contrato.

FUENTE: Banco de España.

Cuadro de amortización. Sentencia de 5 de septiembre de 2019. Asunto C-331/18

Un tribunal eslovaco se plantea si es ajustado al artículo 10.2, letras h) a j), de la directiva que una normativa nacional obligue a que un contrato de crédito para consumo incluya un desglose de las cuotas de devolución del crédito entre la amortización del capital y los demás elementos del coste del crédito.

La directiva no establece la obligación de incluir en el contrato un cuadro de amortización (artículo 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 un contrato de duración fija y solo previa solicitud del consumidor formulada en cualquier momento a lo largo de la duración del contrato. Una normativa nacional que imponga que el contrato de crédito debe precisar el desglose de cada reembolso no es ajustada a la directiva, a tenor de la armonización plena del artículo 22.1.

Explicaciones adecuadas y evaluación de la solvencia del deudor. Sentencia de 6 de junio de 2019. Asunto C-58/18

Un tribunal belga, al analizar un contrato de préstamo, plantea si es contrario al artículo 5.6 que el derecho nacional establezca: i) 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, y ii) la obligación del prestamista de renunciar a celebrar el contrato de crédito si no puede estimar razonablemente la solvencia del consumidor.

Conforme al artículo 5.6, los Estados miembros velarán por que se faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para evaluar si el contrato se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera. Por lo que 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 no excede el margen de maniobra concedido por la directiva y contempla un nivel elevado de protección en la fase precontractual.

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.

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, la LCCC recoge en su capítulo II la información y las 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](#).

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 DCE es qué se considera «suficiente antelación», entendiéndose este DCE 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-201913048 y R-202014729, 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 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 exime 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 conforme al formulario identificado como INE, cuyo contenido mínimo figura detallado en el anexo II de dicho texto legal.

En este contexto, este DCE 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.

3.1.2 Solvencia del deudor

Además de proporcionar la ya citada información precontractual, esto es, 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, cuyo 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, en la R-201913460 la parte reclamante denunció que la entidad le permitió suscribir distintos contratos de crédito y de seguro sin evaluar previamente su situación de solvencia, circunstancia que le generó un nivel de endeudamiento al que posteriormente no pudo hacer frente. El DCE emitió un pronunciamiento contrario a la entidad por no acreditar documentalmente que la prestataria tenía capacidad para hacer frente a sus obligaciones de pago.

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 o en otro soporte duradero, y de manera exhaustiva, clara y precisa— las menciones preceptivas que deben contener: entre otras, 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, deberán 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 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 la 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 DCE 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.

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 los bienes objeto de financiación al futuro prestatario—.

Por último, este DCE también ha tenido la oportunidad de analizar las formas de contratación electrónica con el concurso de una «tercera parte confiable» o «tercero de confianza», que 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 DCE 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 que 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 destacaría 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)⁷⁸ 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

78 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.»

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 DCE, 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

La Orden EHA/2899/2011 —punto 3 de su artículo 8 («Comunicaciones al cliente»)— y la Circular del Banco de España 5/2012 —punto 1, norma undécima («Comunicaciones al cliente»)— contemplan 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.). El anejo 4 de dicha circular incluye modelos normalizados de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por las entidades en las citadas comunicaciones. En los casos en que la operación dé lugar únicamente a pagos periódicos prefijados, la entrega de los sucesivos documentos de liquidación podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anejo, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

Lo expuesto es predicable respecto de cualesquiera liquidaciones de la operación de financiación, se encuentre esta en situación regular o irregular —impago—. Así, el DCE 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 DCE 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 DCE 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 DCE 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, las comisiones constituyen también 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 que 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».

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 DCE, y así lo hemos venido declarando en numerosos expedientes.

En este sentido, cabe hacer especial mención a las numerosas reclamaciones que este DCE ha continuado recibiendo durante el ejercicio 2020 solicitando la cancelación de contratos de crédito vinculados a la prestación de servicios dentales debido al cierre de sus clínicas. En dichas reclamaciones, este DCE 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.

3.2 Préstamos a pymes

Otra de las modalidades de financiación con garantía personal objeto de reclamación ante este DCE es la concedida 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, 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.

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.

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 días 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-201913319, una pyme planteó una reclamación en la que denunciaba, en síntesis, que la entidad crédito: i) no le notificó —con una antelación mínima de tres meses— su intención de no prorrogar o extinguir el flujo de la financiación correspondiente a una póliza de crédito, así como que ii) le ofreció la posibilidad de conversión de la referida póliza en un préstamo, propuesta que, si bien fue aceptada por la reclamante, sin embargo, no llegó a materializarse, al desentenderse finalmente la entidad crédito de la oferta realizada. En este caso, fue acreditado que la notificación del preaviso de la terminación del flujo de la financiación —y del documento «Información financiera-Pyme»— se efectuó dentro del plazo legal conferido al efecto, pero en un domicilio distinto del contractualmente pactado. En consecuencia, el DCE concluyó que la entidad de crédito habría podido incurrir en un quebrantamiento de la normativa de transparencia y de protección de la clientela, en particular de los artículos 1 y 2 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

Por otra parte, fue verificada la oferta de conversión de la póliza de crédito en un préstamo. Por ello, el DCE estimó la actuación de la entidad de crédito como contraria a las buenas prácticas y usos financieros, por cuanto le generó a la reclamante unas falsas expectativas sobre la refinanciación de la póliza contratada.

3.2.1 Líneas ICO. Especial referencia a las líneas ICO-COVID

Otra fuente de financiación a la que pueden acudir las empresas son los créditos ofrecidos mediante las llamadas «líneas ICO». Respecto de ellos, es criterio de este DCE que las entidades bancarias deben acreditar una diligente actuación en la tramitación de los préstamos subvencionados cuya gestión les haya sido 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, que 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 DCE, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

En el contexto de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, se publicó el RDL 8/2020, de 17 de marzo, que incluía, entre otras, diversas medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias como consecuencia de la situación generada por el COVID-19. Una de ellas, es el préstamo Línea ICO Avaluos COVID-19, otorgada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y gestionada por el ICO para empresas y autónomos a través de las entidades financieras para paliar los efectos económicos del COVID-19.

Posteriormente, mediante el RDL 25/2020, de 3 de julio, se aprobó una línea de avales por 40.000 millones de euros, en un total de seis tramos activados tras sucesivos acuerdos del Consejo de Ministros (28 de julio, 24 de noviembre y 22 de diciembre de 2020, y 28 de mayo de 2021), con el fin avalar la financiación concedida a empresas y a autónomos para atender principalmente sus necesidades financieras derivadas de la realización de nuevas inversiones.

Cabe destacar la reciente publicación⁷⁹ del Código de Buenas Prácticas⁸⁰, al que podrán adherirse voluntariamente las entidades financieras que hayan canalizado avales públicos o se hayan beneficiado de reavales públicos desde el 17 de marzo de 2020. Supone la implicación del sector financiero en el apoyo a las empresas viables con problemas puntuales de sobreendeudamiento y el buen uso de los recursos públicos.

Se contempla la aplicación de varias medidas, utilizadas una vez o en forma sucesiva, como la extensión del vencimiento de avales o la conversión de los préstamos avalados en préstamos convertibles y la reducción del nominal pendiente de las operaciones de financiación con aval público. De estas medidas, únicamente la primera —extensión del vencimiento— es obligatoria para las entidades, siendo las restantes potestativas. Para beneficiarse de ellas, se deberán cumplir unos requisitos de elegibilidad general, además de los específicos para cada medida.

Por su parte, las entidades adheridas asumen el compromiso de mantener las líneas de circulante hasta, como mínimo, el 31 de diciembre de 2022 y la prohibición de condicionar la concesión a comercializar productos adicionales o de incremento de

79 El 13 de mayo de 2021 se publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, por el que se aprueba el Código de Buenas Prácticas para el marco de renegociación para clientes con financiación avalada previsto en el RDL 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de COVID-19.

80 No debe confundirse con el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual originado tras la promulgación del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Véase el apartado 2 del capítulo 2 de la presente Memoria.

costes, decisión que se adoptará conforme a sus procedimientos internos y políticas de consecución y de riesgos.

Resulta interesante destacar el marco de colaboración de buena fe y coordinación entre entidades financieras para aquellos deudores que mantengan operaciones con más de una entidad, de modo que sea posible alcanzar una solución efectiva. La adopción de medidas no puede suponer, bajo ningún concepto, el vencimiento anticipado de otras operaciones vivas que el deudor mantenga con la entidad.

4 Moratorias hipotecaria y no hipotecaria COVID-19

Con el objetivo de amortiguar el impacto de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, cuyas consecuencias han alcanzado al ámbito social y económico de una forma muy rápida, el Gobierno de España aprobó a lo largo de 2020 una serie de medidas urgentes, entre las que se encuentra el establecimiento de una moratoria en el pago de las cuotas hipotecarias y no hipotecarias de los colectivos particularmente vulnerables. Esta moratoria opera por ministerio de la ley y recibe la denominación de «moratoria legal».

Existe un segundo tipo de moratoria: la denominada «moratoria sectorial», que obedece a un pacto entre las partes y está acogida a lo previsto en los acuerdos sectoriales suscritos por las entidades prestamistas a través de sus asociaciones representativas.

Dado el importante impacto de la crisis sobre determinados sectores de actividad, igualmente se han regulado las condiciones para la aplicación de moratorias sobre operaciones que afectan al turismo y al transporte por carretera.

4.1 Moratoria legal

Mediante el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19⁸¹, se aprobó la moratoria hipotecaria legal, cuyo ámbito de aplicación, plazo y requisitos fueron posteriormente modificados por el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19⁸². En este, además, se amplía el alcance de la moratoria a los créditos y préstamos no hipotecarios.

81 En adelante, RDL 8/2020.

82 En adelante, RDL 11/2020.

La moratoria legal supone la suspensión temporal de las obligaciones contractuales derivadas de aquellas operaciones bancarias cuyos titulares —personas físicas— se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica tras la declaración del estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

Igualmente se aplica a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores —personas físicas— del deudor principal, quienes han de encontrarse en situación de vulnerabilidad económica en los términos establecidos normativamente. En todo caso, estos pueden exigir que el acreedor agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

Según la naturaleza de la operación a la que se refiere, que ha de estar vigente en el momento de entrada en vigor del RDL 8/2020 y del RDL 11/2020, la moratoria legal puede ser hipotecaria o no hipotecaria.

La primera, resulta de aplicación a aquellos préstamos hipotecarios contratados para la adquisición de la vivienda habitual, inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen los empresarios y profesionales o viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler y para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del estado de alarma, o deje de percibirla hasta un mes después de la finalización de este.

Por su parte, la moratoria no hipotecaria se aplica a todo préstamo o crédito sin garantía hipotecaria, incluyendo los créditos para consumo y los contratos de arrendamiento financiero.

Para solicitar la moratoria legal, tanto la hipotecaria como no hipotecaria, el potencial beneficiario debe estar en situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Para ello, deben cumplirse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) Que el potencial beneficiario pase a estar en situación de desempleo o, en caso de ser empresario o profesional, sufra una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial de su facturación, de al menos el 40 %.
- b) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (IPREM).

Casos excepcionales:

El límite de cuatro veces el IPREM, cuando alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada una discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

El límite de cinco veces el IPREM, cuando el 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 reconocida 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.

Los límites anteriores se incrementarán en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar (0,15 veces el IPREM en el caso de unidad familiar monoparental) o por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.

- c) Que el total de las cuotas de los préstamos hipotecarios que pueden beneficiarse de la moratoria hipotecaria, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que, a consecuencia de la emergencia sanitaria, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, lo que sucederá cuando el esfuerzo que represente el total de la carga hipotecaria, entendida como la suma de las cuotas hipotecarias de los préstamos sobre la renta familiar, se haya multiplicado por al menos 1,3.

Para compatibilizar la moratoria no hipotecaria con la hipotecaria y con la moratoria del alquiler regulada en el RDL 11/2020, se ajusta el régimen de acreditación del cumplimiento de requisitos. Se trata así de establecer, por un lado, que no se tenga en cuenta la aplicación de una posible moratoria hipotecaria o de alquiler a efectos de calcular si se ha alcanzado o no el límite de la carga hipotecaria o la renta arrendaticia del 35 % de los ingresos, garantizando así el tratamiento equitativo de todos los acreedores y arrendadores. Por otro lado, se quiere abarcar la casuística de quienes no hagan frente a deudas hipotecarias o a una renta arrendaticia pero sí deban hacer frente a uno o a varios préstamos que le suponen más de un 35 % de sus ingresos.

De este modo, si la persona física que solicita la moratoria no hipotecaria fuera beneficiaria a su vez de la moratoria hipotecaria, no se tendrá en cuenta su aplicación a efectos del cálculo previsto en las letras c) y d) anteriores.

Asimismo, si el potencial beneficiario de la moratoria no hipotecaria no tuviera contratado un préstamo hipotecario y, sin embargo, tuviera que hacer frente al pago periódico de una renta por alquiler de su vivienda habitual, de cualquier tipo de financiación sin garantía hipotecaria frente a una entidad financiera, o ambas simultáneamente, se sustituirá el importe de la cuota hipotecaria por la suma total de dichos importes, incluyendo la renta por alquiler aunque sea objeto de moratoria⁸³, a efectos del cálculo previsto en las letras c) y d) anteriores. La carga hipotecaria será el resultado de la suma total de dichos importes. Si el potencial beneficiario tuviera que hacer frente a un único préstamo sin garantía hipotecaria y no tuviera que hacer frente al pago periódico de una renta por alquiler de su vivienda habitual, se tendrá en cuenta solo dicho préstamo sin garantía hipotecaria a los efectos anteriores.

Para la acreditación del cumplimiento de los anteriores requisitos, los potenciales beneficiarios de la moratoria deberán presentar a su entidad una solicitud acompañada de la siguiente documentación:

- a) En caso de que el beneficiario se encuentre en situación legal de desempleo: 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.
- b) En caso de que el beneficiario se encuentre en situación de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia: certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o por el órgano competente de la comunidad autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado.
- c) Para acreditar el número de personas que habitan la vivienda: libro de familia o documento acreditativo de pareja de hecho, certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda y referido al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. En su caso, declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.
- d) Para acreditar la titularidad de los bienes: nota simple del servicio de índices del Registro de la Propiedad de todos los miembros de la unidad

⁸³ Conforme al artículo 3 del RDL 11/2020.

familiar y escrituras de compraventa de la vivienda habitual, de la vivienda en alquiler, o del inmueble afecto a la actividad económica y de concesión del préstamo o préstamos con garantía hipotecaria en caso de que se solicite una moratoria de la deuda hipotecaria.

- e) En caso de que se solicite la moratoria de la deuda hipotecaria por el préstamo hipotecario por una vivienda en alquiler, deberá aportarse el correspondiente contrato de arrendamiento.
- f) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes.
- g) En caso de que se solicite la moratoria no hipotecaria, deberá aportarse el correspondiente contrato suscrito con la entidad financiera.

En caso de que el solicitante de la medida no pudiera aportar alguno de los documentos requeridos en las letras a) a e), podrá sustituirlo mediante una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y de sus prórrogas, dispondrá del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado.

Teniendo como referencia la evolución de la pandemia, los plazos de solicitud de la moratoria legal fueron progresivamente ampliándose, todo ello con el fin de proteger a los titulares en situación de vulnerabilidad. Así, el primer período durante el que se pudo solicitar abarcó desde el momento de entrada en vigor de esta medida —el 18 de marzo de 2020⁸⁴ en el caso de la moratoria hipotecaria, y el 2 de abril de 2020⁸⁵, en el caso de la no hipotecaria— hasta el 29 de septiembre de 2020⁸⁶. Posteriormente, este plazo fue ampliado hasta el 30 de marzo de 2021, con una serie de particularidades, que serán objeto de análisis en el apartado 3 de esta exposición.

Presentada la solicitud junto con la documentación requerida, corresponde a la entidad verificar que la operación objeto de moratoria está dentro del ámbito de aplicación de la norma —RDL 8/2020 en el caso de moratoria hipotecaria, y RDL 11/2020 en el caso de no hipotecaria— y que el prestatario —persona física— se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, al reunir los requisitos indicados

84 Fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020.

85 Fecha de entrada en vigor del RDL 11/2020.

86 Conforme a las modificaciones de los artículos 12 del RDL 8/2020 —para la moratoria legal— y 23 del RDL 11/2020 —para la moratoria no hipotecaria—, introducidas por la disposición final 8.2 y la 9.3 del RDL 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

anteriormente. En el caso de la moratoria hipotecaria, esta verificación se ha de realizar en un plazo de 15 días.

En el supuesto de que el cliente no hubiera podido conseguir, en todo o en parte, la documentación que da soporte a la solicitud, se ha de presumir la veracidad de los datos consignados en la declaración responsable que se presentó.

Verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos, la entidad debe aplicar la moratoria inmediatamente. En todo caso, esta debe desplegar sus efectos desde que quedó acreditada la situación de vulnerabilidad, es decir, el momento de aportación de la solicitud junto con la completa documentación. No resulta necesario la formalización de un acuerdo entre las partes ni la modificación del contrato de crédito.

La moratoria legal, hipotecaria y no hipotecaria, supone la suspensión de la deuda durante tres meses. En este plazo, el acreedor no podrá exigir el pago de cuotas, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni en un porcentaje. Tampoco se devengan intereses, ni ordinarios ni de demora. Los importes que serían exigibles al deudor, de no aplicarse la moratoria, no se considerarán vencidos.

Asimismo, en el caso de la moratoria hipotecaria, y durante el período en el que esta medida esté vigente, no resultará de aplicación la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato.

Por otro lado, la moratoria produce el efecto de ampliar la duración del préstamo el número de meses que dure la suspensión.

La moratoria hipotecaria deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no cuente con el consentimiento de estos.

En el caso de moratorias no hipotecarias, si el crédito o préstamo estuviera garantizado mediante algún derecho inscribible distinto de la hipoteca o hubiera accedido al Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, será necesaria la inscripción de la ampliación de plazo que suponga la suspensión.

Se establecen una serie de bonificaciones de los derechos arancelarios notariales y registrales⁸⁷ derivados de la formalización e inscripción de estas moratorias y

⁸⁷ Conforme establecen el artículo 16 ter del RDL 8/2020, para las moratorias hipotecarias, y el artículo 24.6 del RDL 11/2020, para las no hipotecarias.

de las novaciones, que, en todo caso, corresponderá asumir a la entidad financiera.

La aprobación de una moratoria legal —hipotecaria y no hipotecaria— no es óbice para llevar a cabo una novación del contrato de financiación, incluyendo unas condiciones contractuales que van más allá de la mera suspensión del cobro de cuotas. En todo caso, además de aquellos aspectos que las partes pacten, se incorporarán los términos de la moratoria, es decir, la suspensión de las obligaciones contractuales, así como el no devengo de intereses durante la vigencia de dicha suspensión.

Cuando la entidad financiera conceda, simultánea o sucesivamente, una moratoria legal y una moratoria convencional —a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe—, el acuerdo de moratoria convencional suscrito con el deudor recogerá expresamente el reconocimiento de la moratoria legal, suspendiéndose los efectos de la moratoria convencional hasta el momento en el que finalice aquella.

El deudor que se hubiese beneficiado de las medidas de moratoria legal sin reunir los requisitos exigidos para su aplicación, o que, voluntaria y deliberadamente, se hubiera situado o mantenido en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, será responsable de los daños y perjuicios que se hubieran podido producir, así como de todos los gastos generados por su aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que su conducta pudiera dar lugar. Este importe no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

Por otro lado, se impone a las entidades prestamistas supervisadas por el Banco de España la obligación de remitir cada día hábil a esta autoridad información referida a las moratorias otorgadas el día hábil precedente; en particular, el número de solicitudes de suspensión presentadas por deudores, suspensiones concedidas, número de beneficiarios de la suspensión —desagregados, por un lado, en deudores y avalistas y, por otro, en asalariados y empresarios/profesionales—, préstamos cuyo pago se ha suspendido, saldo vivo pendiente de amortización cuyo pago se suspende, CNAE de la actividad que venía realizando el deudor y número de préstamos en los que el deudor solicita que se documente la suspensión en escritura notarial.

Finalmente hemos de apuntar que la regulación de esta moratoria legal tiene la consideración de normativa de ordenación y disciplina, a la que se refiere el artículo 2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

4.2 Moratoria sectorial

El RDL 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social, y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, incorporó la moratoria convencional, también conocida como «sectorial», con el objetivo de favorecer el aplazamiento de los pagos de créditos y préstamos con un alcance aún más amplio que el inicialmente previsto en las moratorias legales y con carácter complementario a estas.

La concesión de esta moratoria —sectorial— responde a la existencia de unos acuerdos sectoriales privados, a los que se han adherido las entidades a través de sus asociaciones representativas —Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC) y Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)—, que han sido comunicados al Banco de España para su registro y publicación.

Las entidades que apliquen este régimen especial deberán remitir, cada día hábil, al Banco de España, datos específicos sobre las moratorias concedidas en similares términos a la comunicación que también se ha de hacer respecto a la moratoria legal.

Esta medida ha sido promovida por la EBA, que ha establecido un tratamiento contable y prudencial favorable a las operaciones acogidas a tales acuerdos a través de la Guía EBA/GL/2020/02, la cual ha sido adoptada en el ámbito nacional mediante acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España de 19 de mayo de 2020.

La moratoria sectorial amplía, respecto de la legal, el colectivo de personas beneficiarias de un aplazamiento de sus deudas y permite a quienes se han beneficiado de la moratoria legal prolongar el aplazamiento de la deuda una vez finalizado el período de duración de aquella.

Al igual que la moratoria legal, la sectorial puede aplicarse tanto a operaciones hipotecarias como a no hipotecarias. Así, puede tener por objeto toda clase de préstamos, créditos y arrendamientos financieros.

A diferencia de la moratoria legal, en la que se suspendía el cobro de la cuota comprensiva de amortización del capital y pago de intereses, en la moratoria sectorial tan solo se suspende el cobro de la parte dedicada a amortización de capital, debiendo realizarse, en todo caso, el pago de los intereses correspondientes a cada cuota devengada conforme a las condiciones pactadas en el contrato de financiación original.

Se podrá acordar que el importe de lo aplazado se abone mediante la redistribución de las cuotas, sin modificación del plazo de vencimiento, o bien mediante la ampliación del plazo de vencimiento en un número de meses equivalente a la duración de la moratoria. En este último caso, el deudor y la entidad financiera podrán acordar la prórroga, con las mismas condiciones y prima pactadas inicialmente, del seguro de protección de pagos⁸⁸ o de amortización de préstamo⁸⁹ que se hubiera contratado con el préstamo que se nova por el mismo período en el que se amplíe el vencimiento de este, con el consiguiente adeudo de la prima.

Con el establecimiento de estas moratorias no se podrá, en ningún caso, modificar el tipo de interés pactado inicialmente en el contrato de préstamo. Tampoco se podrán cobrar gastos o comisiones, excepto que se trate de un préstamo sin interés y el efecto del gasto o comisión no suponga un aumento de la TAE acordada en el contrato inicial, o bien se trate de la prima de la prórroga del contrato de seguro señalado anteriormente. Igualmente, esta moratoria no puede comercializarse junto con cualquier otro producto vinculado o combinado, ni se puede requerir el establecimiento de otras garantías adicionales, personales o reales que no constasen en el contrato original.

Por otro lado, se prevé la concesión simultánea o sucesiva de una moratoria legal y de otra convencional. En estos casos, el acuerdo de moratoria convencional suscrito con el deudor recogerá expresamente el reconocimiento de la moratoria legal, suspendiéndose los efectos de la moratoria convencional hasta el momento en el que finalice aquella.

Previamente al establecimiento de la moratoria, la entidad concedente de esta ha de cumplir una serie de obligaciones de información previa, si bien se ha establecido un régimen simplificado, al excepcionar la aplicación de determinados artículos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, para la moratoria hipotecaria, y de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, para la moratoria no hipotecaria. Esto responde a la necesidad de establecer un régimen viable en unas circunstancias excepcionales, compatibilizando una suscripción masiva de moratorias en un contexto físico con movilidad limitada.

En todo caso, la entrega de información ha de asegurar la comprensión por parte del deudor del acuerdo al que se llega. Para ello, la entidad prestamista le debe trasladar información suficiente sobre las consecuencias jurídicas y económicas del aplazamiento, con o sin ampliación del plazo del préstamo afectado. Esta información, siendo ciertamente más reducida que la establecida con carácter

88 A estos efectos, se entenderá por seguro de protección de pagos aquel que cubre la contingencia de desempleo o la incapacidad temporal del deudor asegurado.

89 A estos efectos, se entenderá por seguro de amortización aquel que cubre al deudor ante las contingencias de fallecimiento o invalidez sobre la totalidad o parte del capital del préstamo.

general en el ámbito de la contratación de crédito inmobiliario (la denominada «FEIN»), constituye una pieza clave que asegura la comprensión del alcance y de los efectos de la moratoria por parte del deudor, como mecanismo necesario para una adecuada prestación del consentimiento y aceptación de la moratoria. Junto con ella, la norma prevé el suministro de información sobre la extensión de los seguros, en su caso, durante el tiempo de duración de la moratoria convencional.

Se trata así de reforzar la seguridad jurídica en este nuevo contexto, cumpliendo los estándares de protección al consumidor establecidos por la normativa europea y asegurando que el deudor recibe en la fase precontractual la información oportuna sobre las principales características, riesgos y costes de la operación. Asimismo, se establece que el notario que autorice la escritura deberá realizar, además del control de legalidad ordinario, la comprobación de que la operación cumple con las condiciones establecidas en el RDL 19/2020 y en el acuerdo sectorial correspondiente.

Tanto la información simplificada como la propuesta de acuerdo para establecer esta moratoria sectorial serán entregadas por la entidad gratuitamente en soporte duradero al deudor por cualquier medio, incluidos los telemáticos y los servicios de banca electrónica de que disponga la entidad financiera, siempre que permitan acreditar el contenido y la entrega al deudor.

El acuerdo de moratoria convencional podrá ser firmado por el prestatario y, en su caso, los fiadores y avalistas, de manera manuscrita, mediante firma electrónica, por el sistema de otorgamiento del consentimiento que tuvieron fijado contractualmente el deudor y la entidad financiera, o por cualquier otro medio que permita obtenerlo válidamente. En todo caso, el medio empleado deberá dejar constancia del contenido y de la fecha en la que se presta el consentimiento. Para su inscripción en el Registro correspondiente, el acuerdo de moratoria deberá constar en documento público, cuando, conforme a las reglas generales, resulte exigible.

La inscripción de la moratoria en el correspondiente Registro tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no cuente con el consentimiento de estos.

Asimismo, se establecen una serie de ventajas respecto a los aranceles notariales —por la elevación a público del acuerdo suscrito— y registrales —por la inscripción en el Registro correspondiente—, en los mismos términos que para la moratoria legal.

Los preceptos sobre moratoria regulados por el RDL 19/2020 tienen la consideración de norma de ordenación y disciplina, lo que permitirá activar el control de su cumplimiento por parte del Banco de España.

Entrando en el contenido de los acuerdos sectoriales, y sin perjuicio de las especialidades que cada asociación representativa de entidades ha considerado necesario establecer, para cuyo análisis se ha de consultar el correspondiente texto aprobado y publicado, con carácter general resulta que los requisitos para acceder a este tipo de moratoria son distintos a los requeridos para la moratoria legal. En particular:

- En el Acuerdo Sectorial promovido por la AEB, en su Término 3.1, sobre los Beneficiarios del Acuerdo Sectorial, se establece que serán: «Los clientes personas físicas, titulares de préstamos concedidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del Estado de Alarma en España, que no tengan operaciones con incumplimientos en el sentido de la Circular 1/2013 del Banco de España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, verse afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica u otras circunstancias equivalentes.»
- En el Acuerdo Sectorial promovido por CECA, en su Término 3.1, sobre los Beneficiarios del Acuerdo Sectorial: «Los clientes personas físicas, que no tengan operaciones con incumplimientos de más de dos recibos o cuotas el 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del Estado de Alarma en España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, verse afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica u otras circunstancias equivalentes.»
- En el Acuerdo Sectorial promovido por la UNACC, en su Término 3.1, sobre Beneficiarios del Acuerdo Sectorial: «Los clientes personas físicas, titulares de préstamos concedidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del Estado de Alarma en España, que no tengan a dicha fecha, 14 de marzo, operaciones con incumplimientos en el sentido de la Circular 1/2013 del Banco de España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, verse afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica u otras circunstancias equivalentes.»
- En el Acuerdo Sectorial promovido por ASNEF, en su Término 3.1, sobre Beneficiarios del Acuerdo Sectorial: «Los clientes personas físicas, y pymes titulares de préstamos o créditos concedidos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, fecha de la declaración del Estado de Alarma en España, que no tengan operaciones con más de dos incumplimientos

(deuda vencida e impagada) en el sentido de la Circular 1/2013 del Banco de España, y que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 puedan tener dificultades para atender sus obligaciones de pago.»

El plazo de solicitud de esta moratoria sectorial se estableció, en un primer momento, desde la fecha de adopción de los acuerdos sectoriales —abril de 2020, variando el día según el acuerdo sectorial— hasta el 29 de septiembre de 2020. Durante este período, las moratorias sectoriales hipotecarias tendrían una duración de hasta doce meses y las no hipotecarias, hasta seis. En caso de que previamente se hubiera concedido la moratoria legal —que alcanza hasta tres meses—, este plazo de doce y de seis meses —hipotecaria y no hipotecaria, respectivamente— sería el máximo que habría de computar por ambas moratorias —legal y sectorial—.

Posteriormente, este plazo de solicitud de moratoria sectorial se amplió hasta el 30 de marzo de 2021, si bien con una serie de particularidades, que serán objeto de análisis en el siguiente apartado de esta exposición.

Igualmente, con carácter general en todos los acuerdos sectoriales se establece que las entidades adheridas a cada uno de ellos se obligan a dar respuesta a los solicitantes de estas moratorias en un plazo máximo de 30 días desde la fecha de presentación de la solicitud, junto con la documentación que cada entidad establezca en su página web como documentación necesaria para acreditar la condición de beneficiario del acuerdo sectorial. A tales efectos, la entidad adherida podrá considerar suficiente una declaración responsable del solicitante o exigir aquellos documentos acreditativos que considere pertinentes.

Igualmente, se establecen normas especiales respecto a los efectos de la moratoria y formas de instrumentalización.

4.3 Ampliación del plazo inicial de solicitud de moratorias

El primer plazo de solicitud de moratorias —tanto hipotecarias y no hipotecarias como legales y sectoriales— alcanzó hasta el 29 de septiembre de 2020. Posteriormente, se estableció un nuevo plazo de solicitud, que abarcó hasta el 30 de marzo de 2021, incluido, de acuerdo con el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico⁹⁰.

Este real decreto-ley adapta a nuestro ordenamiento jurídico la ampliación del plazo de solicitud de moratorias llevado a cabo por la EBA mediante la Directriz EBA/GL/2020/15.

⁹⁰ En adelante, RDL 3/2021.

Este nuevo plazo de solicitud afecta a moratorias tanto legales como sectoriales, ya sean hipotecarias o no hipotecarias.

La duración de la moratoria concedida —legal, si se cumplen los requisitos anteriormente estudiados para su adopción, o sectorial, en caso de no cumplirlos— será, como máximo, de nueve meses.

Podrán optar a la moratoria aquellos titulares que no la hubieran solicitado previamente, así como quienes hubieran disfrutado de una o de varias moratorias por un plazo total acumulado inferior a nueve meses. Cumplido este plazo de nueve meses en el que se esté aplicando la suspensión de obligaciones, no cabe su ampliación ni la aplicación de otro tipo de moratoria. Así, aplicada la moratoria legal durante nueve meses, no cabe una nueva moratoria —en este caso, sectorial— por otros nueve meses.

Las moratorias concedidas después del 30 de septiembre de 2020 podrían tener una duración máxima de nueve meses. No obstante, las moratorias concedidas antes del 30 de septiembre de 2020 podrán seguir teniendo una duración superior a los nueve meses, conforme a las condiciones vigentes en el momento de su otorgamiento. Las concedidas entre el 30 de septiembre y la entrada en vigor del RDL 3/2021 —el 4 de febrero de 2021— mantendrán las condiciones y la duración por las que fueron concedidas en su día.

Sea como fuere, se observa que, procediendo la moratoria legal, ya fuere hipotecaria o no hipotecaria, se ha ampliado el plazo de su duración, que pasa a ser de nueve meses (antes, tres).

No obstante, si procediera la aplicación de la moratoria sectorial —porque no se reúnen los requisitos para la aplicación de la moratoria legal—, el RDL 3/2021 establece una variación de la duración máxima de ella, que pasa a ser de nueve meses, sin distinguir entre moratoria hipotecaria y no hipotecaria, como sucedía anteriormente. En todo caso, dada la especial naturaleza de esta moratoria, se requiere la adopción del correspondiente acuerdo por parte de las asociaciones representativas y la subsiguiente adhesión a él por las entidades que en ellas están representadas.

Siendo esto así, en el momento de la edición de esta Memoria consta la publicación de las siguientes adendas a los acuerdos sectoriales: al promovido por la AEB, de 14 de diciembre de 2020; por la CECA, de 15 de diciembre de 2020, y por la UNACC, de 30 de diciembre de 2020. Según aquellas, en las moratorias solicitadas y concedidas a partir del 30 de septiembre de 2020 regirá un plazo máximo de nueve meses para la moratoria sectorial hipotecaria y de seis para la no hipotecaria. Por su parte, ASNEF había aprobado una adenda al Acuerdo Sectorial el 21 de diciembre de 2020, en iguales términos que los anteriores, que fue objeto de modificación el

10 de febrero de 2021, estableciendo que la moratoria de los préstamos o créditos personales pasaría a tener un plazo de hasta un máximo de nueve meses, según solicite el cliente.

La información sobre las moratorias concedidas se debe seguir remitiendo al Banco de España, si bien ya no diariamente, sino de forma semanal.

4.4 Moratorias relativas a determinados sectores de actividad: turismo y transporte por carretera

El turismo ha sido una de las actividades económicas más afectadas por la crisis sanitaria del coronavirus. Con el fin de paliar las dificultades financieras con las que se encuentra este sector de actividad, el RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo⁹¹, ha establecido, entre otras medidas, una moratoria sobre aquellos préstamos hipotecarios que tienen como garantía un bien inmueble que se encuentre afecto al desarrollo de una actividad turística en España; en particular, hoteles y alojamientos turísticos similares, así como aquellos otros de corta estancia y agencias de viaje.

A diferencia de los tipos de moratoria analizados hasta el momento, esta moratoria se refiere de forma exclusiva a operaciones hipotecarias y su beneficiario puede ser una persona física —trabajador autónomo— o jurídica que experimente dificultades financieras como consecuencia de la crisis sanitaria, quedando excluidos aquellos en concurso de acreedores desde antes de la declaración del estado de alarma.

A efectos de la aplicación de esta moratoria, se considera que existen dificultades financieras a consecuencia de la emergencia sanitaria cuando los deudores hipotecarios hayan sufrido en el promedio mensual de los meses de marzo a mayo de 2020 una reducción de ingresos o de facturación de, al menos, un 40 % respecto al promedio mensual de los mismos meses del 2019.

Esta moratoria se pudo solicitar desde el 7 de julio de 2020 —fecha de entrada en vigor del RDL 25/2020— hasta las mismas fechas que se establecieron para la moratoria legal y sectorial. Así, en un primer momento, hasta el 29 de septiembre de 2020, para después establecerse un nuevo período de petición hasta el 30 de marzo de 2021, de acuerdo con el RDL 3/2021.

Su duración alcanza hasta doce meses. En todo caso, no procede su aplicación cuando el préstamo hubiera sido objeto de una o de varias moratorias legal, sectorial o voluntaria que alcancen conjuntamente los doce meses.

91 En adelante, RDL 25/2020.

Mientras dure esta moratoria, tan solo se abonan los intereses de la deuda hipotecaria, no amortizándose el capital. En lo que se refiere al importe aplazado —capital no amortizado—, cabe la posibilidad de extender la duración del préstamo el tiempo que duró la moratoria o de redistribuir su importe entre las cuotas restantes sin modificar la fecha pactada de vencimiento.

Asimismo, se bonifica el pago de los aranceles notariales y del Registro de la Propiedad a los que dieran lugar las operaciones de implementación de esta medida, así como de cualquier tipo de impuesto o gravamen.

Por otro lado, se establece otro tipo de moratoria para el sector del transporte público de mercancías y discrecional de viajeros en autobús mediante el RDL 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda⁹².

Esta moratoria consiste en el aplazamiento de los pagos de cuotas de los contratos de préstamo, *leasing* y *renting* que los autónomos y las empresas utilizan para la adquisición de los autobuses y de vehículos de transporte público de mercancías de más de 3,5 toneladas de masa máxima autorizada, incluyendo el transporte de carbón de centrales térmicas. No obstante, esta moratoria no será de aplicación en el caso de autobuses vinculados a la prestación de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general en el marco de un contrato con una administración pública o sujetos a obligaciones de servicio público en la fecha de entrada en vigor del RDL 26/2020 (9 de julio de 2020).

Para la aplicación de esta moratoria se requiere que el autónomo o persona jurídica haya sufrido, en el promedio mensual de los meses de marzo a mayo de 2020, una reducción de ingresos o de facturación de, al menos, un 40 % respecto al promedio mensual de los mismos meses de 2019.

No resultará de aplicación esta moratoria si la operación financiera hubiera sido objeto de impago total o parcial de alguna de sus cuotas desde antes del 1 de enero de 2020 y estuviera en mora a fecha 9 de julio de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 26/2020). Tampoco si se hubiera declarado el concurso del deudor con anterioridad a la declaración del estado de alarma.

Su duración será de hasta un máximo de seis meses, siendo los plazos de solicitud iguales al resto de las moratorias establecidas (en un primer momento, hasta el 29 de septiembre de 2020 y, tras el RDL 3/2021, hasta el 30 de marzo de 2021).

92 En adelante, RDL 26/2020.

La suspensión de pago se refiere exclusivamente a la parte del principal de las cuotas, de forma que los deudores seguirán pagando la parte correspondiente a los intereses. El importe aplazado se podrá abonar mediante la ampliación del plazo de vencimiento en un número de cuotas equivalente a la duración de la moratoria, o bien mediante la redistribución de las cuotas sin modificación del plazo de vencimiento y sin alterar el tipo de interés aplicable.

Las normas reguladoras de estos dos tipos de moratoria tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

4.5 Supuestos analizados

A lo largo de 2020 se han presentado ante el DCE numerosas reclamaciones en las que los clientes mostraban su disconformidad por la actuación de su entidad respecto a la moratoria solicitada, ya fuera por su denegación, incumplimiento de formalidades o porque existían discrepancias interpretativas de la norma.

Han sido diversos los motivos ofrecidos por las entidades para denegar las moratorias legales, tanto sobre la hipotecaria como sobre la no hipotecaria. La actuación de este DCE ha consistido en verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16 del RDL 11/2020 y comprobar si la operación financiera estaba dentro del ámbito de aplicación de la norma.

- En ocasiones, las denegaciones de moratoria se han basado en que el cliente ya estaba desempleado con anterioridad a la declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, o bien no estaba desempleado en el momento de efectuar la solicitud (p. ej., porque era pensionista). En otros casos, la garantía del préstamo hipotecario no era la vivienda habitual del prestatario (p. ej., segunda vivienda, local adquirido por herencia), o bien la finalidad del préstamo hipotecario no había sido la adquisición de la vivienda habitual del cliente —aunque la garantía sí era dicha vivienda habitual— (p. ej., la finalidad fue la adquisición de una licencia de taxi, la refinanciación de deudas, la reforma de un local). Otras veces, el solicitante de la medida y propietario de la vivienda era una persona jurídica. Y, en otras, no se cumplían los límites relativos a los ingresos en el mes anterior a la solicitud, al ser estos superiores a tres veces el IPREM. En la medida en que las denegaciones de la moratoria se ajustaban a lo dispuesto en el RDL 8/2020 y en el RDL 11/2020, se consideró que la actuación de la entidad se había ajustado a la normativa de aplicación.

- Asimismo, se han planteado supuestos en los que los titulares del préstamo eran dos deudores solidarios, quienes estaban divorciados. Solicitada la moratoria por uno de ellos, que reunía los requisitos para estar situado en situación de vulnerabilidad, el otro prestatario discrepaba con su concesión en tanto no la había solicitado y no reunía los requisitos exigidos por el artículo 16 del RDL 11/2020. Este DCE concluyó que los requisitos de vulnerabilidad debían concurrir en ambos deudores y tanto uno como otro debían haber solicitado expresamente la moratoria.
- En alguna ocasión, tratándose de préstamos hipotecarios convenidos al amparo de los sucesivos planes estatales de vivienda, la entidad dejaba en suspenso la concesión de la moratoria hasta que no se dilucidara cómo afectaría esta a la condición del préstamo. Ello quedó resuelto tras la aprobación del artículo 33 del RDL 26/2020, donde se estableció el mantenimiento de la condición de convenidos de los préstamos concedidos al amparo de los sucesivos planes estatales de vivienda, aunque se acojan a las moratorias reguladas por la pandemia del COVID-19, siempre que la suspensión sea de la cuota íntegra del préstamo, amortización de capital más intereses. Se salvaguardan así otros beneficios y subvenciones, vinculados al cumplimiento de los requisitos establecidos en los correspondientes planes estatales de vivienda, que han disfrutado o todavía pueden estar disfrutando los prestatarios.
- Existen expedientes en los que el reclamante mostraba su disconformidad con la denegación de la moratoria legal por razón de existir cuotas impagadas anteriores al estado de alarma. En estos casos, se ha indicado que, de acuerdo con el artículo 16 del RDL 11/2020, la situación de vulnerabilidad económica debe tener su origen en la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que se han de cumplir conjuntamente todas las condiciones definidas en dicho artículo. Aun cuando la entidad entendió que el origen de las dificultades económicas del prestatario no tenía su origen en la emergencia sanitaria, al existir cuotas impagadas anteriores a la declaración del estado de alarma, este DCE indicó que, salvo mejor criterio de los tribunales de justicia, ni el RDL 8/2020 ni el RDL 11/2020 exigen como condición inexcusable que los préstamos hipotecarios se encuentren al día del pago de cuotas en el momento en el que tenga lugar la solicitud de la moratoria.
- Por el contrario, en este aspecto las moratorias sectoriales ofrecen distinto tratamiento, ya que los acuerdos suscritos por las asociaciones

representativas imponen expresamente limitaciones a su formalización en caso de existir cuotas impagadas.

- Como ya ha quedado explicado al estudiar los distintos tipos de moratoria, la legal supone la suspensión del cobro de la cuota hipotecaria en su totalidad, tanto la parte destinada a amortización de capital como la asignada al cobro de intereses, y en la sectorial tan solo se suspende el cobro de la parte dedicada a la amortización de capital, debiendo pagar el cliente los intereses correspondientes. Este DCE ha emitido pronunciamientos contrarios a la actuación de aquellas entidades que han redirigido la solicitud de su cliente al estudio de la moratoria sectorial, sin verificar previamente si se cumplían los requisitos y resultaba de aplicación la legal, informando de ello fehacientemente a su cliente.
- Por otro lado, las demoras en la resolución de las solicitudes presentadas, así como la falta de motivación de las denegaciones practicadas, han implicado pronunciamientos contrarios a la actuación de las entidades afectadas.
- Algunos reclamantes también han discrepado porque la concesión de la moratoria —legal— no fue automática tras la presentación de su solicitud, aun cuando quedó acreditado, en algunos de los casos, que no se reunían los requisitos para su aplicación. Este DCE ha referido que, antes de aplicar la moratoria, se ha de verificar que se cumplen los requisitos establecidos, de forma que ha de quedar acreditado que el deudor se encuentra en situación de vulnerabilidad económica. De forma contraria, si no se cumplen los requisitos, no procede la aplicación de la moratoria solicitada. Ello resulta de la propia norma y, así, respecto a la moratoria hipotecaria legal, el artículo 8 del RDL 8/2020 establece que esta procede «cuando concurren en el deudor todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto Ley 11/2020», debiendo implementarse, en ese caso, en un plazo de 15 días. Por lo que se refiere a la moratoria no hipotecaria legal, el RDL 11/2020 indica en el artículo 21 que esta procede cuando el prestatario «se encuentre en situación de vulnerabilidad económica», y el artículo 24, que «acreditada la situación de vulnerabilidad económica, el acreedor procederá a la suspensión automática de las obligaciones derivadas del crédito sin garantía hipotecaria».
- En el ámbito de la moratoria sectorial, las asociaciones representativas de las entidades han plasmado, de forma unánime, en los acuerdos suscritos que se ha de dar respuesta a las solicitudes presentadas en un plazo máximo de 30 días desde su presentación, junto con la «documentación necesaria para acreditar» el cumplimiento de requisitos para su concesión.

Finalmente, se han dado casos en los que la entidad comenzó a aplicar la moratoria y, transcurridos los meses, verificó que no se daban los requisitos para su concesión, procediendo entonces al cargo de las cuotas que habían sido suspendidas junto con intereses de demora y gastos por reclamación de posiciones deudoras —que, con carácter general, devolvía al interponer la reclamación—. En los casos analizados, este DCE ha verificado si procedía, o no, la aplicación de la moratoria correspondiente, verificando el cumplimiento de los requisitos normativos y centrándose, principalmente, en la transparencia y en la información ofrecida al deudor respecto a la situación generada. En la mayor parte de los casos, respecto a esta última cuestión, el DCE ha considerado que las entidades no actuaron con la diligencia debida.

5 Avaluos y garantías

5.1 Introducción

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con las figuras del aval, la garantía, la fianza⁹³ o el afianzamiento⁹⁴, fundamentalmente en dos condiciones:

- En la de avalistas, en aquellos casos en los 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 ellas el obligado principal y la otra 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 a las entidades por riesgo —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

93 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 caso de no hacerlo este último.

94 «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.

—y, en consecuencia, el cese de la obligación de pago de las comisiones por riesgo—.

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.

5.2 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.

Como criterio clasificatorio que atiende a la mayor o menor extensión de los derechos y facultades del beneficiario, el esquema 2.3 recoge la clasificación que tradicionalmente se viene haciendo de las garantías.

Otro elemento fundamental de la arquitectura jurídica de las garantías, muy relevante para la resolución de las reclamaciones, 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.

CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Garantías simples	<p>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.</p> <p>Las características más relevantes de las fianzas son los denominados «beneficios del fiador»:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Beneficio de excusión: el fiador no puede ser compelido a pagar mientras el obligado principal sea titular de bienes o derechos suficientes para hacer frente a la obligación. – Beneficio de división: si concurre una pluralidad de fiadores, la obligación de responder a la deuda se divide entre todos y el acreedor no puede reclamar a cada fiador, sino la parte que le corresponda satisfacer. – Beneficio de orden implica que el fiador ha de ser reclamado después de haberlo sido el obligado principal.
Garantías solidarias	<p>Aquellas en las que se excluyen los «beneficios del fiador» antes explicados: excusión, división y orden.</p>
Garantías independientes o autónomas	<ul style="list-style-type: none"> – Su nota distintiva consiste en la inversión de la carga de la prueba que llevan aparejada. Así, 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.

FUENTE: Banco de España.

- 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 aval⁹⁵.

En la R-201912931 —resuelta en el ejercicio 2020—, la parte reclamante manifestaba su disconformidad por el cobro de comisiones con motivo de un aval cuya vigencia había expirado en 2018, según establecía su

95 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».

literal. La entidad, por su parte, sostenía que el aval recogía un plazo de garantía y no de caducidad. A la vista del documento, este DCE consideró la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros, pues la literalidad del texto no permitía deducir claramente si se había pactado un plazo de garantía (señalando, por ejemplo, la necesidad de entregar el original del aval o un documento suscrito por el beneficiario para que la entidad lo cancelase de forma definitiva) o de caducidad (con una referencia a que, una vez llegada dicha fecha, quedaría extinguido el compromiso, y el banco, liberado de todas las responsabilidades contraídas).

También puede citarse la R-202003313, en la que, habiendo establecido los textos de garantía un plazo de caducidad con fecha cierta, de conformidad con las buenas prácticas, no procedía el devengo de las comisiones trimestrales, cargadas por adelantado en esas fechas en concepto de riesgo, ya que, aunque la póliza contemplaba el cobro de las comisiones por adelantado, condicionaba la obligación de su abono al hecho de que subsistieran los efectos o responsabilidades derivados de la garantía o aval prestado por el banco.

- 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.

5.3 Problemática habitual y criterios generales para su análisis

A lo largo de diferentes ejercicios, este DCE 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 los 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 los que las entidades de crédito han actuado como emisoras de avales y garantías, la citada Circular del Banco de España 5/2012⁹⁶ 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

96 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 [...]»

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, 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.

Relativo a esta cuestión, se resolvió en este ejercicio 2020 la R-201913403, en la que la parte reclamante denunciaba que existía un aval a su favor con un importe máximo garantizado y una póliza de garantía que establecía el cobro trimestral del 1 % de comisión sobre ese importe máximo. Sin embargo, la entidad bancaria aumentó de modo unilateral el importe avalado y, así, también el de las comisiones trimestrales. Este DCE consideró que del texto literal del aval no resultaba evidente el derecho de la entidad bancaria a modificar al alza el límite del riesgo y comisiones. Y que, en línea con lo previsto en el artículo 1288 del Código Civil, no era acorde con las buenas prácticas bancarias que la entidad efectuara una interpretación unilateral del contrato, sino que debía tratar de llegar a un acuerdo previo con su cliente sobre el alcance de lo pactado.

- 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 DCE, se han planteado reclamaciones referidas 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 DCE 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 DCE, 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 DCE, 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.

5.4 Avaless 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, que 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 al 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 la general como la autonómica.

6 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 reembolsables. Estos depósitos pueden ser de dos tipos: depósitos a la vista (cuentas de pago 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 la entidad realiza pagos y cobros en nombre y por cuenta del cliente.

6.1 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 de obligaciones. Para ser titular de una cuenta se necesita, además de capacidad jurídica, tener capacidad de obrar, aptitud que se presupone para todas las personas mayores de edad, salvo 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.

6.1.1 Cuentas de personas con discapacidad

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 la 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, se declare la discapacidad de una persona por sentencia judicial. En estos supuestos, para llevar a cabo la apertura o la disposición de fondos de un depósito, la entidad tendrá que adecuar su actuación al contenido de la sentencia de incapacitación, en que se designa al tutor o, en su caso, al curador, y se establecen los límites, según se trate de una incapacitación total o parcial⁹⁷.

En ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el DCE 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 DCE 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, y, en general, no ha apreciado mala práctica cuando se ha permitido disponer al titular que en ese momento no estuviera incapacitado judicialmente.

En el expediente R-202014961 se discutía por el cliente su baja como cotitular en una cuenta, sin su conocimiento ni autorización. Relataba que tenía la cuenta desde 1996 con su madre, que tuvo un ictus y que en 2016 se le reconoció total discapacidad, y que solo utilizaba la cuenta para hacer ingresos y consultas para comprobar que el saldo cubriría los gastos de la residencia de su madre. La entidad sostenía haber dado de baja al reclamante en la cuenta porque recibió carta de la recién nombrada tutora, que solicitaba que se impidieran cualquier disposición de saldo sin su firma y ordenaba el bloqueo de los fondos. Este DCE

97 Coincidiendo con la elaboración de esta Memoria, ha sido publicada, el 3 de junio de 2021, la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Su exposición de motivos explica que el núcleo central de esta regulación deja de ser la incapacitación de la persona y/o la modificación de su capacidad, para centrarse en el apoyo a la persona que lo precise, y solo cuando el apoyo no pueda darse de otro modo se podrá concretar en la representación en la toma de decisiones. También advierte de que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad lo requiera, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación. La ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación.

no consideró la carta, por sí sola, suficiente para justificar la baja del cotitular, sino únicamente, en su caso, para justificar un cambio en el régimen de disposición de la cuenta de solidario a mancomunado.

6.1.2 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 las disposiciones de cuentas bancarias, a través de sus representantes legales. Por regla general, los legítimos representantes de los hijos menores no emancipados⁹⁸ son sus padres o progenitores, pues ostentan la patria potestad⁹⁹.

En consecuencia, los padres o progenitores pueden abrir cuentas bancarias a nombre de sus hijos 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 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 DCE 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 DCE 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.

98 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.

99 Los padres o progenitores pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia judicial.

En el expediente R-202011170, una madre reclamaba porque, sin su firma, había sido cancelada una cuenta cuyos titulares eran sus dos hijos menores y se hicieron dos transferencias de pequeño importe hacia dos cuentas abiertas a nombre de cada uno de los menores. Afirmaba que el convenio regulador aprobado judicialmente en 2014 establecía la disposición conjunta de las cuentas de los menores. El banco señalaba que los menores eran los titulares de las cuentas de destino y aportaba sentencia de 2018 modificativa de las medidas, atribuyendo la guarda y custodia al padre y refiriendo a la patria potestad compartida, que no conjunta. Entendía la entidad que, entonces, cualquier progenitor podía realizar actos de administración ordinaria sin consentimiento expreso del otro. Este DCE consideró correcta la actuación de la entidad, al atender las órdenes del padre, que estaba ejerciendo la guarda y custodia (aunque la sentencia no era firme), ya que no había faltado a la neutralidad ni a los intereses de los menores. Se valoró especialmente que, si la entidad se negara a atender cualquier acto solicitado por el padre, incluso de mera administración en beneficio de los menores titulares, por el hecho de no concurrir el consentimiento expreso de la madre (a quien el juez ni siquiera atribuyó derecho de visita), paralizando el funcionamiento de la cuenta, se podrían ver perjudicados intereses de los menores.

En otros casos, el DCE 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 representante legal del titular de la cuenta, tras alcanzar el titular, reclamante ante el DCE, su mayoría de edad.

6.1.3 Cuentas de personas jurídicas

Para 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 bastanteo, 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.

Si en una asociación se plantean discrepancias sobre la validez de acuerdos adoptados en juntas de socios, o sobre la legitimidad de nombramientos de cargos directivos, este DCE ha recordado que solo los jueces y los tribunales de justicia son competentes para resolver tales cuestiones y que, en caso de conflicto, mientras los jueces y los tribunales no se manifiesten, cualquier discrepancia entre los miembros de la asociación no puede ocasionar el bloqueo de cuenta y la paralización de la actividad, debiendo actuar las entidades con prudencia —pero también con neutralidad— ante los distintos intereses en juego.

Como ejemplo de la problemática planteada, cabe citar el expediente R-202012310, en el que el motivo de reclamación era que la entidad bancaria había accedido a un cambio de autorizados de la cuenta de una asociación cuando le fue presentada un acta de asamblea general, pero según la reclamante (hasta ese momento, presidenta de la asociación) aquella se celebró de forma ilegal, sin su asistencia como presidenta, y a instancia de persona que se atribuyó indebidamente la condición de secretario, incumpliendo los estatutos y la normativa. Explicaba que la legalidad de la asamblea estaba siendo sometida a procedimiento judicial y, entretanto, la reclamante pedía su restitución como autorizada, por considerar sus intereses lesionados. El DCE no apreció negligencia en el mero hecho de tramitar el cambio de autorizadas en la cuenta, ya que el documento presentado al efecto (un acta firmada por la mayoría de los propietarios de la asociación) tenía apariencia de legalidad y, de hecho, ocasionó la inscripción de los nuevos cargos en un registro. No constando evidencia de que la entidad bancaria, al permitir el cambio, faltara al principio de neutralidad o actuara contra los intereses de su cliente (que, no debe olvidarse, era la asociación de propietarios titular), el DCE no encontró la conducta de la entidad contraria a las buenas prácticas bancarias.

En el expediente R-202012976, el reclamante, que era administrador único y el único autorizado para disponer de la cuenta de una sociedad, y que desde 2015 estuvo ingresado en distintas prisiones, acusaba a la entidad bancaria de que, durante sus años en prisión, permitió que el saldo de la cuenta de su sociedad fuera transferido a otros bancos, sin que él lo hubiera autorizado y sin su conocimiento. Afirmaba que el banco, cuando consintió las disposiciones, conocía su situación y ubicación porque él contactó desde el centro penitenciario donde estaba para solicitar una transferencia; solicitaba la restitución del saldo desaparecido. La entidad desestimó la reclamación alegando simplemente que se había sobrepasado el plazo máximo de trece meses, según la Ley, para rectificación de operaciones no autorizadas. Pero el DCE recordó que ese plazo máximo no opera cuando el proveedor no haya proporcionado al usuario información sobre el movimiento o la operación de pago. Y, como la entidad bancaria no aportaba el contrato de cuenta, ni los extractos y documentos de liquidación para demostrar que los puso a disposición del titular, y tampoco dio explicaciones o rindió cuentas al cliente de su gestión de los fondos durante el período sobre el que reclamaba, el DCE consideró su actuación contraria

a las buenas prácticas y usos bancarios, por faltar a los principios de claridad y transparencia con su cliente y a su deber de colaborar en la resolución de la controversia.

6.1.4 Cuentas de comunidades. Especial referencia a 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 tráfico jurídico. Por ello, el DCE considera que no existe impedimento alguno para que una comunidad pueda ser titular de una cuenta.

Comunidades de bienes

La apertura, disposición y administración de la cuenta de la comunidad de bienes la pueden realizar 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 también quienes, en representación de la comunidad, pueden presentar reclamación, ante su entidad o ante el DCE.

Como ejemplo de las controversias planteadas por comuneros en el seno de comunidades de bienes, cabe citar el expediente de reclamación R-202014209, en el que se discutía un cambio de régimen de disposición (a mancomunado) de la cuenta de una comunidad de bienes que tenía dos comuneros. El reclamante era el comunero que representaba el porcentaje mayoritario en los bienes comunes. En 2004 la entidad bancaria le había permitido abrir la cuenta con su sola firma y durante dieciséis años pudo operar en la cuenta de ese modo, disponiendo del saldo por sí solo. Reclamaba porque, en determinado momento, la entidad modificó el régimen de disposición a mancomunado y le exigió la firma del otro comunero para hacer disposiciones. Solicitaba que se restituyera el régimen de disposición inicial, con el que la cuenta había funcionado durante esos dieciséis años, y que le permitieran de nuevo operar a él solo, como partícipe mayoritario.

Este DCE recordó que, en las comunidades de bienes, a falta de pactos internos, rigen las reglas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, y 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, la

entidad no aportaba ninguna evidencia de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, conflicto entre los dos comuneros) que justificaran la adopción de la medida de cautela aquí discutida, consistente en exigir la firma del otro para operar. Entre los motivos que la entidad mencionaba para justificar su actuación, no incluyó ninguno que no existiera cuando se abrió la cuenta en 2004. Tampoco constaba que la entidad, antes de adoptar la medida, hubiera requerido a los comuneros a efectuar actuación. Por ello, este DCE no consideró la actuación de la entidad suficientemente justificada, ni ajustada a las buenas prácticas o usos bancarios.

Comunidades de propietarios

Mayor incidencia presentan las reclamaciones de comunidades de propietarios. En el caso de comunidades de esta naturaleza, se ha de partir de que, de conformidad con 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, 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 DCE en nombre de la comunidad para plantear quejas o reclamaciones. Para ello debe acreditar su cargo, aportando el acta de la junta en la que se le designó. Este DCE consideró que debía abstenerse de resolver la reclamación planteada en el expediente R-202000238, relacionada con un apunte en la cuenta de la comunidad, por falta de legitimación activa de la reclamante, pues, aunque había sido presidenta de la comunidad de propietarios titular de la cuenta, su mandato ya se había extinguido y no representaba a la comunidad.

Respecto a la posibilidad de que el administrador sea quien represente a la comunidad de propietarios a los efectos de presentar una reclamación ante el DCE, 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 le hubiese sido atribuida expresamente por la junta, hecho que deberá acreditar presentando el acta en la que se refleje esta decisión.

Los siguientes temas se repiten en las reclamaciones en este ámbito:

- i) Legitimidad del presidente y cambio de autorizados en la cuenta

Se han presentado reclamaciones cuyo motivo es que la entidad no reconoce como legítimo a un presidente, a pesar de que aporta un acta que contiene su nombramiento. Otras guardan relación con cambios en

las personas designadas para representar a la comunidad, o de las que estaban autorizadas para la apertura y disposición de las cuentas, y con las discrepancias en el seno de la comunidad sobre la legitimidad de unas y otras para ostentar su representación y hacer disposiciones de fondos. En estos casos, la operativa bancaria habitual de las comunidades puede verse afectada.

El DCE ha manifestado 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. El DCE también ha advertido de que las situaciones de conflictos internos de las comunidades de propietarios son ajenas a la actividad de las entidades de crédito y de 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 DCE la determinación de estas cuestiones.

En el expediente R-202000481 se reclamaba porque la entidad no había atendido una solicitud de cambio de firma en la cuenta de una comunidad de vecinos, que el reclamante y presidente afirmaba haber pedido durante más de un año con innumerables visitas a la oficina y correos, remitiendo la documentación que le requerían, habiendo recibido correos confirmatorios de que todo estaba correcto. Acusaba de mala praxis al personal, por dilatar durante meses el cambio sin ningún argumento válido. La entidad bancaria alegaba que, por el riesgo y dificultades para constituir una válida junta de propietarios por la situación de pandemia de COVID-19, con carácter excepcional decidió prorrogar poderes caducados de cargos de comunidades de propietarios sin necesidad de formalidad específica si el presidente presentaba escrito indicando que, por imposibilidad de reunirse, seguían vigentes los nombramientos anteriores, y que en ese caso el presidente pudo operar en la cuenta acogiéndose a esa posibilidad. El DCE apreció falta de diligencia en la entidad, por no haber tramitado el cambio de autorizados en la cuenta aunque el nuevo presidente le había remitido acta y escrito de conformidad firmado por la presidenta saliente autorizada en la cuenta, sin que la entidad comunicara circunstancias justificativas de su negativa. No obstante, en la fecha del pronunciamiento de este DCE la conducta ya se hallaba rectificadas y la pretensión satisfecha.

ii) Posibles medidas de cautela de la entidad

Este DCE ha manifestado que, de persistir las discrepancias entre comuneros, no resulta contrario a las buenas prácticas bancarias la adopción de medidas de bloqueo, comunicándolas a los interesados.

Pero también hemos 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.

En el expediente R-201911218, se había celebrado una junta de propietarios, considerada irregular por la directiva anterior, en la cual se había nombrado una segunda directiva. Ante la existencia de dos directivas, el banco bloqueó durante más de cinco meses la cuenta, hasta que las dos llegaron a un acuerdo y la entidad levantó el bloqueo. La parte reclamante, que formó parte de la primera directiva, consideraba improcedente el bloqueo y pedía el restablecimiento de la operatividad e indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyendo gastos y comisiones por devolución de recibos. El DCE declaró que, si bien consideraba razonable que la entidad hubiera decidido limitaciones operativas respecto a la cuenta de la comunidad, estas no debieron afectar a la recepción de pagos ordinarios, ni a los pagos que por su naturaleza fueran necesarios para el funcionamiento normal de la comunidad. Pero la entidad había bloqueado la cuenta para todo tipo de disposiciones, desde el comienzo de la incidencia y durante un período de cinco meses, y ese bloqueo total no se consideró razonable, ni ajustado a las buenas prácticas bancarias.

iii) Otros temas

En 2020 se han tramitado diversas reclamaciones relacionadas con el bloqueo de cuentas a comunidades de propietarios por razón de la expiración de la vigencia de los cargos representativos, al no ser posible la celebración de juntas por razón de la pandemia y entenderse decaídos los nombramientos de los órganos de gobierno por el transcurso de un

año (art. 13.7 LPH)¹⁰⁰. No obstante la prudencia con la que las entidades han procedido al efectuar estos bloqueos, el criterio conjunto del Banco de España-Sepblac, que se expone en el recuadro 2.5, es que se aconseja en estas situaciones extraordinarias que los cargos deban entenderse tácitamente prorrogados¹⁰¹. Por ello, la adopción de medidas restrictivas solo sería procedente en tanto concurrieran razones para pensar que tales cargos podrían haber sido revocados, se haya procedido al nombramiento de otros nuevos o existan discrepancias significativas al respecto en el seno de la comunidad afectada.

6.1.5 Cuentas de no residentes

Las entidades deberán hacer constar la condición de no residente del titular de la cuenta o del 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 para 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 DCE reclamaciones de clientes no residentes, motivadas porque la entidad ha procedido al bloqueo de sus cuentas durante un determinado período, con las consecuencias que de ello se derivan en el caso de una cuenta de pago, 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

100 Una excepción al régimen del derecho común se encuentra en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que establece en su artículo 553-15-1 a 553-15-4, apartado 4, dentro de la regulación del «Régimen jurídico de la propiedad horizontal», que «los cargos son reelegibles, duran un año y se entienden prorrogados hasta que se celebre la junta ordinaria siguiente al vencimiento del plazo para el que se designaron».

101 Al cierre de la presente Memoria, se ha promulgado el RDL 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, que se han de aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma, en cuyo capítulo II se establecen una serie de medidas extraordinarias aplicables a las juntas de propietarios de las comunidades en régimen de propiedad horizontal. Entre ellas, la prórroga hasta el 31.12.2021 de los nombramientos de los órganos de gobierno, aunque a la entrada en vigor del presente real decreto-ley hubiera expirado el plazo legal o estatutariamente establecido.

cumplimentación de la declaración de residencia fiscal que había vencido, en principio, el bloqueo no se considera 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.

6.1.6 Cuentas soporte de patrimonio protegido

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, regula los mecanismos de protección patrimonial de personas con discapacidad y favorece la constitución de patrimonios protegidos y la aportación a ellos de bienes y derechos a título gratuito. La masa patrimonial que constituye el patrimonio protegido —sin personalidad jurídica propia— queda vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario, que solo puede ser persona afectada por cierto grado de discapacidad pero en la que no es necesario que concurran las causas de incapacitación judicial del artículo 200 del Código Civil ni que haya sido incapacitada judicialmente. El patrimonio lo constituye el discapacitado beneficiario si tuviera capacidad de obrar suficiente. En otro caso, sus padres o su tutor, curador o guardador de hecho. Al constituirlo, se aportan ciertos bienes o derechos. Tras ello, cualquiera con interés legítimo puede hacer aportaciones a título gratuito.

Cuando se constituye el patrimonio, se puede establecer cualquier régimen de administración, siendo posible que un beneficiario, aunque tenga capacidad de obrar suficiente, no tenga la administración de ese patrimonio protegido, sino otra persona. Así sucedió en el expediente R-202002547, en el que reclamaba la madre del titular de una cuenta que, teniendo un 66% de discapacidad pero capacidad de obrar, había constituido un patrimonio protegido sobre su cuenta existente y en la escritura de constitución había nombrado administradora del patrimonio a la reclamante. Sospechando que su hijo había sido engañado para hacer transferencias a entidades extranjeras, la reclamante discutía que la entidad bancaria permitió las disposiciones del saldo, sin informarle a ella como administradora ni darle acceso a la cuenta. La entidad admitía que, conforme a la escritura de constitución del patrimonio protegido, procedía establecer restricción en la cuenta para ingresos y disposiciones, pero alegaba que no disponía de un producto que pudiera adecuar en su operativa a los requerimientos que estableció la escritura, y que el titular solo podía ser declarado incapacitado judicialmente. Habiendo sido contratada la cuenta cinco años antes, a la entidad le fue entregada la escritura de constitución de patrimonio protegido, pero mantuvo el tratamiento de la cuenta como a la vista ordinaria con libre disposición del titular, y solo la bloqueó cuando el titular fue incapacitado judicialmente y la reclamante nombrada curadora. Como la entidad, al recibir la escritura, ni incorporó como autorizada a la reclamante, administradora del patrimonio, ni le recabó instrucciones sobre

la administración de la cuenta, y le privó así de información periódica sobre la evolución del patrimonio y de facultades dispositivas sobre él, y tampoco advirtió oportunamente de que la cuenta soporte del patrimonio no era el producto adecuado para su gestión, este DCE apreció posible vulneración de la normativa en su actuación, tanto por falta de diligencia en la ejecución de órdenes del cliente cuando entregó escritura de constitución del patrimonio protegido como por omisión de explicaciones adecuadas acerca de que la cuenta no era adecuada para la gestión del patrimonio creado, y por falta de remisión de comunicaciones a la administradora del patrimonio.

6.2 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 —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 reglamento¹⁰² 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, incluidos el bloqueo o la cancelación de estas, en los casos en los que consideren que los intervinientes no han sido debidamente identificados.

¹⁰² 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.

En el epígrafe 6.4.18 de este capítulo se exponen en detalle los criterios de este DCE en relación con la implementación de medidas restrictivas motivadas por exigencias derivadas de la aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

6.3 Información al público sobre comisiones, intereses y tipos de cambio

6.3.1 Comisiones e intereses. Documento Informativo de las Comisiones: información pública y sitio web de comparación

En relación con las comisiones y los intereses, la normativa de transparencia¹⁰³ 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 intereses¹⁰⁴.

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, salvo los asociados a cuentas de pago, como veremos a continuación. Esta información 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, de conformidad con 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 —que desarrolla el RDL 19/2017—, las entidades que ofrezcan cuentas de pago deben entregar gratuitamente, a clientes y potenciales clientes, antes de la contratación de cualquier cuenta, un documento estandarizado, en papel o en 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

103 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.

104 Circular del Banco de España 5/2012, anejos 1 y 2, en vigor desde el 1 de enero de 2013.

anexo 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, antes de contratar una cuenta, pueda conocer y comparar las comisiones de todas las cuentas de forma fácil y, con esa información, elegir la que más le convenga.

El DIC también se debe publicar en lugar destacado en los establecimientos comerciales y sitios web de cada entidad.

El Banco de España ha desarrollado en Internet un comparador de comisiones de cuentas bancarias, que permite cotejar las distintas comisiones que las entidades financieras ofertan a sus posibles clientes, a partir de la información que las propias entidades facilitan en el DIC antes de la formalización del contrato. En este documento, la entidad informa a potenciales clientes sobre las comisiones que aplica por la utilización de los principales servicios asociados a cada cuenta, y permite [comparar las comisiones entre cuentas](#), de la misma entidad o de otra.

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](#).

6.3.2 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».

La operativa con divisas está liberalizada en España. Los tipos de cambio son libres y fluctúan cada día. Normalmente, presentan un valor diferente para compra y para venta de la divisa.

En la operativa de compra y de 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 la divisa, según los casos.

Son frecuentes las reclamaciones cuyo motivo es que el tipo de cambio aplicado no coincide con los tipos de cambio oficiales publicados ese día por el Banco Central Europeo (BCE).

Conviene aclarar que las entidades no tienen ninguna obligación de aplicar en sus operaciones los tipos de cambio de divisa oficiales, que son los que el BCE publica en su página web y se corresponden con los aplicados a la negociación de las divisas principales entre distintos bancos centrales. Estos tipos oficiales se utilizan para determinar la cotización o cambio oficial *a efectos de lo dispuesto en la legislación vigente*, pero no tienen por qué coincidir con los tipos que las entidades efectivamente aplican en sus operaciones, que, como hemos dicho, son libres.

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 realizadas a partir del 19 de abril de 2020, el legislador europeo, tras revisar el Reglamento (CE) 924/2009 en lo que respecta a comisiones cobradas por pagos transfronterizos y publicar el nuevo Reglamento (UE) 2019/518, de 19 de marzo de 2019 (*DOCE* de 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, desde el 19 de abril de 2020, al ofrecerse servicios de conversión de divisas en cajeros automáticos o en 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 de 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 BCE.

Algunos ejemplos de expedientes resueltos en 2020 sobre el tipo de cambio aplicado en operaciones de divisas con clientes son los siguientes:

- El expediente R-202002208, en el que el reclamante consideraba que le habían aplicado un tipo de cambio abusivo cuando adquirió coronas suecas y danesas, y pedía el reembolso de la diferencia respecto a los tipos oficiales publicados en la fecha de la transacción. La entidad alegaba que los tipos aplicados estaban pactados en la orden de cambio firmada y habían sido debidamente publicados en su sitio web. Este DCE, si bien recordó que no le compete opinar sobre el carácter abusivo, concluyó que la actuación de la entidad no había sido correcta, porque, tratándose de operaciones inferiores a 3.000 euros a las que se refiere la norma cuarta de la Circular 5/2012, aportó los documentos que contenían los tipos de cambio aplicados a las operaciones el día cuestionado, pero no los acompañaba de prueba alguna de que la información contenida en tales documentos había sido extraída de la página web de la entidad, o proporcionada al cliente por otro medio.
- El expediente R-202001307, en el que la parte reclamante manifestaba que, habiendo preguntado a la entidad por vía telefónica sobre el tipo de cambio euros-libras esterlinas, cuando acudió a la oficina bancaria ocho días después a recoger las libras el importe del cargo en cuenta no se correspondía con el tipo que días antes le habían comunicado telefónicamente. La entidad alegó que ni le constaba la llamada, ni quedaba acreditado ningún compromiso de mantener días después el tipo de cambio supuestamente comunicado en la llamada. Recordó que el mercado de tipos de cambio está sujeto a continua fluctuación y concluyó que la reclamante había consentido el tipo de cambio mediante su firma

en la orden. El DCE apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en el hecho de que, siendo la operación de cambio de divisa inferior a 3.000 euros, la entidad bancaria no aportaba información extraída de su página web que acreditara el tipo de cambio que aplicaba en la fecha cuestionada a operaciones inferiores a esa cuantía, o prueba alguna de haber proporcionado esa información a clientes por otros medios adecuados.

6.4 Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos

La Orden de Transparencia recoge en su artículo 8.1 los requisitos que toda comunicación, referida a cualquiera de los servicios bancarios, debe cumplir: ser clara, fiel, transparente y suficiente, sin ocultación de los riesgos inherentes y sin omitir o desnaturalizar ninguna información relevante.

6.4.1 Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados

El apartado 3 del artículo 8 establece que, con motivo de cada liquidación de los intereses o de 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 reflejarse el rendimiento (o coste, cuando se trate de operaciones de activo) efectivo remanente de la operación. La referida circular ha establecido modelos normalizados de liquidaciones en su norma undécima y en su anejo 4.

6.4.2 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, 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 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.

Para cuentas de pago, desde 2020, también durante el mes de enero de cada año, los proveedores de servicios de pago deben facilitar a los clientes gratuitamente el *Estado de Comisiones*, uno por cada cuenta de pago que el cliente tenga contratada, que será en papel al menos cuando se solicite, en el que incluirán todas las comisiones aplicadas durante el año natural anterior por los servicios asociados a cada cuenta de pago, con importes unitarios y totales, y también los tipos de interés acreedor y de descubierto aplicados al saldo de la cuenta, y el importe total de los intereses acreedores y por descubierto devengados ese año.

6.5 Publicidad de los depósitos

Desde que entró en vigor la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, no existe autorización previa de la publicidad, sino control posterior por parte del Banco de España. La reciente Circular del Banco de España 4/2020, de 26 de junio, incluye un anejo con los principios y criterios a los que debe ajustarse la publicidad de productos y de servicios bancarios.

Ante determinadas reclamaciones en las que se pretende que este DCE emita un pronunciamiento acerca del alcance de algunas campañas comerciales de las entidades referidas a las condiciones aplicables a ciertos depósitos y, en definitiva, que se interpreten 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 (en relación, de forma específica, con la rentabilidad o los «regalos» ofrecidos, con las comisiones, etc.), procede señalar:

- En relación con el contenido de los anuncios publicitarios de los depósitos, la publicidad referida a servicios bancarios debe ser clara, equilibrada, objetiva y no engañosa, con lenguaje sencillo y fácil de comprender, evitando información ambigua, sesgada, incompleta, contradictoria o confusa, y sin omitir información necesaria para que el destinatario pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa. Debe indicarse el carácter publicitario del mensaje cuando no resulte evidente por el contexto. Además, la publicidad sobre depósitos que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras, como comisiones o gastos aplicables, o haga referencia a su coste o rentabilidad para el público, deberá expresar dicho coste o rentabilidad en términos de tasa anual equivalente (TAE), mediante un ejemplo representativo determinado de forma clara, concisa

y destacada. A la TAE se le dará relevancia frente al tipo de interés nominal (TIN), de forma que capte la atención del público. Cuando exista remuneración en especie, debe indicarse expresamente que está sujeta a tributación, y advertir de que no existe remuneración en efectivo. La valoración del producto, a efectos del cálculo de la TAE, debe ser la que resulte de la legislación tributaria. Tanto la retribución en efectivo —si la hubiese— como la retribución en especie deben tenerse en cuenta para el cálculo de la TAE.

- El Banco de España tiene la potestad administrativa de requerir a la entidad financiera emisora de la oferta la cesación o la rectificación de la publicidad financiera que no se ajuste a la normativa.
- Si, por el contrario, se estimara que las piezas publicitarias o las comunicaciones promocionales cuestionadas pudieran hallarse incardinadas en los supuestos previstos por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, 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 debe dirimirse ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, según la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, que afecta a los depósitos a la vista, de ahorro y a plazo, en la publicidad ocupará un lugar destacado la información sobre el nivel de riesgo y liquidez. El objetivo es que los clientes tengan una información estandarizada, que de forma fácilmente comprensible y visual clasifique los productos con una escala de colores y numérica —o solo numérica— para advertir sobre su posible riesgo y alertar sobre la liquidez y la complejidad, y sobre la identidad y la cobertura máxima del fondo de garantía de depósitos al que la entidad esté adscrita.

6.6 Embargos de saldos depositados 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, se pueden anotar adeudos en la cuenta en virtud del 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, 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 si el embargo se ordena en el curso de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial.

Con ocasión de algunas reclamaciones presentadas por titulares de los depósitos afectados por una orden de embargo, este DCE 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 DCE 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 (en cuanto las reciben y practican la retención del saldo correspondiente, dando cumplimiento a aquellas), 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.

Si este DCE siempre ha recomendado vivamente a las entidades que comuniquen de inmediato a sus clientes las retenciones por embargo, más aún lo ha hecho: i) en los casos en que, por el relato del reclamante, se puede deducir que el saldo de la cuenta no debe ser embargado porque procede de ingresos que, por su naturaleza y cuantía, según el mandato del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (al que luego aludiremos), son inembargables y su embargo sería nulo, y ii) en supuestos de embargos ordenados por una autoridad judicial, debido a que habitualmente son muy breves los plazos que transcurren desde la retención hasta que el juez o el tribunal ordena a la entidad que transfiera el saldo retenido.

Procede aquí mencionar, entre otros, el expediente R-202012968, en el que la parte reclamante denunció un cargo por embargo porque no se lo comunicaron de inmediato ni le facilitaron la orden judicial, supuestamente recibida. Ponía de manifiesto, además, su delicada situación, por ser pensionista con pensión mínima e hijos a su cargo, y afirmaba que con el embargo le habían causado un gran problema económico y que el dinero embargado procedía de su pensión. Este DCE, aunque recordó la obligación de la entidad de acatar las órdenes de embargo recibidas, también advirtió acerca de la necesidad de que las entidades bancarias aporten al expediente de reclamación las órdenes de embargo que reciben y sus comunicaciones al cliente sobre la retención, que deben ser inmediatas y contener los datos del embargo; entre otros, la autoridad embargante. El DCE consideró que, en ese caso, la actuación de la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, porque no aportaba prueba ni de haber notificado al cliente de inmediato la retención practicada, ni de haberle notificado el cargo hecho dos días después, cuando se ejecutó el embargo, al transferir el saldo retenido para cumplir la orden judicial. El embargo no lo es nunca de la cuenta o del 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 el que tiene entrada la orden de embargo en la entidad bancaria. Además, como han recordado nuestros tribunales en diferentes sentencias¹⁰⁵, de ello se deriva que la ejecución del embargo no puede producir un descubierto por insuficiencia de saldo en cuenta en el momento en el que se practica el correspondiente adeudo, pues, en caso de que el saldo fuese inferior a la cantidad embargada, al ejecutar la 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 R-202018910, el motivo de reclamación era un cargo en cuenta por embargo que se hizo cuando en la cuenta no había suficiente saldo, retirando el dinero de un recibo ya pagado, sin notificación o aviso alguno del embargo, sin consentimiento para la devolución del recibo y siendo el saldo inferior al salario mínimo interprofesional. Este DCE consideró que la actuación de la entidad resultaba apartada de las buenas prácticas bancarias y pudo incumplir los artículos 51 y 55 del RDL 19/2018, porque: no trabó el saldo cuando recibió la orden de la autoridad administrativa, faltando así la diligencia profesional, devolvió dos días después recibos ya asentados, sin consentimiento ni conocimiento del titular de la cuenta, no aportó la orden de embargo para poder comprobar el momento de su recepción y sus términos exactos, y no demostró haber avisado al cliente de la retención y cargo por embargo por el medio acordado para comunicaciones.

¹⁰⁵ 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.

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 realizar 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 el artículo 607 de 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 de reclamación R-202003134 se discutía que la entidad bancaria hubiera colaborado cumpliendo una orden de embargo, que el reclamante calificaba de ilegal y nulo de pleno derecho por falta de competencia territorial, pues lo ordenaba el Ayuntamiento de Jerez y la cuenta estaba domiciliada en Madrid. El DCE se vio en la necesidad de recordar al reclamante que la entidad bancaria es mera intermediaria entre autoridad embargante y embargado, pero no es competente para decidir acerca de la legalidad del embargo, y debe limitarse a cumplir la orden, reteniendo el saldo y advirtiéndolo de inmediato al titular, debiendo el titular de la cuenta embargada acudir ante la autoridad embargante para plantear su opinión acerca de la posible ilegalidad o nulidad de pleno derecho de la orden de embargo dictada.

6.6.1 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 el 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 veinte 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 embargo¹⁰⁶.

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

¹⁰⁶ 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.

administrativas de diversa índole, las normas tributarias establecen el procedimiento que se ha de seguir en el embargo de bienes o de derechos en entidades de crédito o de depósito.

6.6.2 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 que la entidad bancaria no hubiera recibido comunicación en contrario por parte del recaudador ejecutivo de la Seguridad Social.

En el expediente R-202005237, la reclamante denunciaba que un embargo ordenado por la Seguridad Social se había practicado en su cuenta en descubierto. Pedía que se rectificaran los cargos por embargo y por gastos de descubierto. La entidad, en sus alegaciones, atribuyó la responsabilidad del descubierto a la reclamante, por no mantener el saldo necesario sino retirarlo en efectivo tres días después de haberle sido notificado el embargo. Este DCE no encontró prueba de que la entidad hubiera trabado el saldo en su momento y advertido al cliente del descubierto posterior, sino que, por el contrario, concluyó que la entidad no hizo la retención, pues permitió al cliente retirar el saldo que se había de embargar y así, al ejecutar el embargo una vez transcurrido el plazo de diez días que la Ley prevé para embargos de la Seguridad Social, se generó el descubierto. No obstante, la actuación global de la entidad no fue calificada finalmente de contraria a las buenas prácticas bancarias, dado que, antes de la emisión de informe por el DCE, ya había subsanado su error con diligencia, retrocediendo todas las liquidaciones que había practicado por el descubierto.

En el expediente R-202015185, también se discutía la ejecución de embargos en descubierto, esta vez unos ordenados por la Tesorería General de la Seguridad Social y otros por la Agencia Tributaria. La reclamante ponía de manifiesto lo delicado de la situación en que se encontraba tras los embargos, por estar en

desempleo y con un menor a su cargo. El banco alegaba que, después de la notificación de la traba, las restantes disposiciones se habían hecho minorando el saldo disponible, y en su caso en descubierto al amparo de la posibilidad que contemplaba el contrato de cuenta, dentro de las competencias comerciales de las sucursales para autorizar riesgos. El DCE consideró la actuación de la entidad apartada de las buenas prácticas, no solo porque no aportó la orden de embargo recibida, sino también por no haber trabado el saldo en el mismo momento en el que recibió la orden de la autoridad administrativa, faltando así a la diligencia profesional que le resultaba exigible. Se apreció en la documentación que, a pesar de lo que la entidad alegó, la cuenta siguió funcionando con normalidad y no reflejó descubierto o saldo deudor hasta el momento en el que se cargó el importe del primer embargo, siendo que el cliente hasta entonces continuó haciendo disposiciones sin ser consciente del descubierto que tendría que afrontar cuando se ejecutara el embargo.

6.6.3 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 con 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 embargo¹⁰⁷. Después, en cuanto el juzgado se lo ordene, deberá consignar, sin dilación alguna, la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial que se le indique.

El DCE 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 DCE 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,

¹⁰⁷ 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.

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 que 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 caso de cuentas corrientes con varios titulares, este DCE 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 DCE 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-202009108 se reclamaba por la ejecución de una orden judicial de embargo que no se comunicó oportunamente. Este DCE consideró la actuación de la entidad apartada de las buenas prácticas bancarias, porque no demostró ni la retención inmediata del saldo que se había de embargar, ni la comunicación de esta al cliente. Se recordó a la entidad la necesidad de la inmediata comunicación de la retención, con independencia de que esta durase un plazo muy breve en embargos judiciales, apenas unos días, hasta que el juzgado ordena transferir el importe embargado a la cuenta de consignaciones. Del extracto resultó que, a pesar de lo que la entidad alegó, no retuvo el saldo existente el día en el que recibió la orden, pues la parte reclamante pudo disponer de él en efectivo ese día, y solo días después se generó el descubierto, cuando el embargo se ejecutó, actuación que este DCE no consideró ajustada a las buenas prácticas bancarias.

7 Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas

7.1 Cuestiones generales

Mediante el contrato de depósito a la vista, se permite al cliente ingresar dinero en una entidad de crédito, que queda obligada a su reembolso cuando el titular lo solicite y habitualmente (si es una cuenta de pago), 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.

Tradicionalmente, la entidad solía ofrecer al cliente una remuneración o interés por el dinero depositado en la cuenta, al tipo pactado, y en ocasiones cobraba una comisión fija por las operaciones incluidas en el servicio de caja, si bien, como veremos, en un contexto de tipos de interés bajos o negativos esta situación está cambiando

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, si bien para la cancelación debe seguirse 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 RDL 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.

Desde el 1 de julio de 2020 está vigente la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, que desarrolla el RDLSP en sus aspectos relativos a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a servicios de pago, derogando la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Tanto el RDLSP como la Orden ECE/1263/2019 se aplican necesariamente a consumidores y a microempresas. Para empresas medianas o grandes (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, en todo o en parte, del Título II del RDLSP («Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco»), o de la Orden ECE/1263/2019, que lo desarrolla.

7.2 Cuentas de pago básicas

El ámbito de aplicación del RDL 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 de 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 ella¹⁰⁸, 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 del 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 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](#).

108 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.

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 los que todos los titulares y autorizados de una cuenta de esta tipología se encuentren en esa situación. La gratuidad se mantendrá durante 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 2.3, sobre la regulación de las cuentas de pago básicas.

Durante el ejercicio 2020, dos temáticas son, en síntesis, las que han dado origen a la problemática de reclamaciones analizada por el Banco de España en relación con este producto regulado:

- Las relacionadas con la denegación de la apertura de cuentas de pago por nuevos clientes. Así, por ejemplo, en el expediente de reclamación R-202003834, 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, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo¹⁰⁹.

El DCE 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 RDL 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 DCE emitió un pronunciamiento contrario a la entidad, por posible vulneración de su deber de información a la clientela sobre la cuenta de pago básica.

¹⁰⁹ Véase el recuadro 2.5 («Criterios conjuntos de buenas prácticas Banco de España-Sepblac»), donde se describen los casos en los que el DCE se abstendrá de emitir pronunciamiento contrario a la entidad en el supuesto contemplado expresamente en el artículo 4 del mencionado RDL 19/2017.

REGULACIÓN SOBRE 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 *online* 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 del orden público, y
- el cliente ya es titular en España de una cuenta.

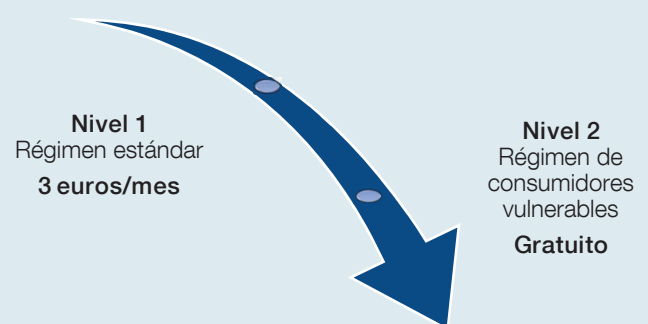
En cuanto al *régimen de comisiones* previsto para este tipo de cuentas, el legislador ha optado por establecer un sistema estructurado en dos niveles, en función del colectivo al que se aplique: *un primer nivel*, de comisión ordinaria, establecida con carácter general para aquellas personas que cumplan 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 de 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 del 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 que 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



FUENTE: Banco de España.

No obstante, si la solicitante no acredita encontrarse dentro del ámbito subjetivo de aplicación del RDL 19/2017, la entidad podrá denegar el acceso a la cuenta de pago básica. Así ocurre en el expediente de reclamación R-202016886, donde la reclamante aportaba copia de su pasaporte como documento identificativo, a lo que el DCE concluyó que la actuación de la entidad resultaría contraria a las buenas prácticas y usos financieros. No obstante, advirtió a la entidad de la necesidad, atendiendo al espíritu de esta normativa, de ofrecer alternativas de identificación a los solicitantes de este tipo de cuentas.

- Las relacionadas con la denegación de apertura de cuenta de pago básica a clientes con cuentas abiertas en la entidad. Nos referimos con esta casuística a problemas como el planteado en el expediente de reclamación R-202009755, en el que 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. La razón era que el cliente solicitante ya era 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 RDL 19/2017.

Este DCE emitió pronunciamiento favorable a la entidad financiera, por considerar que la denegación se había realizado conforme a la normativa, dado que el real decreto-ley 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.

Un caso singular fue el analizado en la R-202000122, en el que la comunidad reclamante defendía que la comisión de mantenimiento aplicada a su cuenta no podía ser superior a 3 euros y para ello invocaba el RDL 19/2017, de 24 de noviembre, pero la entidad desestimó su pretensión. El DCE consideró justificada la negativa de la entidad y tuvo que recordar que las comunidades de propietarios no están incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de esa normativa, reguladora de las cuentas de pago básicas.

Junto con la actividad de resolución de reclamaciones sobre la cuenta de pago básica, durante 2020 el Banco de España ha llevado a cabo diversas acciones divulgativas, supervisoras y regulatorias en relación con este producto regulado. Información detallada sobre estas actuaciones puede consultarse en el recuadro 2.4.

CUENTA DE PAGO BÁSICA: ACCIONES DIVULGATIVAS, SUPERVISORAS Y REGULATORIAS DEL BANCO DE ESPAÑA

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, y de su normativa de desarrollo, por la que se introdujo en el ordenamiento el producto regulado «cuenta de pago básica», el Banco de España ha venido recibiendo información, a través de los distintos canales a su disposición, de las dificultades prácticas que algunos clientes o potenciales clientes pueden estar encontrando para ejercitar su derecho al acceso a una cuenta de pago básica.

Para el ejercicio de sus diversas competencias, el Banco dispone de **mecanismos directos de información**, principalmente los derivados de las obligaciones de reporte establecidas en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. También cuenta con la información que genera el sistema de consultas y reclamaciones; asimismo, se han mantenido reuniones con diversas asociaciones, agrupaciones, instituciones y organismos que han querido trasladar incidencias por ellos detectadas en este ámbito.

Las dificultades observadas se derivan, por un lado, de su posible colisión con las exigencias derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, donde las entidades tienen fuertes requerimientos regulatorios de conocimiento de los clientes y de su actividad; por otro, surgen cuestiones derivadas de la interpretación de la norma en su vertiente práctica de aplicación.

En este contexto, durante 2020 el Banco de España ha llevado a cabo diversas **acciones divulgativas (orientadas a los ciudadanos) y supervisoras (orientadas a las entidades), así como colaboraciones institucionales** dirigidas a fortalecer y a garantizar el cumplimiento de la normativa sobre cuentas de pago básicas, en consonancia con el ordenamiento jurídico vigente.

Como ejemplo de las **acciones divulgativas**, cabe citar:

- Los contenidos fijos sobre el producto «cuenta de pago básica» que se contienen y actualizan a través el [Portal del Cliente Bancario](#).
- El vídeo dedicado a este producto, de la serie «Universo Financiero», bajo el título «[Planeta Cuenta de Pago Básica](#)».

- Finalmente, los diversos *posts* publicados en el propio [Portal del Cliente Bancario](#), donde destacan: «¿Quién puede abrir una cuenta de pago básica sin comisiones?», «Cuenta de pago básica: ¿realizas más de 120 operaciones con tu cuenta?», «¿Tenemos derecho a que nos abran una cuenta?» y «¿Todavía no conoces la cuenta de pago básica?»

En el **plano supervisor**, se ejercen las competencias relacionadas con el debido cumplimiento de esta normativa.

Así, durante el ejercicio al que nos referimos, el Banco se ha dirigido a las entidades más activas en este segmento de producto para recordarles su obligación de disponer de procedimientos internos robustos que garanticen el conocimiento y el cumplimiento en toda la red de la normativa de ordenación y disciplina aplicable a la apertura y operativa de las cuentas de pago, así como de toda aquella relacionada con estos procesos, garantizando la adecuada y efectiva aplicación de la normativa en materia de cuentas de pago, así como la implantación de mecanismos de información a clientes, actuales y potenciales, sobre aquella.

En relación con lo anterior, el Banco de España les ha recordado que puede recabar información puntual de las entidades sobre los procedimientos que tienen establecidos para la comercialización de las cuentas de pago básicas.

En el área de **colaboración institucional**, entre las principales acciones, pueden destacarse:

- El traslado a la **Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional** de consultas técnicas de interpretación, así como de las dificultades que encuentran tanto las entidades en la aplicación práctica de esta regulación como los ciudadanos, que ven limitado su derecho de acceso a la cuenta de pago básica. Las anteriores cuestiones complican, a su vez, la propia supervisión del debido cumplimiento de la normativa reguladora de dicho derecho.

En esta línea de trabajo, se han trasladado, entre otras, la preocupación del Banco de España por las dificultades prácticas relacionadas con la aceptación como válidos de los documentos que acreditan las tres situaciones personales previstas en el artículo 3

CUENTA DE PAGO BÁSICA: ACCIONES DIVULGATIVAS, SUPERVISORAS Y REGULATORIAS DEL BANCO DE ESPAÑA (cont)

del Real Decreto-ley 19/2017, esto es: i) la residencia legal en la UE; ii) la condición de solicitante de asilo, y iii) la imposibilidad de ser expulsado por razones jurídicas o de hecho.

- También se ha colaborado con la **Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional** de cara a la elaboración del «informe de evaluación» **del uso realizado por los consumidores de las cuentas de pago básicas**, que dicha Secretaría ha de realizar por mandato de las disposiciones adicional tercera del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, y adicional cuarta de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero.

En dichos trabajos, desde el Banco de España se han identificado diversas áreas de mejora regulatoria.

- También se asiste **a los organismos reguladores y supervisores europeos**, atendiendo puntualmente

todos los requerimientos que se reciben sobre estas cuestiones de cara a las potenciales mejoras regulatorias que puedan acometerse para lograr una legislación más clara y equilibrada con los intereses que confluyen en esta materia.

- En cuanto a la colaboración con otros organismos, destaca la respuesta a las consultas recibidas desde la **Oficina del Defensor del Pueblo**, informándole directamente de la situación actual y de las acciones en materia de cuenta de pago básica que se estaban llevando a cabo. También se ha recordado a dicho órgano que los ciudadanos que observen dudas o problemática concreta a la hora de aperturar una cuenta de pago básica puedan plantear su consulta o queja en el marco del procedimiento reglado de reclamaciones, en cuyo seno se analizan las circunstancias particulares de cada ciudadano en lo que a la aplicación de esta normativa se refiere.

7.3 Apertura de cuentas de pago. 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.

La normativa establece una serie de requerimientos que las entidades deben observar, en relación con la información y con las explicaciones previas al contrato, así como con el contenido de este. 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. Y desde el 5 de abril de 2019, 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.

Además, la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros (*BOE* de 5 de noviembre),

conocida como «orden de los semáforos» u «orden de los números», 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 esta orden, interesa destacar que:

- Obliga a las entidades de crédito comercializadoras de depósitos a incluir, tanto en sus comunicaciones publicitarias como en la información previa que han de facilitar al cliente según el artículo 6 de la Orden EHA 2899/2011, un indicador del riesgo y, en su caso, alertas por liquidez y complejidad. Por ejemplo, el número 1 o el color o categoría de menor riesgo se asigna a los depósitos bancarios a la vista o a plazo en euros, mientras que las cuentas o depósitos denominados 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 estructurados¹¹⁰.

Se han planteado reclamaciones que tenían como objeto depósitos denominados en moneda distinta del euro, y el DCE, una vez resaltado el hecho de que estos están clasificados en la clase 6 o de máximo riesgo, de acuerdo con la citada «orden de los semáforos», ha apreciado posible quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias en los casos en los que la entidad no acreditó que hubiese facilitado a sus clientes información sobre todas las condiciones de tales depósitos antes de su contratación.

Y, con el fin de permitir la comparación de comisiones en el trámite de apertura de cuentas de pago, el RDL 19/2017 introduce la obligación de entrega de un DIC estandarizado, que desarrolla la Circular del Banco de España 2/2019. Sobre el contenido y formato específicos de este documento, puede consultarse el recuadro 2.4, sobre el RDL 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.

7.3.1 Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas deben diferenciarse de la información precontractual, pues, aunque son complementarias, son cosas distintas. Dado que la normativa (Orden EHA/2899/2011 y Circular del Banco de España 5/2012) no exige, si bien

110 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.

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, las explicaciones deberán aludir a la existencia del DIC y de la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago.

7.3.2 Información precontractual

Tanto la normativa de servicios de pago como la normativa general de transparencia exigen que, con carácter previo al momento en el 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 debe ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y además estará redactada en términos fácilmente accesibles y comprensibles, especialmente para las personas con discapacidad, de manera legible y siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las comunidades autónomas en las que se preste el servicio de pago, o en otra lengua acordada entre las partes. Para depósitos o cuentas a la vista, la obligación de información previa podrá ser cumplida proporcionando al cliente un folleto, o bien una copia del borrador del contrato, con todas las condiciones que enumera el artículo 14 de la Orden ECE/1263/2019 y constituyen el contenido mínimo del contrato.

Las entidades deberán entregar al cliente la información y las condiciones del citado artículo 14 con suficiente antelación respecto a la fecha en la 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.

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 DCE 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 (exención de comisiones, bonificaciones, especial remuneración, etc.), siempre que cumplan ciertos requisitos (los más frecuentes: domiciliación de nómina, de pensión o de ingresos recurrentes, domiciliación de recibos, cierto número de pagos con tarjeta, etc.). Así, se han presentado ante este DCE numerosas reclamaciones en las que los clientes, de alguna forma, 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, de cualquier 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 DCE 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.

Así, en el expediente de reclamación R-202004582 un cliente denunciaba el cobro en su cuenta de comisiones que calificaba de indebidas y decía que el motivo de la aplicación de tales comisiones había sido su desconocimiento o falta de asesoramiento al contratar. Explicaba que abrió la cuenta corriente estándar y, aunque él y el otro cotitular domiciliaron su nómina, le cargaron las controvertidas comisiones, según él, por falta de información en ese momento, ya que no activaron o contrataron la cuenta nómina, exenta de comisiones de mantenimiento, y la entidad activó el beneficio solo más adelante. La entidad alegó que el cobro de comisiones fue correcto, porque la parte reclamante no solicitó en ningún momento el cambio de tarifa (de la cuenta estándar a la cuenta nómina) y que la mera domiciliación de la nómina no implicaba dicho cambio. El DCE apreció posible quebrantamiento de la normativa, porque la entidad no aportaba prueba suficiente de que, antes de contratar, facilitase al cliente la oportuna información y explicaciones sobre las condiciones que aplicaría en la cuenta, no considerándose cumplida la obligación de entrega de información precontractual por la mera inclusión de la cláusula estándar de recibí de la documentación en la última página del contrato de cuenta.

En el expediente R-202011039, el reclamante discutía que la entidad bancaria no le entregase el obsequio prometido (150 euros) por abrir una cuenta y domiciliar en ella la nómina. De la promoción solo quedaban excluidos los clientes que hubieran tenido nómina domiciliada en los 12 meses anteriores. El reclamante manifestaba que él, en esos 12 meses, no tuvo ingresos por nómina, solo prestación de desempleo, y que en conversación telefónica con el SAC de la entidad le aseguraron que la prestación por desempleo no computaba como nómina a efectos de excluirle de la promoción, pero, una vez abierta la cuenta, le indicaron que no tenía derecho al obsequio. La entidad demostró que, en los 12 meses anteriores, el cliente recibió no solo prestaciones por desempleo, sino también un ingreso en concepto de nómina. Por ello el DCE consideró ajustada a las buenas prácticas bancarias su negativa a entregar el obsequio cuestionado.

Documento Informativo de las Comisiones (DIC). Información pública y en sitios web de comparación

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 o en otro soporte duradero para cada una de las cuentas que ofrezcan. Este documento debe ser breve, de fácil lectura e incluir los servicios más representativos asociados a la cuenta que se ofrecen (los de la lista publicada en el anejo 2 de la Circular 2/2019 del Banco de España), 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, de acuerdo con esta información, comparar y elegir la cuenta que más le convenga.

Ese DIC también se debe publicar en lugar destacado en los establecimientos comerciales y en los sitios web de cada entidad, y es la información contenida en él la que se publicará en los sitios web de comparación de comisiones: en el del Banco de España y, si existen, en los de otros operadores.

Servicios vinculados a la cuenta

Habitualmente se comercializan, conjuntamente con la cuenta de pago, tarjetas de débito y/o de crédito. Las entidades, en tal caso, deben informar al cliente de si es posible o no contratar la cuenta de manera independiente y en qué condiciones. Si solo fuera posible la contratación vinculada de cuenta y tarjeta, se informará de la parte del coste total que corresponde a cada producto y de los efectos que su no contratación o su cancelación anticipada producirían sobre el coste total. Se debe facilitar con la debida antelación toda la información sobre la/s tarjeta/s. En el Documento Informativo de las Comisiones, entre las comisiones aplicables a los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, se incluirá el coste de emisión y de mantenimiento de tarjetas de crédito y de débito.

7.3.3 Formalización del contrato

La entrega y el contenido mínimo obligatorio de los contratos de depósitos a la vista se recogen en el artículo 14 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, a la cual nos remitimos, que resulta aplicable necesariamente cuando el cliente sea un consumidor o microempresa y cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen.

En los expedientes de reclamación en los que la parte reclamante denunció la falta de información o de entrega de documentación y señalaba que, en el momento de abrir la cuenta, la entidad les había recogido la firma a través de una tableta o dispositivo PDA en el que no visualizaban el documento que se había de firmar, el DCE señaló que el hecho de que el consentimiento se recoja a través de medios digitales no debe suponer incumplir las obligaciones de información previa al cliente, y recordó a la entidad bancaria que en tales casos, según la normativa de servicios de pago, a ella le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones informativas contenidas en dicha normativa, y que, por tanto, debe

estar en condiciones de describir y acreditar que el hecho de utilizar medios digitales, para recoger la firma o el consentimiento, no suponga una merma de las obligaciones de información al cliente derivadas de la normativa y de las buenas prácticas bancarias. Todo ello, con independencia de que la firma digital implique garantía de no repudio, de conocimiento inequívoco de quién es el emisor y de la integridad del documento, esto es, que sea el original y nadie haya alterado o modificado su contenido después de su firma.

En el expediente R-202008259, el reclamante denunciaba que, al contratar, firmó en dispositivo electrónico, le entregaron una única hoja y le dijeron que el contrato se lo enviarían por su cuenta digital, pero no hubo ningún envío. Como la entidad no alegó ni aportó prueba en contrario, el DCE apreció posible quebrantamiento de la normativa reguladora de la obligación de informar al cliente con anterioridad a la contratación de la cuenta de pago.

7.3.4 Cuentas en divisas

Este DCE 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.

7.3.5 Integridad del contrato y oscuridad de cláusulas contractuales

Las entidades deben asegurarse de la integridad del contrato que suscriben con sus clientes, de modo que contemple y regule todas las posibles vicisitudes que puedan suceder a lo largo de la 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 su cliente, para que este preste su consentimiento a alguna de las posibles formas de actuación en ese caso.

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 DCE 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 interpretar el contrato del modo que les resulte más favorable, 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-202004669, el reclamante pedía que se instara a la entidad a modificar el contenido del contrato para la mejora de una redacción que consideraba confusa, la relativa al requisito de uso de la tarjeta asociada a la cuenta durante el mes anterior. El DCE recordó al reclamante que, siendo las entidades libres para ofrecer las condiciones de la cuenta que consideren oportunas y para escoger los requisitos de vinculación que debe cumplir el cliente para disfrutar de ellas, el DCE no tenía competencia para requerir a la entidad bancaria para que efectuara la modificación contractual pretendida, pero advirtió a la entidad acerca de la necesidad de que redactara las condiciones y requisitos de la cuenta con respeto a los principios de claridad y transparencia, y de que, si existieran dudas interpretativas sobre el contenido del contrato, no debería prevalecer la interpretación que favorece a quien lo redactó.

7.3.6 Entrega de documento contractual y conservación de documentos

En cualquier momento de la relación contractual, el titular tiene derecho a solicitar y a recibir una copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, en papel o en soporte duradero. De acuerdo con ello, las entidades están obligadas a conservar copia del contrato firmada por aquel (así como el recibí, que podrá constar en el propio documento), debiendo estar en condiciones de ponerla a disposición del cliente siempre que 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 DCE 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 el 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 el que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarle 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.

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 DCE la debida formalización de los contratos, se ha apreciado posible quebrantamiento de la normativa y de las buenas prácticas bancarias, por entender que los 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.

Además, el DCE entiende que el contrato y las condiciones aplicables a la cuenta deben facilitarse a los clientes tan pronto como lo soliciten, pues no se considera buena práctica bancaria demorar la respuesta hasta que se plantee reclamación ante este DCE, ya que ello evidencia un desinterés que contradice los principios de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las partes.

Cuando el objeto de los expedientes de reclamación tramitados por este DCE 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 DCE 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 prevén la norma novena de la Circular del Banco de España 5/2012 y, más específicamente para contratos de cuentas de pago, el artículo 15 de la nueva Orden ECE/1263/2019.

Por este motivo, el DCE concluyó apreciando posible quebrantamiento de la normativa en aquellos casos examinados en los que la entidad reconocía no haber podido localizar el contrato suscrito con el cliente.

El DCE no aprecia quebrantamiento en los expedientes de reclamación cuyo motivo fue que la entidad bancaria no atendió una petición de entrega de contratos en los casos en los que, habiéndose cancelado aquellos en fecha muy antigua, hubiera transcurrido ya el plazo general de prescripción de acciones, o se trató de peticiones inconcretas o manifiestamente desproporcionadas; en tales supuestos, hemos recordado el mandato de nuestro Código Civil de ejercicio de derechos conforme a la buena fe.

En el expediente R-202014503, el reclamante discutía que no fue atendida su petición de entrega de copia de contratos de todos sus productos y del cuadro de movimientos. La entidad bancaria aportó los contratos de préstamo y de seguro entonces vigentes; enumeraba los restantes contratos y explicaba que, atendiendo a las fechas de cancelación, adjuntaba copias de aquellos cuya cancelación había tenido lugar en los seis últimos años. A la vista de la amplitud de la petición, de que la entidad facilitaba ciertos documentos y, además, mostró la disposición de su oficina bancaria para entregar mayor documentación si se concretaba y se abonaba la correspondiente comisión, este DCE no apreció quebrantamiento de la normativa o de las buenas prácticas bancarias en su actuación.

7.4 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.

7.4.1 Disposición de fondos

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 la disposición de fondos deben efectuarse siempre contando con la preceptiva autorización del interesado, como manifestación de su voluntad.

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 9 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 los que se planteen discrepancias sobre ellos.

En el expediente R-202018363 se discutía una modificación de requisitos para beneficiarse de exención, que la entidad alegaba que había comunicado por medio de un buzón de banca electrónica. Pero la reclamante negaba disponer de claves para operar, haber tenido acceso o haber contratado banca a distancia. Como la entidad bancaria no aportó al expediente ni el contrato regulador de la cuenta, ni prueba de entrega de claves a la reclamante para operar en banca electrónica, ni constaba aviso al cliente acerca de la existencia de la comunicación en el buzón de banca electrónica, el DCE no consideró válida o suficiente la comunicación aportada y apreció en la actuación de la entidad vulneración de las buenas prácticas bancarias.

7.4.2 Cuentas plurales o con varios titulares. Régimen de disposición

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.

En el expediente de reclamación R-202003133, el motivo era que un importe ingresado en una cuenta, que procedía de una indemnización por accidente de tráfico de un

menor de edad sin cuenta bancaria (hermano de uno de los cotitulares), se había utilizado para pagar cuotas pendientes de la tarjeta de crédito del cotitular de la cuenta. La entidad alegaba que la facultad de compensación convencional estaba pactada en ese caso, tanto en el contrato de cuenta como en el de tarjeta. El DCE consideró justificada y ajustada a las buenas prácticas bancarias la compensación de fondos, porque el cotitular de la cuenta había acordado con la entidad que la deuda de su tarjeta la cargara en esa cuenta, y el hecho de que los fondos depositados en ella pertenecieran a su hermano era una circunstancia que la entidad bancaria no tenía que saber. Recordamos que la entidad era ajena a los conflictos sobre la propiedad de los fondos que pudieran existir entre el titular de la cuenta y el beneficiario de la indemnización, y que aquellos se deberían resolver en el ámbito privado.

La titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición. 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 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 operaciones que impliquen una disminución del saldo. Este régimen es el aplicable por defecto, 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 se pacta la firma de varios titulares (por ejemplo, dos de tres). Las entidades de crédito deben actuar con diligencia para que no se lleven a cabo disposiciones de fondos pactadas en el contrato sin que conste el consentimiento expreso de los titulares.

Cuentas indistintas (o solidarias)

Cuando una cuenta es indistinta o solidaria, cualquiera de los titulares puede disponer de la totalidad del saldo 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. 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.

En el expediente de reclamación R-202000987, el motivo fue la cancelación del contrato de cuenta a la vista, siendo cotitulares indistintos la reclamante y otra persona (con parkinson y necesidad de ayuda), sin que la reclamante conociera o consintiera la cancelación. El DCE, no constando prueba de que las partes pactasen que la cuenta pudiera ser cancelada por uno solo de los cotitulares indistintos, recordó el criterio de que, para la cancelación de una cuenta, aunque indistinta, debe concurrir el consentimiento de todos los cotitulares, y concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, por no recabar el consentimiento de la reclamante para la cancelación, que supuestamente había pedido solo el cotitular.

Modificación del régimen de disposición

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 DCE 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 (procesos de separación o de divorcio)— 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) en el sentido de que se opone a que la cuenta siga funcionando de forma indistinta o pide 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.

Si se constata la existencia de discrepancias, este DCE 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 todos los cotitulares; se trata de una postura prudente, hasta que los cotitulares se pongan de acuerdo respecto a la propiedad de los fondos.

Descubierto en cuentas indistintas

Aun cuando en cuentas indistintas cualquiera de los cotitulares puede realizar actos de disposición del saldo a través de cualquier medio disponible 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 DCE 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 DCE 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 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 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. 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 cargar en cuenta 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 que ha sido considerado por este DCE, en esos supuestos, alejado de las buenas prácticas bancarias.

7.4.3 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 terceros (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 que 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. 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 DCE tener certeza del momento en el 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 los restantes titulares la han 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 en cada caso fueran refrendadas por el titular de la cuenta, salvo 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 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 la orden de revocación, de forma que exista certeza del momento en el que el autorizado deja de poder disponer legítimamente de la cuenta.

En otros casos, la controversia planteada ante el DCE 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 DCE 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 es 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 DCE 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.

En el expediente 202008485, el reclamante pretendía que se le facilitara usuario y contraseña para operar en una cuenta a través de banca electrónica. La entidad alegaba que aquel no había acreditado la representación que decía ostentar de la titular (su madre), que no era autorizado en la cuenta y que no había aportado poder notarial o sentencia judicial que le capacitase para actuar en nombre de la titular. No constando acreditada la legitimidad del reclamante para representar a la titular, el DCE consideró ajustada a las buenas prácticas, y justificada para velar por los intereses de la titular, la negativa de la entidad a entregar al reclamante usuario y claves para acceder a la cuenta en cuestión.

7.4.4 Disposiciones en efectivo

Reintegros en oficina diferente a la de apertura y modo de disponer

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

Es criterio reiterado de este DCE 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, siendo el principal interés tutelable en estos casos 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. El DCE 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 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 DCE se han planteado casos motivados por la negativa de alguna entidad a permitir al reclamante el reintegro de efectivo en oficina o sucursal distinta de la que es cliente, a pesar de llevar su DNI, 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 el expediente 202001517, el cliente discutía el que la entidad no le hubiera permitido sacar dinero de su cuenta —con saldo suficiente—, a pesar de que se había identificado como titular con su DNI. La entidad le exigía además la presentación de tarjeta o talonario, pero él manifestaba que no disponía de ellos, pues aquella no se los había facilitado. Este DCE analizó el contenido del contrato de cuenta y, al comprobar que en él se contemplaba que la disposición de los fondos se hiciera mediante cheque o transferencia, consideró justificada la exigencia de presentación de talonario para disponer del saldo. Pero, frente a la afirmación del reclamante de que no disponía ni de libreta ni de talonario porque la entidad no se los había facilitado, no hubo réplica por parte de la entidad. Por no haber acreditado el facilitar al titular los medios necesarios para el correcto uso de la cuenta, el DCE consideró la conducta de la entidad apartada de las buenas prácticas.

Restricción del importe de reintegros de efectivo y alternativas sin coste

Como ya hemos señalado anteriormente, los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en forma de cuentas 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 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 normativa alguna que establezca la obligación por parte de los clientes de comunicar con antelación a las entidades de crédito las disposiciones con cargo a las cuentas que excedan de 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 DCE, la entidad debe informar al 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 ofrecerle medios gratuitos sustitutivos a la entrega en efectivo —emisión de cheque bancario, transferencia, abono en cuenta, etc.— que le permitan obtener el cobro sin que intervenga el dinero. Deben ofrecerse estas alternativas, por supuesto, libres de gastos para el interesado, al no venir prestado el servicio (de transferencia, cheque...) por una solicitud específica del cliente, sino para cumplir una obligación que la entidad tiene asumida.

El criterio expuesto en el párrafo anterior es aplicable a cuentas a la vista en las que se acuerde la posibilidad de disposición del saldo mediante dinero en efectivo, esto es, 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.

Aunque resulta posible, y además constituye una práctica frecuente entre las entidades, establecer plazo de preaviso para disponer del saldo de la cuenta a la vista en efectivo (esto es, en billetes y monedas) por encima de determinado importe, aquellas deben facilitar siempre a sus clientes, como ya se ha indicado, un medio alternativo y sin coste para disponer de la totalidad del saldo en el momento en el que lo 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, que podría haber establecido alguna limitación relativa a la disposición de fondos.

Un ejemplo de dificultades a la hora de disponer de una importante cantidad del saldo en cuenta se analizó en el expediente 202002861. En este, la cliente discutía el hecho de que, habiendo manifestado su deseo de retirar en efectivo el saldo de

su cuenta a la vista (183.000 euros) con intención de cancelarla, la entidad obstaculizaba y dilataba la entrega del efectivo, e insistía en que lo hiciera por transferencia o cheque. El DCE no solo consideró la actuación de la entidad apartada de las buenas prácticas bancarias porque no remitió el contrato de cuenta para poder comprobar lo pactado sobre disponibilidad de los fondos, sino que también apreció posible quebrantamiento de los artículos 32 del RDL 19/2018 y 13 de la Orden EHA/2899/2011, por no poner a disposición de la reclamante los fondos en un plazo razonable y por no ofrecerle medios de disposición alternativos al efectivo sin coste.

7.4.5 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 DCE 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.

En el expediente R-202000769, el reclamante manifestaba que tenía una cuenta con condiciones más ventajosas, por ser familiar de un empleado de la entidad bancaria, y la entidad había modificado sus condiciones sin comunicarle nada. El banco explicaba que su actuación en última instancia no era merecedora de reproche, pues, aunque reconocía la existencia de un error inicial, afirmaba haberlo resuelto debidamente con posterioridad, al aplicar a la cuenta las condiciones que le correspondían como familiar. Comprobado que efectivamente la entidad, tras reconocer su error, ya estaba aplicando al reclamante las condiciones más ventajosas de las que disfrutaba antes del cambio, su actuación global se consideró ajustada a las buenas prácticas bancarias.

Sin embargo, en el expediente R-202006337 la conducta de la entidad se consideró apartada de las buenas prácticas, porque se constató que el error denunciado, consistente en demorar uno o varios días la efectividad de un depósito e incumplir así el contrato, no había sido una incidencia puntual como alegaba la entidad, sino un error reiterado, y la entidad no explicó el motivo ni demostró haberlo subsanado con diligencia en cuanto el cliente reclamó, sino que desestimó la reclamación y ocasionó la intervención de este DCE.

Del mismo modo, y con respecto a la corrección de errores, el DCE 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, aplicando su doctrina de los actos propios, 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 R-202003633, el motivo era una solicitud de copia de la autorización de una transferencia de elevado importe realizada en 2008, que el reclamante afirmaba estar seguro de no haber firmado. Reclamaba porque no le facilitaron la copia pedida. Dado el plazo transcurrido desde la realización del movimiento sin que constara reclamación al respecto, el DCE no apreció que se hubieran vulnerado ni la normativa ni las buenas prácticas por el hecho de que la entidad bancaria no atendiera la petición de entrega del documento de autorización.

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 9 de este capítulo, «Servicios de pago».

7.4.6 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.

El DCE 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, y que, a falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 9 de este capítulo, «Servicios de pago».

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 DCE 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.

7.4.7 Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros)

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 DCE 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 DCE 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 DCE 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

El DCE 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, y que, a falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 9 de este capítulo, «Servicios de pago».

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 DCE 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.

7.4.7 Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales y otros)

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 DCE 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 DCE 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 DCE 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

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 DCE que una actitud acorde con las buenas prácticas bancarias requiere que las entidades, por una parte, aclaren y acrediten con exactitud cuáles eran los requisitos exigidos en la campaña de que se trate que el reclamante no cumplía y, por otra, 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.

7.4.8 Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono

Las entidades financieras pagadoras de pensiones y de 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 vengán 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 en el 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, las entidades deben establecer procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la vivencia del pensionista.

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 DCE 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 el que se realice el pago y, como máximo, el cuarto día natural de dicho mes.

En el expediente con referencia R-202003261, el reclamante cuestionaba el retraso con que se ingresaba en su cuenta su pensión de la Seguridad Social. La entidad alegaba que seguía el criterio fijado en la normativa reguladora y

abonaba las pensiones el penúltimo día hábil del mes con fecha valor del primer día hábil del mes siguiente. Advertía que, normalmente, las entidades colaboradoras conocen con anticipación el importe de las próximas transferencias antes de recibir los fondos de la Seguridad Social (a finales del mes anterior al abono), y que, atendiendo a la política comercial de cada una, pueden poner a disposición de los clientes con antelación el importe de la pensión. El DCE, tras recordar que la fecha de abono se regula por normativa que no le corresponde fiscalizar, en este caso comprobó que el importe de la pensión se había abonado antes del primer día hábil del mes, por lo que no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias en la actuación de la entidad.

En el expediente de reclamación R-202001875, el motivo fue también un posible retraso en el abono de pensión. El DCE resolvió también en sentido favorable a la actuación de la entidad, al comprobar que la pensión se había abonado antes del primer día hábil de mes. Advertimos al reclamante de que, si la entidad ofrece la posibilidad de anticipar el abono de la pensión (en ese caso, a beneficiarios que voluntariamente hicieran a partir del 25 de cada mes cualquier operación en cajeros de la entidad con tarjeta o libreta), ese hecho formaba parte de la política comercial de la entidad, en la cual el DCE no podía ni debía inmiscuirse.

7.4.9 Bloqueo de cuentas

En lo que a bloqueo de cuentas se refiere, este DCE 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, 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 algunas casuísticas que se han analizado durante 2019 en relación con esta cuestión.

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.

Revocación del NIF a pyme

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*, 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](#).

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 DCE 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.

Concurrencia de discrepancias entre cotitulares

Se trata de supuestos en los que los cotitulares cursan instrucciones contradictorias e incompatibles entre sí a las entidades, que deben abstenerse de tomar partido por uno u otro de los cotitulares, lo que pudiera dar lugar a la adopción de medidas preventivas como el bloqueo por parte de las entidades y, en su caso, a la consignación del saldo, de persistir las discrepancias y en tanto que no se resuelvan, debiendo las entidades comunicar a los interesados la adopción de la 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.

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 7.4.17 de este capítulo.

7.4.10 Compensación de cuentas

Sobre los traspasos entre cuentas que efectúan las entidades para compensar saldos deudores, este DCE, en consonancia con lo que estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2009, ha señalado en las reclamaciones planteadas 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 las 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, para compensar deudas, el importe de la pensión o del salario de los reclamantes, que discutían el que no se habían respetado los límites que el artículo 607 de la LEC considera mínimos para la supervivencia. En estos supuestos, este DCE 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.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias el DCE considera exigible que las entidades bancarias, al ejercitar el derecho de compensación contemplado en el contrato, desplieguen la 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 DCE considera buena práctica bancaria que la compensación respete las pensiones de las que sea beneficiario el cliente por encontrarse en situación de desamparo, por tener menores a su cargo u otra situación de necesidad; en definitiva, entendemos que 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.

Así, en el expediente R-202013625 el motivo de reclamación fueron dos cargos que la entidad hizo para compensar deudas y absorbieron totalmente el saldo de una cuenta que, según la titular, procedía de su pensión y es el sustento que tenía para vivir; manifestaba su voluntad de pago, pero poco a poco, conforme pudiera. La entidad alegaba que no había compensado la pensión de modo automático una vez recibida, sino que primero dejó a la cliente utilizar una parte para satisfacer sus «mínimos vitales». Este DCE comprobó que el importe de la pensión de la reclamante era inferior al salario mínimo interprofesional, importe que la Ley considera inembargable por estimarlo un mínimo vital, y también comprobó que la entidad, al compensar deudas con esa pensión, solo permitió a la reclamante disponer de una

parte de ese mínimo. Se apreció mala práctica bancaria en la actuación de la entidad, sobre todo por su escueta respuesta a la reclamación, pues, a pesar de que la cliente manifestó que le habían privado de la cantidad que tenía para vivir y que tenía voluntad de pagar, la entidad no mostró suficiente sensibilidad en su respuesta, al no referirse a un posible aplazamiento ni ofrecer a la cliente un calendario de pagos adaptado a sus posibilidades.

7.4.11 Modificaciones contractuales

Formalidades y plazos

La normativa de servicios de pago regula de forma precisa la forma y el plazo en los 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 o en 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 del 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.

El DCE 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, y que 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 afecta la modificación no pueda cancelarse porque se encuentre vinculado a un contrato de préstamo (o a otro producto o servicio), entendiéndose el DCE que las condiciones deben considerarse pactadas de manera inmodificable hasta el vencimiento del préstamo o producto principal y que, por ello, en tales casos, la aplicación de las modificaciones en la cuenta debe considerarse apartada de las buenas prácticas bancarias aun cuando se hubiesen realizado cumpliendo formalmente con los requisitos establecidos en la normativa de servicios de pago.

En todo caso, la normativa prohíbe modificar unilateralmente el coste (o introducir concepto del que se derive un coste) en una cuenta de pago que sea necesario mantener abierta para la gestión de un producto principal, desde el momento de la solicitud de resolución del contrato de cuenta no atendida, siempre que el titular no utilice la cuenta para finalidades distintas de las relacionadas con el producto o servicio para cuya gestión se mantiene abierta.

En el expediente con número de referencia R-202018259, el reclamante manifestaba su oposición a una modificación en la comisión de mantenimiento de su cuenta y pedía que le confirmasen por escrito si debía cancelarla, porque tenía pendiente de cancelar tres mensualidades de un *leasing* y diferentes domiciliaciones. La entidad alegaba, entre otras cosas, que el cliente mantenía productos de activo vinculados a la cuenta y, por tanto, no era posible su cancelación para evitar la nueva comisión de mantenimiento, y que únicamente no se repercutiría si el destino de la cuenta era la exclusiva gestión de los productos señalados, pero comprobaba que había tenido otro tipo de operativa. Este DCE apreció en la actuación de la entidad posible quebrantamiento del artículo 33 del RDLSP, por haber aplicado la modificación a pesar de que no la podía considerar tácitamente aceptada, porque el cliente mostró su oposición a ella. También apreció deficiente funcionamiento del SAC de la

entidad, porque, en su respuesta a la reclamación, no facilitó mayores aclaraciones, como hizo en alegaciones, acerca de que la comisión no la cobraría si el destino exclusivo de la cuenta era la gestión de otros productos; por el contrario, primero se limitó a contestar al cliente que, por una decisión comercial, excepcionalmente iba a abonarle el importe reclamado, y después que desestimaba la reclamación y consideraba correctas las liquidaciones.

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 DCE 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 comunicadas a través de buzones virtuales

En 2020 se han analizado numerosas reclamaciones de clientes que manifestaban su disconformidad por no haber tenido conocimiento previo de las modificaciones en las comisiones que habían sido aplicadas en los contratos de cuenta que tenían suscritos, con antelación suficiente para tener la oportunidad de oponerse y evitarlas rescindiendo el contrato, posibilidad que contempla la normativa de servicios de pago. Y alguna entidad, en su defensa, alegó que la comunicación correspondiente la había remitido al buzón del cliente integrado en la plataforma o banca digital de esa entidad. Sirvan de ejemplo a estos efectos los expedientes de reclamación cuyos números de referencia fueron R-202015883, R-202016195, R-202015999 o R-202015247, presentados todos contra la misma entidad bancaria por una modificación contractual efectuada en la misma fecha, que afectó de forma sustancial a la comisión de mantenimiento de las cuentas de pago.

En estos casos, este DCE 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, los artículos 41.1 y 44.1 de la Directiva 2007/64/CE (el contenido del artículo 44.1 se corresponde con el del 33 del RDL 19/2018) deben interpretarse en el sentido de que 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 DCE considera que las entidades 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 *e-mail* o SMS al correo electrónico o al número de teléfono que consten en la base de datos de la entidad, para avisar al cliente de que tenía dicha información a su disposición en el buzón de e-correspondencia. Si el usuario de servicios de pago está obligado a consultar un buzón o espacio de estas características para tener conocimiento de la modificación, se entiende que la información se pone simplemente a disposición del usuario, pero no se considera debidamente facilitada si no se ve acompañada de un comportamiento activo o aviso por parte del proveedor, que puede consistir en el envío de texto o correo electrónico por un medio de comunicación habitual del cliente con personas distintas de su entidad bancaria.

En consecuencia, este DCE considera que la actuación de las entidades bancarias que notifican futuras modificaciones contractuales por medio de un buzón de banca electrónica es correcta cuando avisa a la vez a su cliente, por algún medio de comunicación de los señalados en el contrato marco (teléfono, correo electrónico, etc.) que el cliente use habitualmente para comunicarse con otras personas, acerca de la existencia de la notificación, y aprecia, cuando no hay aviso, posible quebrantamiento del artículo 33 del RDLS, según la interpretación del citado TJUE.

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 DCE entiende que, en caso de que la modificación de la titularidad esté motivada por la renuncia de uno de los titulares, lo que sucede con frecuencia en caso de cotitulares que sufren procesos de separación o divorcio, la entidad debe limitarse a comunicar al resto de los titulares de la cuenta la modificación pretendida, 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 DCE ha considerado contrario a las buenas prácticas y usos financieros el proceder de las entidades en los casos en los que no han atendido la solicitud de baja cursada por sus clientes, sin mediar causa justificada y motivada, siendo que, como se ha indicado, tan solo han de efectuar la oportuna comunicación a los cotitulares, 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 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 con referencia R-202000531, el reclamante tenía una cuenta como cotitular indistinto con su expareja, con quien estuvo casado en régimen de gananciales. Reclamaba porque, tras su divorcio, se excluyó de la cuenta a la cotitular sin su autorización. Afirmaba que, tras la liberación de su exconyuge, él debía asumir todos los gastos y debieran ir al 50 %. La entidad alegaba que, si bien había recibido oficio judicial que ordenaba embargar saldos de la cuenta, el embargo iba referido exclusivamente al reclamante y no encontraba obstáculo para la baja de la cotitular indistinta con su sola firma, no especificando el reclamante a qué gastos se refería ni aportando justificación documental de ellos. Este DCE, tras recordar que no puede entrar a valorar el reparto de gastos de la cuenta u otras cuestiones incluidas en el estricto ámbito del derecho privado, concluyó que no apreciaba quebrantamiento de las buenas prácticas en el mero hecho de que la entidad atendiera la solicitud de baja que presentó la cotitular indistinta con su sola firma.

7.4.12 Liquidación de la cuenta. Adeudo de comisiones

Comisiones. Comparabilidad de comisiones por los servicios más representativos. Información y terminología normalizada

Una de las cuestiones que con mayor frecuencia originan discrepancias en relación con este producto 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 DCE, partiendo del principio de libertad en 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 se discute 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 cuantía con anterioridad a su cobro.

Interesa advertir de que tanto la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, como el RDL 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, al que la circular desarrolla, introducen nuevas obligaciones informativas para las entidades, con el objetivo de permitir la comparabilidad de las comisiones que afectan a los servicios más representativos 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 la fase precontractual como en la contractual, cuando se refieran a las comisiones por los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, que se incluyen en una lista que se encuentra publicada en el anejo 1 de esta circular, y que son los siguientes: 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. Fija o porcentual

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 (talones 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 los 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).

Este DCE ha conocido, al recibir numerosas reclamaciones sobre el particular, que algunas entidades bancarias han comenzado a liquidar por mantenimiento de la cuenta, en lugar de una cuantía fija, cantidades variables, calculadas como un porcentaje (el 0,4 %, 0,5 %...) sobre el saldo medio en cuentas ya existentes en cuyo contrato las partes acordaron una cuantía fija (mensual o trimestral) o que no se cobraría comisión de mantenimiento. Casi siempre se ha tratado, en los casos analizados, de cuentas con saldos muy elevados, de modo que en la práctica esta comisión está resultando en el adeudo de cantidades importantes para sus titulares, generalmente empresas u organismos públicos que manifestaron que se habían visto sorprendidos por el cambio y que no lo conocieron con anterioridad a su aplicación, para, así, poder oponerse a ese coste, cancelando la cuenta, en su caso.

Este DCE recordó, en tales casos, que la normativa obliga a las entidades bancarias a preavisar de las modificaciones del contrato de cuenta (si no son favorables para el usuario) con dos meses de antelación, de modo individual, por el medio de comunicación pactado.

También recordamos que las modificaciones se deben proponer de forma clara, legible e individualizada, en términos fácilmente accesibles y comprensibles. Por tanto, el DCE ha apreciado mala práctica y posible quebrantamiento de la normativa no solo en los casos en los que la entidad no demostró haber notificado al cliente la modificación en soporte duradero y por el medio pactado para comunicaciones, sino también cuando en la comunicación solo se informó de la comisión en términos de porcentaje, y no también en términos monetarios mediante una simulación y ejemplo, por lo que expondremos a continuación.

Siendo hasta la fecha la práctica o uso bancario habitual expresar la comisión de mantenimiento en forma de cuantía fija y no de porcentaje, este DCE ha entendido —dado que se modificaban contratos de cuenta que no contemplaban comisión de mantenimiento o que incluían una pequeña cuantía fija— que la comunicación que introducía una comisión variable en función de un porcentaje sobre el saldo (que en la práctica podría suponer un aumento de la comisión de gran envergadura, si la cuenta tenía elevado saldo) solo podría considerarse clara, accesible y comprensible para un cliente medio si se acompaña de una simulación o ejemplo representativo que indique un concreto coste que pagar, en términos monetarios. Solo así, entiende este DCE, el titular estaría en condiciones de decidir de modo informado sobre la modificación propuesta, durante ese período de dos meses que tenía para ejercer su derecho a oponerse, rescindiendo la cuenta para evitar la comisión, antes de que se entendiera tácitamente aceptada.

En los casos en los 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 el 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 7.4.14 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 DCE 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 DCE 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 comprensión de la existencia de dos comisiones diferentes por cada uno de los conceptos.

Comisiones de mantenimiento y de administración en cuentas vinculadas

Tradicionalmente, el DCE 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 que se califica 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 el 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 DCE, 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 DCE 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 que 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.

En el expediente R-202007253, el cliente discrepaba de que, en una cuenta que contrató sin comisión de mantenimiento, la entidad le comunicase un cambio que introducía una comisión de mantenimiento trimestral. Explicaba que no podía cancelar la cuenta porque tenía retención por pignoración, y no tenía opción alguna a rechazar el cambio. La entidad alegó que no se trataba de una cuenta soporte aperturada de manera instrumental junto con otro producto, pues su apertura dos años antes había respondido a las funcionalidades y destinos propios de una cuenta de pagos «ordinaria» pero que después, de forma sobrevenida, se había constituido un derecho real de prenda en garantía de una póliza de afianzamiento. Este DCE comprobó que la reclamante no utilizaba la cuenta, que los únicos movimientos eran los de la comisión de mantenimiento y que debía mantenerse abierta de modo obligatorio para dar servicio a la póliza de contragarantía y pignoración, por lo cual apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias en el cobro trimestral de la comisión de mantenimiento, dado que no constaba que, al formalizar la póliza de aval, se informase al cliente de coste alguno por mantenimiento de la cuenta afectada por la pignoración (coste que, además, en su caso, para ser procedente, debía permanecer sin cambios durante la vigencia del aval).

En el expediente R-202003641, el DCE también apreció mala práctica bancaria, esta vez porque el SAC no facilitó una respuesta clara a un reclamante que discrepaba de una modificación unilateral de su cuenta que le resultaba gravosa, pero, según decía, no podía cancelar la cuenta por estar asociada a un depósito a plazo y, si lo cancelaba, perdía los intereses por la penalización; se quejaba de que la entidad había rechazado su petición sin entrar en el fondo del asunto. Este DCE apreció falta de claridad en la respuesta del SAC a la reclamación, porque no mencionó el criterio de las cuentas vinculadas como luego hizo en alegaciones, lo que habría evitado a la reclamante tener que asumir las comisiones si utilizara la cuenta exclusivamente para la operativa del depósito y, en su caso, también podría haber evitado la necesidad de intervención del DCE.

Comisión por retirada de efectivo en ventanilla

En este ejercicio, el Banco de España ha conocido, con ocasión de la tramitación de reclamaciones y consultas, que algunas entidades han comenzado a aplicar comisiones por el servicio de retirada en ventanilla de efectivo de la cuenta.

Al analizar esta práctica, debe señalarse que los usos bancarios y la política de contratación de cada entidad son los que van determinando los servicios que se consideran incluidos en el servicio de caja básico y se retribuyen mediante comisión de mantenimiento, por los que no se debería cobrar comisión adicional.

También se ha de recordar que la Circular del Banco de España 2/2019 establece la lista con los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, partiendo de la terminología estandarizada recogida en el Reglamento Delegado 2018/32 y adaptándola a las particularidades del mercado nacional. En ambos textos se contemplan de forma separada el servicio de mantenimiento de la cuenta y el de retirada en efectivo (en la circular se distingue, además, entre el servicio de retirada de efectivo a débito y a crédito, mediante tarjeta en cajeros automáticos). Por ello, en la medida en que en la regulación vigente uno y otro se configuran como servicios bancarios independientes y con sustantividad propia, *a priori*, podrían ser susceptibles de remuneración por separado, siempre que así se acuerde en el contrato de cuenta, lo que sucederá en los casos en los que la entidad haya configurado el servicio de retirada en ventanilla como diferente del denominado «servicio de caja básico».

No obstante lo anterior, desde el DCE consideramos que una conducta acorde con las mejores prácticas de las entidades —sea cual sea el modelo de negocio que lleven a cabo y la configuración contractual que hagan de los servicios— exigiría que aquellas pongan a disposición de los titulares de las cuentas, al menos, un medio gratuito, accesible y seguro para la disposición en efectivo de los fondos existentes en ellas.

De proceder de otra manera, se estaría cobrando, no por la concreta prestación de un servicio de una determinada forma (la atención en ventanilla), sino por la retirada de efectivo de cuentas en general, restringiéndose su circulación. Esta circunstancia, además de obstaculizar el acceso al único medio de pago de curso legal, incide especialmente en la esfera de los colectivos de ciudadanos con menos capacidades digitales (ya sea por razón de edad, condiciones físicas o por cualquier otra razón), para los que no resulta una opción deseada el acceso al efectivo por medios alternativos, como podrían ser el uso de tarjeta en cajeros exteriores o alguna forma de *cash-back*.

Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular de la cuenta

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 que 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 DCE 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 que el servicio así lo justifique, y 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 9, 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 y por orden permanente

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, en el DIC 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 DCE 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, no se hacía alusión alguna a la comisión aplicable a las transferencias. En todos

los expedientes en los que se reclamaba contra la comisión aplicada al servicio de transferencia (entre otros, el R-202010949), este DCE ha recordado a las entidades bancarias que no solo deberían informar al cliente del precio de las transferencias antes de que se efectúen, sino también antes de formalizar el contrato marco de la cuenta de pago con cargo a la cual se ejecutan. Este DCE considera que el contrato debe informar al cliente sobre todas las comisiones o gastos que se aplicarán por los servicios más representativos asociados de la cuenta de pago, y advierte de que entre ellos se encuentra el de transferencias. Cuando el contrato no incluía el importe de las comisiones por transferencias, se ha apreciado posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, ello con independencia de que la entidad informara en cada caso del importe de la comisión en el momento de ejecutar cada transferencia.

En el expediente de reclamación R-202012297, el motivo de discrepancia lo constituían los gastos y comisiones por la emisión de una transferencia internacional a Cuba. La entidad alegó que el reclamante había ordenado la transferencia por su página web con gastos compartidos, que en su web informaba claramente de que, aunque las transferencias SEPA nacionales o comunitarias en euros eran gratis, para el resto de las transferencias internacionales realizadas por banca electrónica eran de aplicación las tarifas, y que informó al reclamante de forma previa a la ejecución de la transferencia sobre la existencia de corresponsales y la posibilidad de que estos pudieran cobrar gastos o comisiones. Este DCE apreció en la conducta de la entidad posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela, en la medida en que en el documento contractual no se refería a transferencias internacionales ni especificaba los gastos y comisiones por el citado concepto, y tampoco aludía en él a que puedan existir corresponsales o a la posibilidad de que estos repercutieran gastos adicionales.

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 cuyo objeto es resarcir a la entidad de los costes incurridos en 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 cuyo fin es la recuperación del saldo y evitar situaciones más perjudiciales para ambas partes, como el vencimiento anticipado de la operación o el ejercicio de acciones judiciales.

En fechas recientes, ciertas circunstancias han propiciado que el DCMR haya revisado los criterios tradicionales de buenas prácticas bancarias que en su día

elaboró para el adecuado cobro de esta comisión. En primer lugar, la nueva y relevante normativa de protección del cliente de servicios bancarios requería analizar su mejor encaje en la contratación bancaria, adoptando una posición acorde con su naturaleza y fundamento¹¹¹. En segundo lugar, la sentencia n.º 566/2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹¹², de 25 de octubre de 2019, que exige que la repercusión de este cargo se alinee con el contenido de esta.

Así, los nuevos criterios de buenas prácticas que este DCE actualmente exige para la repercusión de gastos por reclamación de posiciones deudoras son:

- 1 Será *imprescindible su previsión y concreción en la información precontractual y contractual*, de modo transparente y de acuerdo con el contenido mínimo de la Orden EHA/2899/2011¹¹³ y de la Circular del Banco de España 5/2012¹¹⁴, así como de las especificidades que la normativa sectorial reserve a cada tipo de producto o servicio bancario.

111 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.

112 Sentencia n.º 566/2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2019, 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 que se debe aplicar, toda vez que la valoración de las cláusulas contractuales es competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

113 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.»

114 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.»

2 Además, *en dicha información* se deberá recoger lo siguiente¹¹⁵:

- El importe concreto de los gastos que se han de 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.
- Las comunicaciones deberán ser respetuosas con la privacidad del cliente, proporcionales a los deberes de información y no resultar excesivas.

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.

¹¹⁵ 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 DCE.

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 que 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 DCE 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.

En el expediente R-202017911, la reclamante discutía el cobro de gastos por remisión de correspondencia en papel, que según decía no necesitaba. La entidad comunicó en sus alegaciones su decisión de reembolso de los gastos de correspondencia aplicados desde el momento en el que la reclamante pidió el cese de envío de papel. Este DCE consideró que el contrato no gozaba de la necesaria claridad para que, al firmarlo, la titular fuera consciente de que le cobrarían gastos por el envío de información en papel, pues aquel contemplaba tanto la remisión física de la información en formato papel si lo solicitaba el cliente como la remisión a través de canal a distancia, pero no advertía de que el envío en papel no sería gratuito. Por ello, se apreció en la actuación de la entidad bancaria posible incumplimiento del artículo 30 del RDLSP.

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 siguiente apartado 7.4.13, «Descubierto en cuenta, expreso o tácito»).

7.4.13 Descubierto en cuenta, expreso o tácito

El descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas, por lo que, salvo pacto expreso en contrario, son aquellas, y no estos, las que deciden si se adeuda en cuenta una determinada partida, a pesar de que el saldo no sea suficiente.

La normativa de aplicación a estos supuestos es el RDLSP, sin perjuicio de lo dispuesto en la LCCC, en aquellos casos en los que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esta naturaleza (art. 2.3 del RDLSP).

Se debe indicar aquí, a los efectos que nos ocupan, que el ámbito subjetivo de aplicación de la LCCC se ciñe a los consumidores, definidos como las personas físicas que, en las relaciones contractuales reguladas por dicha ley, actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. En su artículo 4, recoge los supuestos de aplicación parcial de la ley; entre ellos, los descubiertos expresos y los tácitos. El descubierto tácito se define en el artículo 4.2 de la LCCC y se regula en su artículo 20, textos a los que nos remitimos en aras de la brevedad.

Además del contenido de la LCCC, se incluyen previsiones para los descubiertos tácitos en cuenta en el artículo 4.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y en el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, según los cuales:

- Las entidades que permitan descubiertos tácitos en cuentas de depósito deberán publicar las comisiones, 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 intereses y comisión por descubierto. Límite y criterio 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 20.4¹¹⁶ 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 DCE ha observado que algunas entidades realizan liquidaciones de descubierto por períodos de seis meses. A la vista de estos casos, el DCE 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 por 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 DCE entiende que el período de liquidación no debería extenderse más allá de los tres meses, teniendo como fundamento el apartado II del anexo I de la LCCC, que dispone, entre otras

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

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».

Comisión por descubierto, expreso o tácito

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 DCE 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 DCE, 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 7.4.12, «Liquidación de la cuenta»), pues retribuyen servicios distintos. Mientras que la comisión por reclamación de posiciones deudoras se aplica por las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el saldo impagado, la comisión por descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad al 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.

En el expediente R-202014585 se discutía una comisión por descubierto aplicada, que el reclamante consideraba elevada y ponía de manifiesto que se cobró por un descubierto que solo duró dos días. La entidad bancaria alegaba que la comisión

respondía a un servicio efectivamente prestado y estaba redactada en el contrato con claridad, concreción y sencillez, cumpliendo con los criterios de transparencia. Este DCE, no compartiendo esta última opinión de la entidad bancaria, apreció vulneración de las buenas prácticas bancarias, por falta de claridad en la redacción de la documentación contractual en lo relativo al descubierto, ya que: junto con el porcentaje que se había de cobrar no se mencionó que se aplicaría al mayor saldo deudor del período, el DIC no distinguió entre descubierto tácito o expreso, el contrato advertía que la entidad bancaria no estaba obligada a permitir descubierto tácito pero regulaba con detalle el descubierto expreso y sus límites máximos, y, así, permitía interpretar que el descubierto de la cuenta no podría sobrepasar esos importes máximos. Por último, la información precontractual se firmó en la misma fecha del contrato y no con antelación.

7.4.14 Obligaciones de información a los clientes

Información 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 ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, determina en su artículo 16 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 Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, 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 17.1 y 18.1, que incluirá, al menos: fecha, concepto e importe y gastos, y, en su caso, tipo de cambio.

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 DCE 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.

i) **Extractos mensuales**

El DCE, 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 DCE 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 17.2 y 18.2 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, 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 DCE sobre la cuestión.

En expedientes de reclamación relacionados con peticiones de documentación no atendidas (duplicados de extractos, justificantes de movimientos, etc.), el DCE, en general, no aprecia quebrantamiento de las buenas prácticas cuando se trata de unas pretensiones de remisión de extractos o justificantes de movimientos muy antiguos de contratos ya cancelados, o la petición fue inconcreta o desproporcionada. Hemos recordado en tales supuestos el mandato de nuestro Código Civil de ejercicio de derechos conforme a la buena fe, y que la obligación de las entidades, según la normativa, es entregar información periódica y la documentación relativa a movimientos de la cuenta o copia del contrato al titular que lo pida durante la relación contractual.

Un ejemplo de expediente en el que se analiza esta problemática es la R-202001163, en la que la pretensión del reclamante era que la entidad le remitiera una serie de documentación que enumeraba detalladamente (certificaciones, copia de los contratos, anotaciones bancarias, liquidaciones y, en general, cualquier documentación que constase recibida o suscrita por él). Este DCE no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas en la conducta de la entidad bancaria, porque, habiendo recibido el reclamante extractos, la entidad había manifestado que accedía a la entrega de duplicados, o de información complementaria, previo pago por el reclamante de la comisión que tenía establecida.

ii) Estado de Comisiones

La reciente normativa (RDL 19/2017, de 14 de marzo, desarrollado por la Circular 2/2019, de 4 de abril) introdujo este documento informativo obligatorio, con el fin de mejorar la transparencia y la 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 el supuesto de que la cuenta no esté 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 los 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 tiempo, con la exigencia de cantidades cuya existencia y reclamación desconocía.

Entre otros, cabe citar el expediente R-20203355, en el que el motivo de discrepancia era la exigencia por el banco de cierta cantidad por el saldo negativo de una cuenta cuya cancelación, según su titular, había solicitado en 2014 y, desde entonces, no había tenido más contacto con la entidad. Solicitaba también que se pusiera freno al acoso. La entidad alegó que no tenía constancia de la solicitud de cancelación y que la cliente era titular de un préstamo que había sido cancelado en 2016 y de una aportación al capital social. Este DCE apreció en la actuación de la entidad posible quebrantamiento de la normativa aplicable, en la medida en que no demostró haber pactado en el contrato las comisiones e intereses que generaron la deuda, ni haber informado periódicamente al cliente de las liquidaciones y movimientos, y, además, liquidó cantidades por un descubierto producido únicamente por el cargo de comisiones.

En el expediente R-202002327, el reclamante manifestaba que le habían incluido en un fichero de insolvencia por una deuda cuyo origen desconocía. La entidad alegaba que la deuda era por comisiones pactadas en el contrato de cuenta y que no le constaba orden de cancelación de esta. Si bien efectivamente no se acreditó que el cliente diera orden de cancelación de la cuenta, el DCE apreció posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria; en concreto, de la normas quinta y undécima de la Circular 5/2012, referentes a las comunicaciones al cliente, porque, habiendo estado la cuenta inactiva durante años, la entidad no acreditaba haber remitido desde entonces ninguna comunicación obligatoria al domicilio pactado con el cliente, ni de liquidación de movimientos ni extractos mensuales, y además se apreció quebrantamiento porque se cargó una cuota de tarjeta por importe superior al previsto en el contrato. Aunque la entidad afirmaba que sí efectuó las comunicaciones preceptivas y las remitió al buzón electrónico, no se consideraron

válidas porque los contratos señalaban el domicilio físico del cliente a efectos de notificaciones.

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 los expedientes de reclamación cuya pretensión fue obtener información sobre fondos depositados en cuentas muy antiguas y la entidad alegó que fueron canceladas hace años y que no puede aportar documentos, porque han expirado los plazos para la conservación de documentación, este DCE considera exigible, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, que las entidades faciliten al reclamante la información de que dispongan (por ejemplo, sus registros informáticos que reflejen la cancelación o los últimos movimientos) para acreditar que es cierto lo que manifiestan en sus alegaciones. Como ejemplo, en el expediente R-202001563 la pretensión del reclamante fue recuperar el saldo de una cuenta abierta en 1997. Este DCE consideró la actuación de la entidad ajustada a las buenas prácticas, porque conservaba en sus registros internos información relativa a la fecha de cancelación de la cuenta y su defensor respondió a la reclamación poniendo a disposición del reclamante los registros con el estado de la cuenta en el año de la cancelación, que reflejaba que el saldo entonces era de 0 euros.

7.4.15 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 DCE viene

exigiendo que las entidades acrediten, no solo que el aviso de cancelación fue notificado en el domicilio contractualmente establecido, sino también 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.

Sin embargo, en general, la entidad no tiene obligación de motivar su decisión de cancelar un contrato de cuenta de pago abierta, ya que la normativa de servicios de pago no lo exige y en nuestro derecho rige el principio general de libertad de contratación. Así lo hemos recordado, por ejemplo, en los expedientes de reclamación R-202009923, R-202000942 o 202000435, en algunos casos en los que el cliente se quejó del hecho de que no fue motivada o justificada la decisión que la entidad le anunciaba, de cancelación de su cuenta. Este DCE no apreció quebrantamiento en la medida en que la entidad había respetado el plazo de preaviso que la normativa de servicios de pago señalaba.

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 7.4.17 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 los 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 7.4.8 de este capítulo, correspondiente a bloqueos.

A iniciativa del cliente

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.

En el expediente de reclamación R-202000768 se discutía que al reclamante, cuando pidió cancelar la cuenta, le exigieran el pago de cierta cantidad. La entidad alegó que era la parte proporcional de la comisión de mantenimiento. El reclamante manifestaba que no tenía problema en pagar la comisión con la cuenta en vigor, pero que se negaba a pagarla al cancelar la cuenta. Este DCE advirtió de que la comisión de mantenimiento es pospagable salvo que otra cosa se pacte, y no apreció quebrantamiento de las buenas prácticas en el cobro de aquella, porque estaba previsto en el contrato.

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.

Se han recibido reclamaciones de 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-20203355 al que antes hemos aludido, este DCE 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 los 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 DCE 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 DCE ha considerado la actuación

descrita de las entidades contraria a las buenas prácticas en los casos en los que no acreditaron que estuviera pactada contractualmente la exigencia de que la cancelación debía ser ordenada de manera presencial.

En el expediente 202010204, el motivo de disconformidad fue, entre otros, la demora en atender una orden de cancelación de cuenta y de transferencia del saldo remanente a una cuenta de otra entidad. La entidad justificaba su actuación en el hecho de que el correo electrónico no era adecuado como canal para ordenar operaciones, al ser un medio que no permite garantizar la identidad de su remitente. La entidad había remitido por valija a servicios centrales el formulario de solicitud de cancelación e indicaba que cotejó la firma del cliente estampada en el formulario, pero la solicitud de cancelación no fue inicialmente aceptada, al no coincidir la firma con la registrada en el banco. Sin embargo la misma firma manuscrita que la entidad rechazó por falta de coincidencia, que había estampado en la solicitud de cancelación de la cuenta personal el reclamante, ese mismo día la entidad la aceptó como válida para cancelar la cuenta de una sociedad en la que el reclamante era el administrador, y no se explicaba por qué en un caso la firma se aceptó y en otro caso se rechazó. Por esa falta de explicaciones, el DCE apreció en su actuación vulneración de las buenas prácticas bancarias.

Por otra parte, no se considera procedente que los autorizados en cuenta, a los que la práctica generalizada atribuye únicamente facultades de disposición, dieran instrucciones de cancelación de la cuenta a la entidad y fueran atendidas, salvo, claro está, que dicha facultad de cancelación por 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 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 7.4.11, «Modificaciones contractuales».

7.4.16 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 mencionar el procedimiento de traslado o portabilidad de cuentas, regulado en el RDL 19/2017, que prevé unos trámites armonizados a nivel comunitario para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma ágil y rápida.

En virtud del citado RDL y de la Orden ECE/228/2019 que lo desarrolla, 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 DCE 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 las que fue solicitado el traspaso y en las que fue efectuado, la demora y cuantos datos sean necesarios para comprobar si el procedimiento se realizó correctamente, toda vez que el DCE solo puede pronunciarse sobre operaciones concretas y debidamente documentadas.

En 2020 se han recibido algunas reclamaciones sobre el procedimiento descrito en el RDL 19/2017, en su mayoría relativas al retraso o incumplimiento del plazo máximo para realizar el traslado de cuentas regulado en el artículo 13, y cuyos trámites se describen en el recuadro 2.7.

Así, por ejemplo, en el expediente R-202008441 la parte reclamante solicitaba el traslado de su cuenta de una entidad a otra. La entidad receptora solicitó dicho traspaso a la entidad transmisora mediante formulario impreso suscrito por los titulares de la cuenta. Fue esta entidad transmisora la que dilató en el tiempo sus obligaciones de cancelación de la cuenta en la fecha indicada y de transferir el saldo acreedor a la cuenta de pago del cliente en la entidad receptora. En consecuencia, este DCE concluyó que se había producido un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria; en concreto, de lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, que regula las acciones del proveedor de servicios de pago transmisor.

Del mismo modo, en la R-202005360, la parte reclamante afirmaba haber solicitado el traslado de su cuenta y no haber obtenido respuesta de la entidad transmisora. Nuevamente, la entidad receptora solicitó dicho traspaso a la entidad transmisora mediante formulario suscrito por el titular de la cuenta. Ambas entidades alegaron cuestiones técnicas de diversa índole para justificar el retraso del traslado de cuenta solicitado. En consecuencia, este DCE determinó que la conducta de las dos entidades involucradas se había apartado de la normativa que regula el procedimiento de traslado de cuentas de pago; en concreto, al no quedar acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 11, 12 y 13 del RDL 19/2017. Adicionalmente, se reprochó que ambas entidades pretendiesen hacer recaer sobre su cliente las consecuencias que de las dificultades técnicas que se habrían producido con respecto a los procedimientos para tramitar la solicitud de traslado de cuenta se estaban derivando, imposibilitando con ello el traslado de cuenta solicitado entre ambas entidades.

7.4.17 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 Real Decreto 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 se 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 el artículo 7.3 se 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 aquellas¹¹⁷.

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 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.

En el escenario expuesto, y observando que la conducta de las entidades hacia la clientela comprende actuaciones que podrían no resultar conformes con una conducta proporcionada y respetuosa con los intereses de la clientela, se publican una serie de criterios comunes de buenas prácticas bancarias elaborados en colaboración por el Banco de España y el Sepblac —que se exponen detalladamente en el recuadro 2.5—, relativos principalmente a la implementación de medidas

117 En la misma línea, el RDL 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 los 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».

restrictivas en esta materia por parte de los sujetos obligados, que darán lugar a los correspondientes pronunciamientos contrarios a las buenas prácticas por parte del DCE, en caso de su inobservancia.

La necesidad del establecimiento de criterios conjuntos deriva del hecho de que, tanto en la actividad ordinaria del Sepblac como en la del Banco de España —área de reclamaciones y consultas de usuarios bancarios individuales o asociaciones—, se vienen poniendo de manifiesto en los últimos años diversos problemas generales derivados de la implementación en la práctica, por parte de las entidades supervisadas, en tanto que sujetos obligados, de determinadas medidas restrictivas sobre los productos contratados con sus clientes, que se ampararían en la aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales o en razón de cuestiones conexas con la anterior, como lo sería la debida diligencia en aspectos relativos a solicitar documentación sobre identificación de sus clientes.

Nos referimos, en concreto, a bloqueos generales y a cancelaciones de cuentas implementados al margen de las disposiciones que resultarían aplicables de forma ordinaria según la normativa de servicios de pago, en la que podrían encuadrarse, por ejemplo, las resoluciones ordinarias de contratos con un preaviso de dos meses¹¹⁸. La adopción de tales medidas restrictivas produce serios perjuicios a los clientes objeto de ellas.

No cabe duda de que tanto las obligaciones impuestas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales como el deber general de evitar la comisión de actividades delictivas pueden, en determinados casos, prevalecer sobre las disposiciones específicas de la normativa de servicios de pago.

No obstante lo anterior, ni la decisión de aplicación de medidas restrictivas ni su implementación práctica deben ser ajenas al establecimiento de un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen los diferentes intereses en juego. Se trata de evitar que conductas u omisiones con una relevancia mínima de cara a la prevención del blanqueo de capitales puedan suponer la imposición de medidas restrictivas muy gravosas para los interesados, sean estos individualmente considerados o por mera pertenencia a un colectivo determinado.

Lo expuesto resulta, además, coherente con la obligación de los sujetos obligados de desarrollar sus procedimientos en materia de prevención, en función del riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

118 El RDL 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, establece en su artículo 32, apartado 4, que «De acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver un contrato marco celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses».

CRITERIOS COMUNES DE BUENAS PRÁCTICAS BANCO DE ESPAÑA-SEPBLAC SOBRE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO AL ADOPTAR BLOQUEOS O CANCELAR RELACIONES CON LA CLIENTELA

Las actuaciones de **los sujetos obligados** a la hora de cumplir con la **normativa de prevención del blanqueo de capitales** han de resultar ajustadas a un elemental **principio de proporcionalidad** para que pueda entenderse que su conducta resulta conforme con **las buenas prácticas**.

Sobre la base de dicho principio, los criterios de buenas prácticas conjuntos elaborados en la colaboración Banco de España-Sepblac, que se aplicarán a partir de la fecha de publicación de la presente Memoria, son los siguientes:

- **En cuanto a la información que se ha de facilitar a los interesados**, el principio general debe ser el de facilitarles de forma previa o inmediata, al menos, una **genérica motivación del porqué de la medida adoptada**, con cita expresa a la Ley 10/2010, **excepto** en el supuesto de que el sujeto obligado estimara que en el concreto caso planteado concurrían especiales razones de confidencialidad para no hacerlo.
- La implementación generalizada o rutinaria de **medidas de diligencia debida** debe compatibilizarse con un cierto **grado de flexibilización** en su aplicación, de modo que puedan **ser valorables circunstancias especiales** concurrentes en cada caso concreto, como pueden ser, por ejemplo, los impedimentos derivados del estado de salud del cliente o la distancia del lugar donde reside. En este contexto, se señala, a efectos ejemplificativos que pudieran paliar dichos impedimentos, que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1.d) del Reglamento de la Ley 10/2010, el Sepblac ha autorizado el empleo de procedimientos de videoidentificación de clientes en operaciones no presenciales, con sujeción a las especificaciones mínimas establecidas en el documento «Autorización de procedimientos de videoidentificación».

En los casos en los que la adopción de las medidas restrictivas se fundamente exclusivamente en la **desatención de requerimientos de documentación o información de carácter generalizado, rutinario o periódico**, efectuados en el marco de procesos ordinarios de diligencia debida, sin que se señale la concurrencia adicional de elementos significativos de riesgo, **el principio general**, en los casos en los que finalmente se estime necesario adoptar medidas restrictivas, **debe ser el de cierta gradualidad en su**

aplicación, considerando en su conjunto tanto la **intensidad** de las medidas adoptadas como los distintos **plazos** relativos a su implementación y las **condiciones subjetivas del requerido** cuando se trate de personas individuales. A estos efectos, **pueden valorarse aspectos** como la realización de requerimientos sucesivos, el plazo otorgado para cumplimentarlos, el canal de comunicación empleado, la implementación previa de restricciones operativas parciales antes de recurrir a bloqueos totales, etc.

- En particular, en los casos que se indican, se tendrán en consideración las siguientes pautas:
 - En los supuestos de **no renovación** de los datos sobre la emisión **por caducidad** del **Documento Nacional de Identidad**, no se considera que la adopción de medidas restrictivas resulte proporcionada, **excepto** en caso de que la entidad adujera expresamente que, debido al tiempo transcurrido o por otras circunstancias del caso, la identidad del interesado pueda resultar insuficientemente acreditada.
 - Dadas las particularidades administrativas que conlleva la renovación de los **permisos de residencia**, **tampoco** se considera **proporcionado** adoptar medidas restrictivas **por** el mero hecho de su **caducidad**. Nuevamente deben ponderarse otros elementos, como el tiempo transcurrido desde la caducidad o que la identidad del interesado pueda considerarse por cualquier otro motivo insuficientemente acreditada.
 - En los supuestos de **expiración** de la vigencia de los **cargos representativos** de las **comunidades de propietarios**, una razonable gestión de los riesgos en materia de prevención que presenta la clientela de esta tipología aconseja, junto con alguna resolución de jurisprudencia menor, que **deban entenderse tácitamente prorrogados** los nombramientos. Por ello, la adopción de medidas restrictivas **solo sería procedente** en tanto concurrían razones para pensar que tales **cargos** podrían haber sido **revocados**, se ha procedido al nombramiento de otros nuevos o existan discrepancias significativas al respecto en el seno de la comunidad afectada.

CRITERIOS COMUNES DE BUENAS PRÁCTICAS BANCO DE ESPAÑA-SEPBLAC SOBRE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO AL ADOPTAR BLOQUEOS O CANCELAR RELACIONES CON LA CLIENTELA (cont.)

- No se considera proporcionado, en el caso de personas físicas, adoptar este tipo de medidas restrictivas **por falta de aportación de la declaración del IRPF del cliente** en los casos en los que no se ha producido previamente una operativa de entidad significativa que se estime necesario justificar.
- En todo caso, la aplicación de medidas restrictivas de la operativa con un cliente **no debe suponer la inmovilización indefinida de fondos**, de modo que, superado un tiempo razonable, la entidad debe proceder a ponerlos a disposición de la autoridad competente o de su titular¹, o bien expresar las razones que puedan haber inducido en el caso concreto a actuar de manera diferente.
- En los casos de existencia de préstamos u otros productos de activo con pagos pendientes, se considera **proporcionado permitir la operativa razonable necesaria para la atención de estos**, excepto que la entidad valore y exprese que en el caso concreto planteado, bien sea por la cuantía de la operativa, bien sea por otras causas de especial significación, deba proceder al bloqueo total de las operaciones.
- En relación con la denegación de acceso a la cuenta de pago básica por motivos relacionados con la prevención del blanqueo de capitales, el Banco de

España, realizando una interpretación conjunta del RDL 19/2017 y de la Ley 10/2010, se abstendrá de **emitir pronunciamiento contrario** a la entidad en el supuesto contemplado expresamente en el artículo 4 del mencionado RDL 19/2017², así como también en los supuestos íntimamente relacionados que se describen a continuación:

- **Cuando las entidades aprecien y manifiesten** —y estén en disposición de acreditar ante el Banco de España— la **conurrencia de un riesgo efectivo y real de blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo por parte del solicitante de la cuenta**. No bastaría a este respecto una alusión genérica a razones derivadas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, ni cabría la utilización de este supuesto como pretexto para rechazar a los consumidores por motivos comerciales.
- Cuando una entidad limite el derecho de acceso a la cuenta de pago básica y esa misma entidad **hubiera cancelado relaciones comerciales con el potencial cliente en el período de dos años anterior a la petición** (siempre que dicha cancelación se hubiera debido al cumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo).

¹ Sin perjuicio del supuesto previsto en el artículo 48 bis, apartado 6, de la Ley 10/2010.

² El RDL 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, establece en su artículo 4 que las entidades denegarán el acceso a la cuenta de pago básica, entre otros supuestos, cuando: «a) El potencial cliente no aporte la información requerida por la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de dicho cliente dentro del marco de lo previsto en el capítulo II de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y sus normas de desarrollo.»

Por otro lado, para enmarcar la cuestión, señalamos, además, que la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sienta en su artículo 23 un principio general de exención de responsabilidad en cuanto a las comunicaciones de buena fe realizadas a las autoridades competentes, y en su artículo 7.3 indica que «La negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en esta Ley no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados».

Además de la verificación de los criterios expuestos anteriormente, el DCE puede seguir analizando 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 clientela¹¹⁹.

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 DCE 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 después de la adopción de la medida, y ha de 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 o de 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 DCE estima 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 DCE viene reiterando la idea general de que no resulta competente para pronunciarse sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las

¹¹⁹ 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 (Sepblac).

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 a la actualización de la actividad económica de los clientes. En estos concretos supuestos, desde la perspectiva de las buenas prácticas, este DCE 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 los 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 los 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 los que este DCE 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.

7.4.18 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

Como se explicaba en el apartado 5.4, «Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas», los promotores y los 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)¹²⁰, 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 DCE 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

120 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).

vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares, como en este caso, sean derivados a la cuenta especial [...]. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma [...] bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia.»

La sentencia resulta de gran trascendencia, porque en ella el Tribunal Supremo fijó la siguiente doctrina jurisprudencial (que ya ha sido aplicada en sentencias posteriores por el propio Tribunal Supremo):

«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 2020 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 denunciados, no ha podido emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Durante 2020 se ha tramitado alguna reclamación (por ejemplo, la R-201911598) cuyo motivo fue la devolución de anticipos a cuenta del precio de vivienda futura, pero los anticipos se habían entregado después de enero de 2016, fecha en la que ya estaba derogada la Ley 57/1968 y resultaba aplicable a aquellos la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Esta disposición adicional prevé expresamente (apartado 7) que el incumplimiento de las obligaciones impuestas en ella constituirá infracción en materia de consumo y se aplicará lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios

previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP). En consecuencia, este DCE ha considerado procedente abstenerse de emitir su opinión sobre reclamaciones relacionadas con anticipos del precio de vivienda entregados después de enero de 2016, al comprobar que la norma vigente en 2016 no le atribuye la competencia para fiscalizar los hechos, sino que la asigna, específicamente, a los organismos de consumo competentes en materia de protección de los consumidores y usuarios, o, en su caso, a la DGSFP.

8 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 sobre ellos a este DCE.

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 reforma de la Ley del Mercado de Valores, efectuada por el RDL 14/2018, de 28 de septiembre, tras la cual su comercialización se rige por dicha norma general reguladora de los productos del mercado de valores, incluida la información al cliente. Como consecuencia de ello, queda atribuida a la CNMV la competencia de supervisión y la de resolución de reclamaciones sobre tales depósitos, no siendo competente ya el DCE.

8.1 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.

8.1.1 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 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 consultarlo¹²¹.

8.1.2 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 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 por dicho contrato u oferta. Como se ha referido anteriormente en el epígrafe 7.3, «Apertura de cuentas de pago. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia», incluido, a su vez, en el epígrafe 7, sobre «Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas», la orden conocida como de los semáforos o de los números exige que, para 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 que nos remitimos, el contenido mínimo de la información precontractual que se ha de facilitar al cliente antes de contratar depósitos a plazo.

121 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 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 —que 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 DCE 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 RDL 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 cliente 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, la falta de prueba en cuanto a la antelación con la que la información precontractual se pone a disposición del cliente —al igual que la omisión de acreditación de la entrega de dicha documentación— podría constituir un quebrantamiento de la normativa de transparencia.

En los casos en los 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 DCE 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 DCE apreció mala práctica en su actuación y, si el depósito se formalizó después de 2013, fecha en la que la entrega de la información previa ya era obligatoria, un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

En el expediente R-202001240, aunque el motivo de reclamación eran las comisiones de mantenimiento aplicadas a una cuenta, el reclamante discutía el hecho de que no podía cancelar la cuenta, para evitar las comisiones, debido a que estaba vinculada a un depósito a plazo aún no vencido que no podía cancelar. Entendía que, habiendo contratado un producto (el depósito) libre de riesgo financiero sobre el capital, había tenido que asumir una pérdida de manera oculta, ya que durante 2019 la entidad bancaria le liquidó comisiones en la cuenta asociada que no podía cancelar hasta que venciera el depósito. Este DCE apreció posible quebrantamiento de la normativa en la actuación de la entidad bancaria, porque, aunque aportó al expediente el contrato de depósito a plazo, no aportaba la información precontractual que necesariamente debió facilitar al reclamante con anterioridad a la fecha de contratación.

Para acreditar la entrega de información precontractual al cliente, el DCE 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.

8.1.3 Formalización del contrato. Contenido

El contenido mínimo del contrato lo regulan con todo detalle el artículo 7, apartado 3, de la Orden EHA/2899/2011 y 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 el 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 el 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 DCE.

8.2 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.

En el expediente R-202006337, el reclamante se quejaba de un pequeño retraso (uno o dos días) que habitualmente existía desde que contrataba de forma *online* sus depósitos a plazo y depositaba el dinero, hasta que comenzaban los efectos. La entidad alegaba que había existido una incidencia puntual en ese caso, sin hacer mención a los anteriores incumplimientos que le reprochaba el reclamante, quien además afirmó que la situación de retraso se repitió de nuevo, cuando contrató otro

depósito después de presentar la reclamación. Habiendo comprobado que la demora en la efectividad del depósito (uno o varios días) suponía un incumplimiento de lo previsto en el contrato respecto a la fecha de perfeccionamiento, y que tal conducta no podía calificarse de incidencia puntual como la entidad alegaba, sino que había sido reiterada, resultando además que la entidad bancaria no explicó el motivo de los retrasos, ni los subsanó con diligencia en cuanto se produjo la reclamación —por el contrario, desestimó esta y ocasionó la necesidad de intervención del DCE—, el DCE apreció en su actuación vulneración de las buenas prácticas bancarias.

8.3 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, tanto si tienen remuneración dineraria como 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.

8.4 Renovación y modificación del tipo de interés

En los depósitos de duración determinada, en el contrato 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 las 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 las 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 el que se le comuniquen las nuevas condiciones.

Este DCE entiende 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 remitido la preceptiva comunicación previa de las nuevas condiciones o no la hubiese efectuado con la suficiente antelación para permitir al cliente valorar si eran de su interés o, por el contrario, optar por buscar otra alternativa de rentabilidad con tiempo suficiente, para no perder la remuneración de sus fondos durante un determinado número de días.

Respecto a la modificación del tipo de interés en los depósitos de duración determinada, 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 no podrán utilizarse

con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras informaciones.

Es habitual que, llegado el vencimiento del depósito 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, pero se deben cumplir los principios de claridad y transparencia con el cliente y este debe disponer del período de reflexión mínimo de un mes para decidir si acepta, o no, la renovación con el nuevo tipo de interés.

En el expediente R-202012416, el objeto discrepancia consistía en que un depósito a plazo se había renovado automáticamente a un tipo de interés inferior al inicial (pasó del 0,5 % al 0 %) y la entidad bancaria no había cumplido su obligación de notificar al reclamante el nuevo tipo, de forma personalizada y con antelación razonable o en el mismo momento de la renovación, deber que establecía el propio documento de información contractual. El banco alegaba que: i) había informado al reclamante, en el mismo comunicado informativo de la liquidación de intereses al vencimiento, de la renovación del depósito y del nuevo tipo 0 % de interés, de modo que dispuso de un mes para comunicar su oposición y no lo hizo; ii) había abonado al reclamante el importe resultante de aplicar al depósito el porcentaje de remuneración inicial (0,5 %) por el nuevo período. El DCE apreció carencias en el comunicado de la renovación —supuestamente remitido a un buzón virtual sin venir acompañado de aviso al cliente de su existencia, no advertía del derecho del cliente a retrotraer la operación a sus condiciones previas durante el siguiente mes, etc.—. Sin embargo, la entidad había corregido su error antes de la emisión del informe final del DCE y ya había abonado al cliente el importe del interés que el depósito habría devengado en el nuevo período anual si el tipo inicial (0,5 %) no se hubiera modificado a la baja, quedando sin efectos prácticos la modificación de tipo discutida. Así, este DCE consideró su actuación global ajustada a las buenas prácticas bancarias.

8.5 Cancelación anticipada

Respecto a la cancelación anticipada de los depósitos, este DCE 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 DCE, 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. 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, de lo cual debería advertirse al cliente al contratar.

Entre los expedientes de reclamación cuyo motivo se centraba en que, tras la cancelación anticipada, el cliente no había recuperado todo el principal depositado por causa de la retención, puede citarse el R-202018139. Este DCE, tras advertir de que carecía de competencia para el análisis del cumplimiento por la entidad bancaria de la normativa fiscal al practicar la retención, expuso su opinión de que, para evitar malentendidos, al contratar el depósito se debería advertir al cliente acerca de esa posible retención en la cancelación anticipada y de que esta pudiera reducir el principal que se habría de devolver. En este caso, se apreció en la conducta de la entidad falta de claridad y posible quebrantamiento del artículo 8 de la Orden EHA/2899/2011, y de la norma undécima y anejo 4 de la Circular 5/2012 del Banco de España, porque no incluyó en el documento de liquidación todos los datos que utilizó para hallar las cantidades calculadas en la cancelación anticipada del depósito; en concreto, había omitido los tipos de interés nominal y efectivo, y el tipo y la base usados para el cálculo de la discutida retención.

8.6 Vencimiento del depósito

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 debe efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro al cliente del nominal y de los intereses convenidos, sin demoras injustificadas.

En caso de contratos de depósito con vencimiento determinado y prórrogas automáticas anuales, las entidades podrán cancelarlos si esa posibilidad está prevista en el contrato y 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.

9 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 RDL 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (RDLSP)¹²².

Este 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 ha comenzado, 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 Comisión¹²³. Su publicación, además,

122 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 miembros 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.

123 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.

supuso para el derecho nacional la derogación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (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 (OSP) 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, cuya entrada en vigor, en virtud de su disposición final sexta, se produjo, en su mayor parte, el 1 de julio de 2020.

Por lo tanto, en 2020 se ha estado aplicando a las operaciones de pago la normativa establecida por el real decreto-ley y, hasta el 30 de junio de 2020, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resultando de aplicación a partir de entonces la mencionada OSP.

9.1 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 (SEPA¹²⁴, 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.

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

En su artículo 38 se preveía su aplicación a partir del 14 de septiembre de 2019, si bien finalmente esta ha comenzado el 1 de enero de 2021, una vez transcurrida la citada prórroga concedida a las entidades.

124 La SEPA está integrada por los miembros del Espacio Económico Europeo (actualmente, los 27 Estados de la UE más Liechtenstein, Islandia y Noruega), Reino Unido, San Marino, Suiza, Mónaco, Andorra y la Ciudad del Vaticano.

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO

Con la publicación, en diciembre de 2019, de la normativa de desarrollo¹ 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)² y la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés)³, exige la aplicación de medidas y de procedimientos de seguridad específicos, articulados en torno al concepto de

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; 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 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 modifican 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.

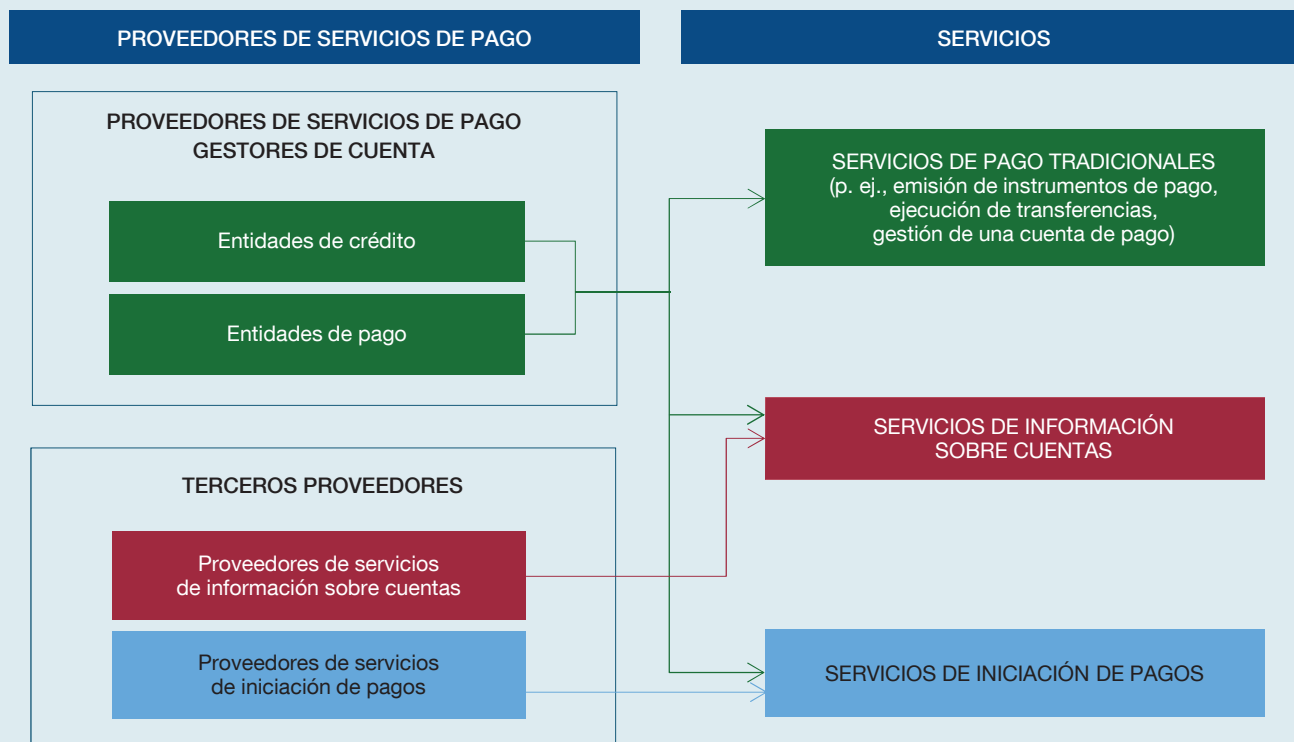
2 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/recommendationssecurityinternetpaymentsoutcomeofpcfinalversionafterpc201301en.pdf>.

3 https://eba.europa.eu/documents/10180/1004450/EBA_2015_ES+Guidelines+on+Internet+Payments.pdf/44d07cf8-1721-4407-94a6-3a8c256149fa.

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (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.

«autenticación reforzada del cliente», 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 2019⁴.

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 pago, 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.

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (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 de más elementos de seguridad independientes	<p>Elementos de seguridad:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Conocimiento (algo que solo conoce el usuario) — Posesión (algo que solo posee el usuario) — Inherencia (algo que es del usuario) <hr/> <p>Independientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> — La vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás — No exigencia de dispositivos diferentes <hr/> <p>Credenciales de seguridad personalizadas:</p> <p>Elementos de seguridad facilitados por el proveedor de servicios de pago (PSP) o vinculados por él al cliente</p> <hr/> <p>Elemento de seguridad dinámico si:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Operación de pago electrónico remota — Presencia de un PISP
Obligatoria cuando:	<ul style="list-style-type: none"> — Acceso cuenta pago <i>online</i> — Operación de pago electrónico — Acción remota que entrañe riesgo — Presencia de un TPP
Posibilidad de exenciones, en función de:	<ul style="list-style-type: none"> — Nivel de riesgo (TRA) — Importe — Canal
Acompañado de:	Mecanismos de monitorización de transacciones

FUENTE: C. Conesa, S. Gorjón y G. Rubio (2018), «Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2», *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.

Con este propósito, 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 la 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.

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (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	PAGOS BASADOS EN TARJETA Obligaciones generales de información: los gastos se expresarán con un margen porcentual sobre el último tipo de cambio publicado por el BCE Obligaciones de información en el punto de venta o cajero: i) importe que se ha pagar en la divisa del beneficiario, y ii) importe total que se ha de pagar en la divisa de la cuenta del ordenante <i>Roaming</i> : el PSP del ordenante informará mediante mensaje electrónico si detecta un pago en cajero o punto de venta en una divisa distinta a la de la cuenta (recordatorio mensual)		TRANSFERENCIAS – Transferencias que se inicien <i>online</i> (banca <i>online</i> , banca móvil...) – Antes de iniciar la operación: i) estimación de los gastos aplicables por la conversión de divisa; ii) importe total estimado de la operación de pago en divisa de la cuenta (incluidos todos los gastos aplicables), y iii) importe estimado que se transferirá en la divisa del beneficiario
	Aplicación	15.12.2019: igualdad de comisiones 19.4.2020: conversión de divisas: obligaciones generales/información en cajero y punto de venta/transferencias 19.4.2021: conversión de divisas: obligaciones del proveedor de servicios de pago del ordenante	

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 introducidas por el reglamento para reforzar los requisitos de transparencia exigibles, distinguiendo entre las

REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS DE PAGO (cont.)

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 *online*; por ejemplo, a través del sitio web o de 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 *online* 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.

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 dos 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 el régimen que regula el traslado de dichas cuentas de pago entre entidades y la comparabilidad sobre los servicios que ofrecen estas, aspectos de la regulación vigente a cuya exposición se dedica el recuadro 2.7.

Sistemas de pago

Los sistemas de pago son procedimientos en los que participan las entidades financieras, cuyo objeto es asegurar el intercambio, la compensación, la liquidación y el registro de cualquier transacción monetaria o financiera de una economía.

En los pagos que no se realizan en efectivo, sino por sistemas electrónicos, en ocasiones se da la circunstancia de que el deudor u ordenante tiene cuenta en la misma entidad —o en entidades del mismo grupo— que el acreedor o beneficiario. En estos casos opera lo que se denomina «compensación interna» o «intracompensación». Estas transacciones no son liquidadas a través de

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES

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 Real Decreto-ley 19/2017 regula:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Cuentas de pago básicas: acceso y denegación; servicios asociados a una cuenta de pago básica; comisiones y gastos, e información general – Procedimiento para el traslado de cuentas de pago – Comparabilidad de comisiones de cuentas de pago: servicios más representativos; documento informativo de comisiones; estado de comisiones, sitio web de comparación del Banco de España y otros sitios web de comparación – Régimen sancionador y autoridad competente: Banco de España 	<p>La Orden ECE/228/2019 desarrolla el Real Decreto-ley 19/2017 y establece:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Cuentas de pago básicas: comisiones, gastos máximos adicionales y servicios que comprende, así como requisitos de información general sobre estas cuentas – Traslado de cuentas de pago: detalla el procedimiento – Requisitos adicionales que han de cumplir los sitios web de comparación distintos del Banco de España <p>El Real Decreto 164/2019 regula el régimen de gratuidad de la cuenta de pago básica</p>

FUENTE: Banco de España.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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, correo electrónico 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.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/34.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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

Estado de comisiones

[Nombre del proveedor de la cuenta]
[Datos de contacto del proveedor de la cuenta]

[Nombre del cliente]
[Datos de contacto]

Cuenta	
Identificación de la cuenta	
Período	Del al
Fecha	

- El presente documento le ofrece una panorámica de todas las comisiones por los servicios asociados a su cuenta de pago durante el periodo anteriormente indicado.
- También le proporciona información sobre todos los intereses que se le hayan cargado o abonado durante ese periodo.
- La información sobre las distintas operaciones y sobre el saldo de la cuenta se encuentra en sus extractos de cuenta.

Resumen de comisiones e intereses

Total de comisiones cobradas (total de comisiones del paquete de servicios y comisiones totales cobradas)	[*]
Total de intereses cargados	[*]
Total de intereses abonados	[*]
Indicador de costes totales	[*]

Estado detallado de las comisiones cobradas en la cuenta

Servicio	Número de veces que se ha utilizado el servicio	Comisión unitaria	Comisión	
			Número de veces que se ha cobrado la comisión	Total
Servicios generales de la cuenta				
[*]				[*]
Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado				
Pagos (excluidas las tarjetas)				
				[*]
Tarjetas y efectivo				
				[*]
Descubiertas y servicios conexos				
				[*]
Otros servicios				
				[*]
Total de comisiones cobradas				
[*]				

Estado detallado de las comisiones incluidas en el paquete de servicios

Paquete de servicios	Comisión	Número de veces que se ha cobrado la comisión
«Paquete de servicios» [marca comercial, en su caso] Incluye: Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado.	[*]	[*]

Detalle de los intereses cargados a la cuenta

	Tipo de interés	Intereses
		[*]
Total de intereses cargados		
[*]		

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/33.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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 Real Decreto-ley 19/2017 establece los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ser funcionalmente independientes – Garantizar que los PSP reciben un trato equitativo en los resultados de las búsquedas – Indicar sus propietarios – Establecer los criterios claros y objetivos en los que se basará la comparación – Utilizar un lenguaje sencillo y, en su caso, la terminología estandarizada – Proporcionar información precisa – Incluir un conjunto amplio de ofertas – Ofrecer un procedimiento eficaz de notificación de errores 	<p>El artículo 13 de la Orden ECE/228/2019 establece los siguientes requisitos adicionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Contar con políticas y procedimientos escritos que garanticen el cumplimiento de los requisitos – Mostrar la información de forma que la prevalencia de alguno de los productos no responda exclusivamente a intereses comerciales – El motivo principal por el que aparezcan productos en los resultados no puede ser la retribución del propio PSP – Cuando entre los resultados se incluya cualquier publicidad, esta deberá indicar la palabra «anuncio» – Toda publicidad que lleven a cabo deberá ser clara, objetiva y no engañosa
--	---

FUENTE: Banco de España.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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.

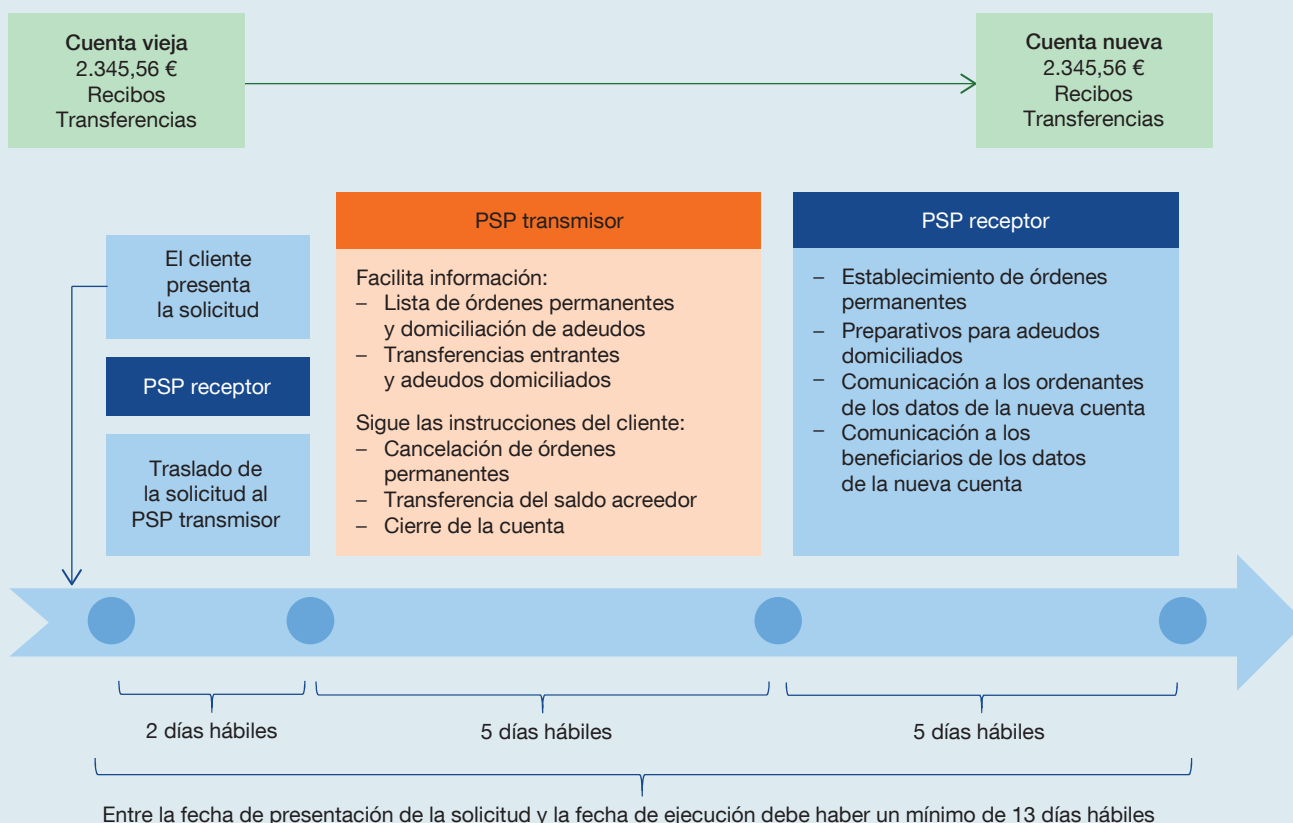
El Real Decreto-ley 19/2017 configura un procedimiento para el traslado de cuentas de pago «eficaz y ágil», imponiendo una colaboración activa entre los proveedores de servicios de pago y el propio cliente. Esta norma sienta las bases del procedimiento que se debe seguir para llevar a efecto el traslado 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, en el plazo de dos días hábiles, deberá solicitar al

Esquema 4
PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO



FUENTE: Banco de España.

REGULACIÓN SOBRE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES (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.

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 DCE 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 habituales, a los que vamos a hacer referencia en esta Memoria, son el pago mediante tarjeta o instrumento 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 contar con que la normativa también regula la adquisición de instrumentos de pago, así como el envío de dinero.

9.1.1 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 establece, 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 en 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 14 de la OSP 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 DCE, 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 de la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, que correspondería realizar en exclusiva a los tribunales de justicia, el DCE 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.

9.1.2 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 DCE 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 DCE, las entidades deben atender las solicitudes concretas de información que les sean formuladas por sus clientes (incluso aunque hubieran dejado de ser clientes de la entidad), con objeto de que aquellos aclaren los extremos que estimen oportunos, posibilitándoles su comprobación y verificación. Si bien en estos casos, y dado que ha de suponerse que a lo largo de la relación contractual la entidad ha estado cumpliendo con sus obligaciones informativas y con la periodicidad establecida, esta podría repercutir a su cliente, informándole previamente, el coste que por la prestación de dicho servicio adicional tuviera establecido.

Operaciones de pago singulares

Según la OSP, en las operaciones de pago singulares —aquellas no sujetas a un contrato marco— los proveedores de servicios de pago deben facilitar información:

- i) Con anterioridad a la ejecución de la operación —art. 8—.
- ii) En el momento de la ejecución —art. 9—.

- iii) Con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —art. 10—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —art. 11—.

Operaciones amparadas en un contrato marco

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco —arts. 13-18 de la OSP—, los proveedores de servicios de pago deberán 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 7 («Depósitos o cuentas a la vista. Cuentas de pago básicas»), apartado 7.3 («Apertura de cuentas de pago. 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 15 de la OSP establece que el usuario de servicios de pago tendrá derecho a recibir, en cualquier momento de la relación contractual, copia de las condiciones pactadas en el contrato marco.

9.1.3 Comisiones y gastos

Véase a este respecto lo dispuesto en el punto 6.3.1 («Comisiones e intereses. Documento Informativo de las Comisiones: información pública y sitio web de

comparación»), 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 y OSP—, que regula la información que se ha de suministrar a los usuarios de servicios de pago, incluyendo la relativa a las condiciones de la operación y a los gastos aplicables.

Así pues, con carácter general, la normativa prevé una doble garantía para el usuario:

- Le deberá ser suministrada, de forma individualizada, información previa y posterior a la operación —incluyendo la relativa a los gastos que deberá abonar al proveedor de servicios de pago 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.

9.1.4 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. Amplio desarrollo de ello se encuentra en el epígrafe 7.4.11, «Modificaciones Contractuales», al referirnos a las cuentas.

El usuario de servicios de pago podrá aceptar o rechazar las anunciadas modificaciones del contrato marco antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor por el mismo medio que le sean notificadas, y —cuando se haya convenido así— el proveedor de servicios de pago le informará de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de que se trate en caso de que no le comunique su no aceptación con anterioridad a dicha fecha.

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.

9.1.5 Resolución del contrato

Nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el epígrafe 7.4.15 de este capítulo, «Cancelación de la cuenta».

9.1.6 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, en su caso, cuando el instrumento de pago hubiera sido extraviado, hubiera sido sustraído o se lo hubiera apropiado indebidamente 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 un 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 del pago. 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 DCE, debiendo ser determinada, de considerarlo así las partes, por los órganos jurisdiccionales.

En los expedientes analizados durante 2020 se ha observado el aumento de reclamaciones en las que intervienen técnicas empleadas por ciberdelincuentes, como el *phishing* (por correo electrónico), *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, realizar un pago de escasa cuantía por la prestación de un servicio (supuestos servicios informáticos a distancia o la entrega de un paquete por una empresa de transportes o Correos), o permitir la supuesta devolución de un importe debido por la Seguridad Social o la Agencia Tributaria, 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 DCE 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 web 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 DCE 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, o con las presuntas empresas o entidades remitentes, la veracidad de estas (sin utilizar para ello los enlaces incluidos en los mensajes), 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.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior y 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.

Por otro lado, este DCE también entiende que una actuación acorde con 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 RDLSP¹²⁵, 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 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.

125 Recordamos una vez más que el régimen anterior se recogía en la LSP.

9.2 Tarjetas

9.2.1 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 epígrafe 9.1.3.

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 2020 se ha analizado si las entidades estaban en condiciones de acreditar ante el DCE 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 DCE 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 gastos por reclamación de posiciones deudoras, incluido en el epígrafe 7.4.12.

Límites de disposición de capital y de utilización de la tarjeta

Para el caso de las tarjetas de crédito, los contratos 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 efectuadas 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.

En ambos supuestos, 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.

Las modificaciones contractuales que se pretendan realizar sobre una tarjeta, en cuanto instrumento de pago, y que no resulten más beneficiosas para el cliente deben realizarse, en caso de contratación con consumidores y microempresas, siguiendo el procedimiento y plazo 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—.

En las tarjetas de crédito, el cambio en las circunstancias que determinaron la fijación de su límite de crédito podría ocasionar una reducción del mismo por parte de las entidades. En este caso, además de la normativa aludida, resulta aplicable la normativa de crédito al consumo¹²⁶, por cuanto la tarjeta va a servir como forma de disposición de un crédito.

En caso de disposiciones no autorizadas, 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.

Por otro lado, en los contratos de tarjeta, tanto de débito como de crédito, puede establecerse un límite de utilización —diario o semanal, entre otras posibles alternativas—, que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en los casos de uso no autorizado de la tarjeta, en el que este límite opera como un límite de seguridad.

En este contexto, el DCE considera que las entidades no deberían variar al alza unilateralmente los límites de disposición de las tarjetas, de manera que su modificación por parte de aquellas debe ser reputada contraria a las buenas prácticas bancarias.

A mayor abundamiento, en el hipotético caso de que se produjese una superación de dicho límite al realizarse un pago, la entidad emisora de la tarjeta debería asumir, no solo la cantidad en que se haya sobrepasado el límite, sino el importe total de la operación con la que se excedió ese límite —y, de haberlas, las posteriores—, dado que, en caso de haber operado como el límite de seguridad que en realidad es, esa operación, en su totalidad, hubiera debido ser rechazada.

126 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 del 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».

En el informe R-202019348, se planteaba disconformidad con dos operaciones autorizadas mediante tarjeta de crédito por importe de 3.000 € y 2.489 €, teniendo establecido dicho instrumento de pago un límite máximo diario de retirada de efectivo en cajeros de 600 € y un máximo de seguridad diario en compras de 1.200 €.

Se concluyó que la actuación de la entidad contra la que se reclamaba había sido contraria a las buenas prácticas bancarias, al no haber explicado por qué no habían sido rechazadas ambas operaciones toda vez que cada una de ellas superaba cualquiera de los límites contractualmente establecidos.

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 esta decisión se enmarca dentro de su política de riesgos (sobre la que el DCE no puede opinar). En este 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 DCE ha venido señalando que, para que pueda adeudarse, debe venir recogida en el contrato, y debe haber sido concedida una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en la posibilidad de rebasar 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 tarjeta. 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 dichas comisiones se correspondan con servicios solicitados por sus clientes y que estos sean efectivamente prestados. Además, las entidades 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, en dicho caso, avisar a su cliente de tal intención con una antelación mínima de dos meses. Véase a este respecto el epígrafe 7.4.15 de este capítulo, «Cancelación de la cuenta», aplicable también a los contratos de tarjeta.

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 3.1.3 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.

9.2.2 Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

El RDLSP 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 el titular tiene a su cargo el deber de su custodia, así como el de denuncia en caso de verse desposeído de esta o de tener conocimiento de que un tercero ha accedido a cualquiera de sus elementos de seguridad. De esta manera, el DCE 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 epígrafe 9.1.4, «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 DCE 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 aumentará 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, teniendo en cuenta 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, deben 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 LCCC, 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), así como que permanezca 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, un uso que 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 debe comunicar previamente a su cliente el bloqueo, y, si no resulta posible, inmediatamente después¹²⁷.

Por otra parte, este DCE 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, iniciar el procedimiento de reclamación de las cantidades dispuestas y realizar las gestiones pertinentes para obtener los registros de las operaciones, con el fin de comprobar que dichas disposiciones reúnen los requisitos imprescindibles para ser aceptadas. Una vez obtenidos, se deberán poner a disposición del 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.

9.2.3 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, pudiendo la misma tarjeta incorporar algunas o todas de las siguientes:

- 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

¹²⁷ 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.

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 DCE 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.

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 a la entidad, contando con un tipo de interés generalmente más elevado que el utilizado en los préstamos¹²⁸, que se corresponde con el habitualmente mayor

128 Al respecto, 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.

Atendiendo, pues, 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

riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

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.

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.

Con el fin de introducir seguridad jurídica y reducir la litigiosidad respecto a este tipo de crédito, en el ejercicio a que refiere esta Memoria se publicó la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, 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.

Esta orden ministerial, cuya entrada en vigor ha tenido lugar, con carácter general, el 2 de enero de 2021, establece nuevas obligaciones para las entidades. Estas parten en buena medida de los criterios de buenas prácticas asentados por el Banco de España en anteriores Memorias de Reclamaciones, por ejemplo en relación con la valoración de la capacidad de devolución de la clientela, así como aquellas que refuerzan la transparencia para con el cliente tanto antes de prestar su consentimiento como durante toda la vigencia del contrato, de manera que las entidades se aseguren de que los clientes comprenden correctamente las consecuencias jurídicas y económicas de este tipo de crédito. En última instancia se pretende evitar que el desconocimiento de la clientela sobre 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.

funcionamiento del crédito revolving pueda conducirle en algunos casos a niveles de endeudamiento excesivo.

Para ello, la norma trata de contribuir a reducir el riesgo de prolongación excesiva del crédito y de aumento de la carga final de la deuda más allá de las expectativas razonables del prestatario que contrata este producto, a la vez que a reforzar la información que el prestatario recibe de la entidad, para lo cual cobra especial relevancia que este pueda conocer periódicamente con precisión la deuda que mantiene con la entidad.

Así, en lo referente a la información precontractual (artículo 33 ter de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), además de la INE en los términos previstos por la LCCC, las entidades deberán facilitar a sus clientes en documento separado y con la debida antelación a la suscripción del contrato:

- Una mención clara a la modalidad de pago establecida, señalando expresamente el término «revolving».
- Si el contrato prevé la capitalización de cantidades vencidas, exigibles y no satisfechas.
- Si el cliente o la entidad tienen la facultad de modificar la modalidad de pago establecida, así como las condiciones para su ejercicio.
- Un ejemplo representativo de crédito con dos o más alternativas de financiación determinadas en función de la cuota mínima que pueda establecerse para el reembolso del crédito con arreglo al contrato.

Con respecto a la información periódica, las entidades deberán suministrar a los clientes con periodicidad al menos trimestral (artículo 35 *quinquies* de la antedicha orden), información sobre el importe del crédito dispuesto, incluidas las posibles cuotas devengadas y los intereses generados pendientes de liquidación; el tipo deudor; la modalidad de pago establecida, señalando expresamente el término «revolving» e indicando la cuota fijada en ese momento para la amortización del crédito; así como la fecha estimada en la que el cliente terminará de pagar el crédito dispuesto, teniendo en cuenta la cuota de amortización establecida en ese momento. Y, en particular, se habrá de comunicar al cliente —advirtiéndole de que la estimación realizada corresponde al crédito dispuesto en una fecha de referencia, teniendo en cuenta la cuota de amortización y el tipo deudor establecidos en ese momento—:

- la fecha en la que terminaría de pagar el crédito dispuesto si no se realizasen más disposiciones ni se modificase ningún otro elemento del contrato, y

- la cuantía total, desglosando principal e intereses, que acabaría pagando el cliente por el crédito dispuesto si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota.

Además, en el caso de que en un período de liquidación coexistan distintas modalidades de pago del crédito, la entidad facilitará esa información de forma desglosada para cada modalidad de pago acordada conforme a lo previsto en el contrato.

Tanto para la información precontractual como para la periódica, se establece la obligación de que estas sean puestas a disposición de los clientes, por parte de las entidades, en papel u otro soporte duradero y de manera gratuita.

Por otra parte, la orden prevé asimismo que las entidades, cuando el cliente lo solicite, proporcionen en un plazo máximo de cinco días hábiles (artículo 33 *sexies*.1 de la orden) información adicional sobre:

- Las cantidades abonadas y la deuda pendiente. Se deberá facilitar un detalle lo más completo posible del crédito dispuesto, a fin de que pueda verificar la corrección del importe adeudado y su composición, en el que se incluyan las fechas, importes y conceptos de los pagos efectuados, así como el desglose de la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos.
- El cuadro de amortización. Se habrá de indicar claramente que este se elabora para el saldo dispuesto, en una fecha de referencia y con la cuota establecida en ese momento.

Esta información adicional habrá de ser facilitada de forma gratuita una vez al mes, siempre que no se reciba en ese mismo mes junto con la información a que se refieren los artículos 33 *ter*, 33 *quinquies* y 33 *sexies*.2 y 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

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 2020, que el DCE 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.

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. A este respecto, la referida orden ha introducido la obligación de que las entidades, cuando con posterioridad a la contratación del crédito *revolving* la cuantía de la cuota de amortización sea inferior al 25 % del límite del crédito concedido, también informen al cliente de:

- a) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota por encima de lo establecido en ese momento. En particular, se comunicará al cliente la fecha en la que terminaría de pagar el crédito dispuesto y la cuantía total que acabaría pagando en el caso de aumentar un 20 %, un 50 % y un 100 % la cuota actual.
- b) El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

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](#).

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 de las condiciones de contratación por parte de sus clientes, bien en la solicitud, bien en la autorización para la utilización de este servicio.

Por ello, este DCE 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. Este habría de ser retribuido con arreglo a las condiciones estipuladas para la línea de crédito concedida

a su tarjeta y a cuyo cargo se efectuaría el traspaso de fondos, de forma 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.

9.2.4 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 controvertido.
- 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 o servicios 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 el comercio y su entidad, que constituye ley *inter partes*, de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil. Por tanto, este DCE 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 2020 se han tramitado varias reclamaciones a instancia de establecimientos comerciales titulares de contratos de TPV 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 recogen claramente las obligaciones formales del establecimiento a la hora de aceptar pagos a través de dicho canal, y tras comprobar que estas no han sido observadas por la parte reclamante, el DCE 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 adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España en su sesión del 24 de marzo de 2015— establecen unos requisitos mínimos en el área de la seguridad de los pagos en Internet. Entre ellos, 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.

En las reclamaciones estudiadas en 2020 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.

En la R-202003113, la sociedad mercantil reclamante no estaba conforme con varios cargos realizados en su cuenta por retrocesión de operaciones cobradas con tarjeta a través de un TPV virtual que tenía en su establecimiento, reseñando la falta de previsión en su contrato de TPV, suscrito con la entidad reclamada, de que la entrada manual de datos de tarjetas para el pago de operaciones tuviera riesgo alguno.

La entidad reclamada alegó que había sido el cliente el que había solicitado que se le permitiera realizar operaciones mediante tecleo manual de datos en su TPV, a lo que la oficina accedió, facilitándole las condiciones del producto, que fueron tácitamente aceptadas por aquel. Y que en el contrato de afiliación a los sistemas

de pago se indicaba que la entidad no garantizaría el buen fin de las operaciones, por lo que, no habiendo aportado el comercio la documentación suficiente para defender la bondad de los pagos con tarjetas que los titulares habían denunciado como fraudulentos, no pudo abonar nuevamente el importe de las operaciones en la cuenta de su cliente.

El DCE emitió un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad, toda vez que esta no aportó al expediente documentación acreditativa de que realmente se habían producido las reclamaciones —por los titulares de las tarjetas— de las operaciones que habían motivado los cargos controvertidos, así como por haber permitido a la parte reclamante, con ocasión de la solicitud planteada por esta, que operara mediante un sistema que no exigía la utilización de autenticación reforzada. 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 adquirencia deben 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.

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 euros¹²⁹ (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 incorporadas por las entidades a sus instrumentos de pago, que están destinadas a agilizar y facilitar los procesos de autorización de los pagos, en ocasiones han despertado 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 DCE 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 las entidades, en la que el DCE no debe inmiscuirse.

129 Como consecuencia de un 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)], en coordinación con las marcas internacionales, se acordó 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. Dicho acuerdo, además, se encuentra alineado con la recomendación de la ABE de 25 de marzo de 2020, que puede consultarse [aquí](#).

Debemos tener en cuenta que el entorno financiero no permanece ajeno al continuo proceso de innovación tecnológica característico del siglo XXI, 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 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 (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 llegará a conocerlos.

9.2.5 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 9.1.6 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 9.1.6 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 el ordenante 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.

Para demostrar que la operación reclamada fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, las entidades financieras aportan con frecuencia copia de sus registros internos, en los que se reflejan diferentes datos sobre la ejecución de la misma. El DCE ha venido considerando que, además de la aportación de dichos registros, en caso de ser necesario, deben aportar una explicación de su contenido.

La acreditación de las operaciones variará dependiendo del uso dado a la tarjeta.

Si se tratara de reintegros en efectivo, 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 dicha entidad de la correspondiente documentación justificativa— que esta fue correctamente registrada y que no se vio afectada por ninguna deficiencia.

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, OTP, biometría o boleta firmada.

- Que recabe cuantos elementos de prueba estén a su disposición, de modo 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 DCE 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 esos documentos, así como pronunciarse acerca de la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en el cumplimiento de sus obligaciones. 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 por Internet. Las entidades emisoras de las tarjetas suelen aportar, para acreditar tanto la autenticación por parte del titular como la autorización de la operación, copia de los registros internos, que, a su vez, les facilitan las redes de pago o las entidades globales. En cualquier caso, dichos registros deben quedar adecuadamente explicados, y, desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa de transparencia 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.

En la R-202018219, el reclamante mostró su disconformidad con dos compras realizadas con su tarjeta cuya autoría no reconocía, afirmando que él nunca había autorizado pagos por Internet con dicho instrumento, sino solo a través de datáfono. Por su parte, la entidad reclamada sostenía que no procedía el abono de las operaciones reclamadas, ya que estas habían sido validadas mediante el código de seguridad enviado al teléfono del cliente, aportando al efecto determinada documentación. Toda vez que esta no fue considerada suficiente para acreditar la autoría y registro de la operación, el DCE concluyó que la entidad podría haber quebrantado el artículo 44 RDLSP. Se advertía a la entidad, además, de que sería deseable que, en los casos en que el usuario cambia repentinamente su pauta de uso del instrumento de pago, explicase si dispone de controles (aplicación

de técnicas de aprendizaje automático, tecnologías de procesamiento distribuido, reconocimiento de patrones, etc.) que eviten o reduzcan la posible utilización fraudulenta de los instrumentos de pago que utilizan sus clientes.

En ocasiones, las operaciones discutidas han sido efectuadas, ya sea presencialmente en un establecimiento comercial o por Internet, mediante una aplicación de pago móvil a la que fue enrolada la tarjeta de la parte reclamante. En caso de resultar controvertida esa activación, será necesario, además, que la entidad reclamada aporte los registros acreditativos del correspondiente enrolamiento o alta de la tarjeta de su cliente en la aplicación de pago móvil con la que se autorizaron las operaciones en cuestión, y que se evidencie que dicho proceso tuvo lugar por medio de un sistema de autenticación reforzada.

El reclamante de la R-202016412 solicitaba la devolución de unos cargos considerados fraudulentos, pues manifestaba haber sido víctima de un posible *phishing* y que la tarjeta continuaba en su poder.

La entidad reclamada alegó que las operaciones reclamadas se realizaron de forma presencial con un dispositivo móvil mediante el enrolamiento de la tarjeta del cliente en una aplicación de pago móvil, sin que hubiese existido fallo técnico alguno en su autorización.

Si bien la entidad aportó el registro de las operaciones cuestionadas —aspecto del cual nada se reprochó a su proceder—, no acreditó de manera suficiente en el expediente la vinculación o alta de la tarjeta del reclamante en la aplicación de pago móvil con la que fueron autorizadas las operaciones discutidas. Por este último motivo, el DCE emitió un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad reclamada.

Autenticación reforzada de clientes

De conformidad con lo establecido en el artículo 68 del RDLSP —que, recordemos, transpone a la normativa nacional las disposiciones de la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior—, los proveedores de servicios de pago aplicarán la autenticación reforzada de clientes, en la forma, con el contenido y con las excepciones previstas en el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017¹³⁰, 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

130 De aplicación desde el 1 de enero de 2021, tras la finalización del período concedido a las entidades para adaptarse a las exigencias establecidas por la norma.

abiertos comunes y seguros, cuando el ordenante acceda a su cuenta de pago en línea, inicie una operación de pago electrónico y realice por un canal remoto cualquier acción que pueda entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos.

El Reglamento Delegado persigue como objetivo que los servicios de pago ofrecidos electrónicamente se presten con la adecuada protección, gracias a la adopción de tecnologías que permitan garantizar una autenticación segura del usuario, minimizándose así el riesgo de fraude.

En su artículo 3.5, el RDLSP define la autenticación reforzada como la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que solo conoce el usuario), posesión (algo que solo posee el usuario) e inherencia (algo que es el usuario), que son independientes —es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás—, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de identificación.

Esas exenciones a que se refiere la normativa citada que hacen que no sea preciso aplicar la autenticación reforzada de clientes se basan en: i) el nivel de riesgo que entrañe el servicio prestado, ii) el importe de la operación, la frecuencia con la que se repite o ambas cosas, y iii) el canal de pago empleado para la ejecución de la operación. De manera que la norma determina los siguientes supuestos: pagos de escasa cuantía, pagos sin contacto en el terminal de venta, así como en terminales no atendidas para tarifas de transporte o pago de aparcamiento, operaciones frecuentes, pagos a favor de beneficiarios de confianza que estén incluidos en listas blancas que el cliente haya establecido, transferencias entre dos cuentas del propio cliente dentro de la misma entidad, y operaciones de pago electrónico cuando estén justificadas por un análisis del riesgo. Además, se prevé la posibilidad de no aplicar la autenticación reforzada cuando el cliente consulte en línea el saldo de su cuenta de pago o las operaciones ejecutadas en los últimos 90 días.

En la R-202013063, el reclamante solicitaba el abono de una operación de pago con tarjeta que, según indicaba, no había sido efectuada por él.

En sus alegaciones la entidad señaló que el pago se efectuó, una vez informados los campos obligatorios en el sitio web del comercio —número de la tarjeta, fecha de caducidad y CVV—, mediante el envío al reclamante del SMS donde se informaba, entre otros datos, del importe y el código de un solo uso necesario para la autorización de la operación.

Por cuanto la entidad reclamada acreditó la correcta autenticación de las operaciones, así como el empleo de autenticación reforzada en el pago cuestionado, no se encontraron motivos para emitir una opinión desfavorable a su actuación.

Por el contrario, en la R-202017211, en la que el reclamante afirmaba no haber realizado la operación de pago controvertida por Internet y pedía su devolución, el DCE concluyó que el proceder de la entidad reclamada fue contrario a las buenas prácticas y usos financieros debido a que, pese a manifestar que la operación reclamada había sido autorizada con un método de autenticación reforzada (código de un único uso remitido por SMS), no aportó documento acreditativo de dicho extremo.

Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído

El artículo 46 del RDLSP prevé que el ordenante soportará hasta un máximo de 50 euros 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. Y 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.

En cuanto a la enervación por parte de las entidades del límite de responsabilidad descrito, es criterio reiterado de este DCE 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.

9.2.6 Programas de fidelización en tarjetas y tarjetas de pago en circuito cerrado

Al DCE 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 DCE no tiene competencia, al no

estar sometidas 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, y con base en la exclusión prevista en el artículo 4.k) del RDLSP, las competencias del DCE no alcanzan al análisis de actuaciones relativas a determinados usos de tarjetas que permiten a su titular adquirir bienes o servicios dentro de una red limitada de proveedores en virtud de ciertos acuerdos comerciales suscritos por el emisor de las tarjetas.

9.2.7 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.

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 que 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.

9.3 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 Traspasos¹³¹, cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001.

El *rulebook* refleja el esquema diseñado por el Reglamento (UE) 260/2012, al que se han adherido los diversos sistemas interbancarios nacionales que existen en el seno de la UE 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, artículo que señala que este reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE. Además, el referido artículo indica que tanto el reglamento como las instrucciones operativas serán de obligado

131 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.

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.

9.3.1 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 74¹³² 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-202001355, la reclamante mostraba su disconformidad con la ejecución de una transferencia emitida para el pago de un servicio, puesto que con posterioridad a su emisión se percató de que en la orden de pago había consignado un número de cuenta (IBAN) erróneo; solicitaba la devolución y expresaba su asombro al no haberse comprobado que el nombre del beneficiario no coincidía con el del titular de la cuenta que recibió los fondos.

La entidad alegó que la reclamante había ordenado la transferencia a través de la banca electrónica, y que con posterioridad había solicitado que se hiciera todo lo posible para reclamar al banco beneficiario que la operación volviera a su origen. Aquella entidad manifestó, además, que tramitó una solicitud de retrocesión de la transferencia, que fue rechazada por la beneficiaria, circunstancia ratificada en las alegaciones de esta última, debido a la falta de autorización del beneficiario a dicha retrocesión.

132 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.

Desde un punto de vista bancario, este DCE 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. Y es que, como señalamos, desde el punto de vista de las entidades proveedoras de servicios de pago, estas no tienen obligación de 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, si bien estas gestiones no lograron la retrocesión de los fondos a 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.

Por otro lado, la reclamante de la R-202007847 se encontraba afectada por un ERTE, en el marco del cual facilitó al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), como cuenta beneficiaria para el cobro de la prestación que le correspondía, el IBAN de una cuenta en la que no constaba como titular. Sin embargo, la entidad abonó la transferencia recibida, sin su autorización, en una cuenta diferente, que sí era de su titularidad.

Alegó la entidad que al recibir la transferencia detectó que la cuenta que había designado su cliente no le pertenecía, por lo cual procedió a abonar la transferencia en la otra cuenta referida.

La actuación de la entidad reclamada fue considerada por el DCE como un posible quebrantamiento del artículo 59 del RDLSP, al no haber ejecutado la transferencia controvertida conforme al identificador único (IBAN) instruido por el organismo emisor, el SEPE, en su orden de pago.

9.3.2 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 retrocedidas 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 el reclamante del expediente R-202005536, pues afirmaba haber sido víctima de una estafa, dado que el técnico al que contrató no efectuó correctamente el arreglo del aire acondicionado de su vivienda.

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.

Aun recordando que la opinión del DCE 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, y que recibió 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 ordenante, 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 que cabe destacar el que la cuenta destinataria esté cancelada.

9.3.3 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 (art. 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 trata se ejecuta al amparo de un contrato marco o, por el contrario, debe tener la consideración de operación singular.

En el supuesto de que la transferencia se enmarque en la realización de una operación financiera (como puede ser la disposición de los fondos recibidos de un préstamo), le será aplicable el criterio de facilitar la información previa sobre esta operación de pago al tiempo que se facilita la información precontractual de la operación de financiación principal. Este criterio viene desarrollado en el epígrafe 10.9 de la presente Memoria, el subapartado titulado «Comisión por emisión de cheques. Especial referencia a los emitidos en el marco de una operación principal de financiación».

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 2019¹³³, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante ofrezca un servicio de conversión de divisas en relación con una transferencia¹³⁴, 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, y le indicará asimismo, una estimación del importe que se transferirá al beneficiario en la divisa utilizada por el beneficiario (véase apartado 6.3.2 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 operación¹³⁵ una

133 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 UE 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.

134 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.

135 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.

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 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 DCE 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.

9.3.4 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.

9.3.5 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 zona SEPA el nuevo esquema *SEPA Instant Credit Transfer* (SCT Inst).

La implementación de este cuarto esquema es opcional para los proveedores y permite efectuar, a cualquier hora del día, los 365 días del año, transferencias inmediatas en euros, tanto a 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 100.000 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 surgió 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 encuentre vinculada una cuenta bancaria de su titularidad. Deja de ser necesario, por tanto, proporcionar en la operación datos identificativos de la cuenta bancaria —como el número de cuenta (IBAN)— del otro usuario.

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

Otras prestaciones ofrecidas por Bizum son el pago de compras por Internet en los comercios asociados, el envío de donaciones a ONG, o el cobro y pago de premios en las administraciones de loterías y apuestas del Estado que no superen los 2.000 euros.

9.3.6 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 epígrafe 9.1.6 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 epígrafe 9.1.6 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 de los epígrafes 9.2.5, «Pagos con tarjeta no autorizados», y 9.1.6, «Régimen de las operaciones de pago no autorizadas», de este capítulo.

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 DCE 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 retrocedidas 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 DCE 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 DCE 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 con el cliente ni afectar al buen funcionamiento del servicio prestado, por lo que se exige que, en aras de la transparencia, dichos cambios sean debidamente informados a la clientela.

9.4 Adeudos domiciliados

9.4.1 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 normativa de servicios de pago establece 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. De este modo, adquieren 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 señala que el proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del primero, salvo que medie una conversión de moneda entre el euro y una divisa que no sea la de un Estado miembro de la UE.

9.4.2 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 —cada cobro puntual debe tener un mandato y un código diferente— y recurrentes.

9.4.3 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 de los cobros en su cuenta, 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.

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 la LSP 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.

9.4.4 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 al cargo del deudor, 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 tres días hábiles después del vencimiento.

En la R-202014185, la sociedad reclamante emisora de recibos manifestaba que, por un error en la banca electrónica de la entidad reclamada, fue tramitada por el esquema B2B una remesa de recibos que dio de alta en dicha plataforma, a pesar de que nunca había trabajado con ese sistema, lo cual ocasionó la devolución de los recibos por parte de los deudores, así como las correspondientes comisiones por devolución.

En sus alegaciones, la entidad indicó que el cliente era el encargado de la creación de la remesa, de la comprobación de los datos y de la entrega en soporte magnético, estando ella excluida de cualquier responsabilidad sobre el formato de su presentación, y que no realizó modificación alguna a dicha remesa.

En el informe emitido por el DCE se determinó que el proceder de la entidad resultó contrario a la buena práctica bancaria al no haber aportado a las actuaciones documentación que acreditara el consentimiento de la parte reclamante para operar bajo el esquema B2B, como tampoco la orden de domiciliación de las operaciones de pago controvertidas.

9.4.5 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 por la entidad beneficiaria con antelación a su fecha de cobro, que será aquella en la que el deudor debe cumplir con su obligación de pago, dentro de los catorce días previos a su fecha de vencimiento y a más tardar un día hábil interbancario antes de esa fecha.

Por otra parte, 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 n.º 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 miembro que el beneficiario. En caso de producirse un rechazo como el descrito, estaríamos ante una situación de lo que se ha venido a llamar en terminología anglosajona «IBAN discrimination».

El referido régimen del Reglamento 260/2012 se aplicó en el expediente R-202001569. En el caso analizado en él, el reclamante, titular de una tarjeta de crédito emitida por la entidad reclamada, expresaba su malestar ante la falta de aceptación por parte de esta de la modificación de la cuenta de domiciliación de los pagos de las liquidaciones de la tarjeta por una cuenta abierta en una entidad de Bélgica (IBAN belga).

La entidad alegó que la solicitada modificación de cuenta domiciliataria se trataba de una cuestión enmarcada en su política comercial y de riesgos, y que el contrato se encontraba sometido a la jurisdicción y legislación española, razones por las cuales entendía que los pagos de la tarjeta debían estar domiciliados en una cuenta abierta en cualquier entidad de España (IBAN español).

Finalmente, el DCE, con base en el citado Reglamento n.º 260/2012, concluyó que la negativa de la entidad reclamada a la solicitada modificación de IBAN pudo suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela bancaria, y recuerda que los reglamentos comunitarios resultan de automática aplicación y son obligatorios en todos los Estados miembros desde su entrada en vigor, sin necesidad de su incorporación al derecho nacional.

9.4.6 Procesos excepcionales de cancelaciones, rechazos y devoluciones

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 «transaccionesR», 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 epígrafe, «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.

9.4.7 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 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 tres días.

En el sistema de adeudos domiciliados básico, el acreedor podrá negarse a la devolución, y aportará 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 los proveedores de servicios de pago del ordenante y del beneficiario estén radicados en la UE o cuando el único proveedor de servicios de pago que intervenga en la operación esté radicado en la UE.
- 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 aquel ya no se giren más recibos. En alguno de los casos planteados ante el DCE 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 RDLSP, 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 cuenta que no admite 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.

9.4.8 Revocación de la orden de adeudo domiciliado

Es criterio general de este DCE 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 decreto-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 comisiones e intereses pactados para esos casos, y que, a continuación, proceden a la devolución de dichos recibos.

Con respecto a esta cuestión, resulta pertinente 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.

9.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja

9.5.1 Consideraciones generales

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas corrientes 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 DCE 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 de que es conforme la identidad de quien la efectúa, bien de un modo personal y directo (por conocer al titular), bien exigiendo

la exhibición del título pactado como necesario para la disposición (dejando al arbitrio de la entidad y bajo su responsabilidad que, en caso de que no presentara este título, se pudiera acreditar suficientemente la personalidad del peticionario por otros medios), verificando además, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta, y asegurándose, por otra parte, de que se cumple el régimen de disposición pactado para la cuenta.

9.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago

El RDLSP establece, en su artículo 37, 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. Esta es, 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.

9.5.3 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 DCE 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 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.

9.5.4 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 crédito¹³⁶. 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 a 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.

¹³⁶ En virtud de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, y en el artículo sexto del reglamento citado.

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.

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 la posibilidad de que, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, con el tiempo se ponga de manifiesto que este 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 monedas¹³⁷, las entidades las admitirían en condiciones distintas de las de un

137 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.

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 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 DCE considera que dichos comportamientos no son contrarios a la ortodoxia bancaria. Ahora bien, conviene subrayar la que ha venido siendo opinión del DCE 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 de mantener las partes opiniones contrarias al respecto, este DCE 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 DCE 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 adquiera firmeza.

Dentro de la libertad de establecimiento de comisiones que la normativa otorga a las entidades de crédito, se puede admitir que pacten el cobro de una comisión por la admisión y el recuento de un número elevado de monedas, esto es, lo que se suele denominar «comisión de recuento». El DCE 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.

9.5.5 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 se presta este servicio se ubica en el ámbito de la normativa interna de la entidad, de tal forma que, con carácter general, 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. Corresponde a los usuarios de las entidades de crédito evaluar dichas 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 DCE 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 DCE 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 no domiciliados 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 aplicable¹³⁸, 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 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 DCE 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

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

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 se pretendiera que el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos 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 a sus clientes con carácter individual 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.

En todo caso, se ha de tener presente como criterio de buena práctica el expuesto en el apartado 7.4.12 de este capítulo, referido al adeudo de comisiones en cuenta corriente cuando se trata de la comisión por retirada de efectivo en ventanilla y la conveniencia de que se facilite al menos un sistema gratuito para la disposición del efectivo depositado en las cuentas.

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 importe 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.

9.5.6 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.

10 Cheques

10.1 El cheque como título-valor

Los efectos cambiarios son títulos valores que llevan incorporado un derecho de cobro. En el presente apartado se aborda la problemática bancaria que se produce en relación con los efectos de uso más extendido: los cheques. Su regulación se contiene en la LCCH. En ella se incorporaron a la legislación nacional las disposiciones contenidas en la llamada «legislación uniforme de Ginebra».

Los principios que vertebran la norma son el de legitimación por la posesión, el de la literalidad del derecho incorporado y el de autonomía de la obligación que contienen.

A pesar de ser medios de pago, mediante los cuales el titular puede disponer del efectivo depositado en una cuenta, en general, y salvo las excepciones que luego se referirán, no les es de aplicación la normativa de servicios de pago [en virtud de la exclusión prevista en el art. 4 g) del RDLSP].

El cheque es un título-valor cambiario que puede ser utilizado con la finalidad de disponer del saldo existente en una cuenta abierta por el librador en un banco. El cheque adopta la forma de una orden de pago, pura y simple, dirigida a un banco

(librado) y a favor de un tercero, a su orden o al portador. La LCCH dedica al cheque los artículos 106 y siguientes.

A continuación, reseñamos brevemente algunos artículos de la citada ley que han tenido incidencia en la resolución de los informes emitidos por el DCE e, igualmente, la normativa de transparencia aplicable.

El cheque puede ser presentado al cobro en ventanilla, o puede ser ingresado en cuenta, a fin de que la entidad bancaria gestione su cobro.

10.2 Pago de cheque por ventanilla

Las normas que regulan el lugar de pago de los cheques (básicamente, los artículos 106.4 y 107 de la LCCH) establecen que el cheque, para ser reputado como tal, debe contener el lugar en que se va a pagar. Pero, a falta de indicación especial, el lugar designado en el cheque junto al nombre del librado se reputará como su lugar de pago, por lo que ninguna sucursal distinta de la indicada en él tiene la obligación legal de pagar en efectivo el cheque.

Hay que tener en cuenta que pagar un cheque por ventanilla en oficina distinta a aquella en la que el firmante tiene cuenta abierta implica un riesgo, al no poder comprobar que su firma coincide con la del titular de la cuenta, medida de seguridad necesaria para evitar pagos de documentos a un tenedor ilegítimo o que no hayan sido regularmente emitidos.

Por tanto, la negativa a pagar el cheque en oficina distinta de la librada es perfectamente posible y procedente, salvo pacto contractual que contemple la obligación de la entidad de pagarlo también en otras sucursales distintas de la librada.

No obstante, es habitual, teniendo en cuenta las nuevas tecnologías de que se dispone, que otra oficina distinta haga efectivo voluntariamente el pago del cheque, para lo cual llevará a cabo diversas gestiones confirmatorias con la oficina librada (existencia de saldo disponible, verificación de la firma, etc.), lo cual puede devengar la correspondiente comisión.

Una vez que ha sido regularmente emitido, el librado que tiene fondos a disposición de su cliente, el librador, está obligado al pago, total o parcial (artículo 108).

El cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de quince días (artículo 135).

10.3 Identificación del tenedor

El artículo 41 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, dispone:

«Artículo 41. Obligación de informar acerca del libramiento de cheques por parte de las entidades de crédito.

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 28.4, las entidades de crédito deberán comunicar anualmente a la Administración Tributaria la información relativa a los cheques que libren contra entrega de efectivo, bienes, valores u otros cheques, con excepción de los librados contra una cuenta bancaria.

También deberán comunicar la información relativa a los cheques que abonen en efectivo, y no en cuenta bancaria, que hubiesen sido emitidos por una entidad de crédito, o que, habiendo sido librados por personas distintas, tuvieran un valor facial superior a 3.000 euros.

2. A estos efectos, las entidades de crédito deberán presentar una declaración que contendrá, al menos, la siguiente información:

- a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal de los tomadores o, según proceda, de las personas que presenten al cobro los cheques que son objeto de esta declaración.
- b) El número de serie y la cuantía de los cheques con separación de los librados por la entidad y los abonados por esta. Se distinguirán, a su vez, los emitidos por otras entidades de crédito y los librados por personas distintas de cuantía superior a 3.000 euros.»

En su artículo 140, la LCCH permite que el banco pueda exigir que el cheque se le entregue con el recibí del tenedor:

«Artículo 140

El librado podrá exigir al pago del cheque que este le sea entregado con el recibí del portador [...].»

Por otra parte, el artículo 3 de la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo,

establece como obligaciones de las entidades de crédito, como sujetos obligados, las siguientes:

«1 Los sujetos obligados identificarán a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones.

En ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas. Queda prohibida, en particular, la apertura, contratación o mantenimiento de cuentas, libretas, activos o instrumentos numerados, cifrados, anónimos o con nombres ficticios.

2 Con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios o a la ejecución de cualesquiera operaciones, los sujetos obligados comprobarán la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes [...]»

A estos efectos, el artículo 25 de la citada Ley 10/2010 establece lo que sigue:

«1 Los sujetos obligados conservarán durante un período mínimo de diez años la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley.»

En consecuencia, y dado que, efectivamente, la normativa descrita exige y permite que las entidades financieras establezcan procedimientos de salvaguarda de la legalidad y de los intereses propios y de sus clientes, mediante los que se asegure de la identidad de las personas con las que realiza sus operaciones, solicitar la identificación al tenedor de un cheque, con independencia de cómo se encuentre emitido y de cuál sea su importe, es una medida que promueve la seguridad del tráfico cambiario y mercantil y que el DCE considera ajustada a las buenas prácticas bancarias.

No obstante, debemos hacer constar que la información que posee la entidad, relativa a la persona que efectivamente cobró el cheque, está sujeta al deber de reserva y confidencialidad previsto en el artículo 83, sobre «Deber de reserva de información», de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Efectivamente, como veremos más adelante, el cheque es un documento cambiario que está concebido para girar en el tráfico mercantil, y es esencialmente transmisible, mediante endoso, o por cesión ordinaria. El tercero que cobra un cheque es acreedor de un deber de secreto, de forma que este solo puede ser levantado con el asentimiento de este tercero, o en su caso, mediante autorización judicial.

10.4 Revocación

En cuanto a la revocación del mandato de pago contenido en el cheque, el artículo 138 señala que la de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación. El plazo de presentación es de quince días naturales, que se computan desde el día que consta en el cheque como fecha de emisión, lo cual es relevante tanto para el caso de cheques posdatados como para el de los antedatados. Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración de ese plazo.

En los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago. Los artículos 154 y 155 refieren un específico procedimiento judicial para los casos de extravío, sustracción o destrucción de un cheque.

En tal caso, no es suficiente con que el poseedor desposeído o el librador del documento avisen a la entidad de la existencia de la pérdida o destrucción del cheque. El mandato de pago contenido en el cheque no decae por la comunicación hecha a la entidad en este sentido. Se estima que las entidades deben advertir a la clientela de dicha circunstancia, es decir, deben aclarar que, si un tercero se presentara pretendiendo el cobro del documento, la entidad estaría obligada al pago, a pesar de dicha comunicación, salvo que hubiera transcurrido el plazo de irrevocabilidad, o que se hubiera seguido el procedimiento indicado en los artículos 154 y 155 de la LCCH citados. Por lo tanto, para evitar el pago, el tenedor desposeído deberá acudir al juez competente, y será el juez el que ponga en conocimiento del banco la denuncia, para que se retenga el pago. Tras la tramitación del procedimiento correspondiente, el juez dictará sentencia declarando, en su caso, amortizado el título y reconocida su titularidad.

Si bien este es el procedimiento establecido en la LCCH, en algunos casos, y entretanto se recibe la orden judicial, las entidades admiten la copia de la denuncia del robo/extravío del documento, para aceptar la revocación.

En el caso de un cheque bancario, el librador y el librado coinciden, y la revocación hecha por el tenedor desposeído no liberaría a la entidad de crédito de las responsabilidades que tuviera que atender como libradora del efecto. Así, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la LCCH, que establece en el párrafo 1.º de su artículo 157 (refiriéndose a la prescripción del cheque) que «[l]as acciones que corresponden al tenedor contra los endosantes, el librador y los demás obligados prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación», cabría entender que, sin acudir al procedimiento judicial cambiario mencionado, habría que dejar transcurrir al menos seis meses para que la entidad pudiese anular el cheque bancario extraviado y emitir uno nuevo. Sin embargo, nuestros tribunales de justicia mantienen un criterio bastante más restrictivo, pues aplican a estos casos el plazo de prescripción ordinario de 15 años establecido en el artículo 1964 del

Código Civil (así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 21.3.1994). El actual plazo de prescripción es de 5 años, tras la modificación del artículo 1964 del Código Civil.

En consecuencia, de mantenerse el citado criterio jurisprudencial, la entidad actuaría correctamente si no atendiera la orden de revocación del mandato de pago recogido en el cheque bancario, hasta tanto haya transcurrido el plazo de 5 años y 15 días mencionado con anterioridad, si no se acredita la devolución del cheque, o un juez haya declarado que la entidad no está obligada a su pago (evitando, por cualquiera de estos procedimientos, las posibles responsabilidades que le pudieran ser exigidas). No obstante, en ocasiones, el banco librado solicita del tenedor desposeído que porta la denuncia, para el intervalo en el que se substancia el procedimiento de amortización, la suscripción de un documento en el que exonere a la entidad de su responsabilidad, asumiéndola él mismo, para el caso de que resulte finalmente demandado por el impago.

10.5 Endoso

La citada ley, en su artículo 120, establece que «el cheque extendido a favor de una persona determinada, con o sin cláusula “a la orden”, es transmisible por medio del endoso. El cheque extendido a favor de una persona determinada con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, no es transmisible más que en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (de créditos)»¹³⁹. El cheque, por tanto, es un título valor esencialmente transmisible.

Respecto a cómo debe llevarse a cabo el endoso, el artículo 122 de la misma ley exige que se escriba en el cheque o en su suplemento y sea firmado por el endosante. Se admite la figura del endoso en blanco, que consiste en el endoso en el que no se designa al endosatario o el endoso en el que simplemente se incluye la firma del endosante, exigiéndose en este último caso, para que sea válido, que la firma se recoja en el dorso del cheque.

Por su parte, el artículo 123, al referirse a los efectos del endoso, señala que este transmite todos los derechos resultantes del cheque, y el 125 dice que «el tenedor de un cheque se considerará portador legítimo del mismo cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco».

Por último, respecto a las medidas que debe adoptar el librado de un cheque antes de proceder a su pago, el artículo 141 exige que compruebe la regularidad en la serie de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes.

139 Regulada en los artículos 1526 al 1536 del Código Civil y en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio.

10.6 Ingreso en cuenta

El cheque puede ser cobrado a través de su ingreso en cuenta, mediante la presentación a una cámara o sistema de compensación, según dispone el artículo 137 de la LCCH.

El DCE ha venido sosteniendo que cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera, entregándole cheques en gestión de cobro, el servicio o la gestión que espera sea desarrollada y por la que, en principio, está dispuesto a pagar incluye necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos necesarios para obtener el cobro del derecho incorporado al título. Una actuación acorde con la claridad y transparencia exige que, con carácter previo al momento en que se efectúa la entrega del cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de los múltiples aspectos que envuelve la gestión, comisiones de ingreso y devolución, abono en firme o salvo buen fin, gastos que pudiera comportar, firmeza del abono, etc. Para justificar esta actuación, la entidad debe conservar el documento acreditativo de haber facilitado tal información previa, así como la solicitud de ingreso o resguardo de entrega de los efectos bancarios en que, igualmente, conste la citada información, debidamente suscrita por el cliente, para de esa forma tener constancia de que se le ha facilitado una información adecuada y el cliente pueda conocer con total claridad las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada y pueda prestar su conformidad con plena información.

Este criterio de buena práctica bancaria tiene ahora su reflejo en la norma sexta de la Circular del Banco de España n.º 5/2012, de 27 de junio, apartado 2.6, en vigor en este punto desde el 1 de enero de 2013, que al respecto dispone:

«2.6 Negociación de cheques. Antes de la cesión en gestión de cobro de un cheque a la entidad, esta facilitará al cliente, al menos, la siguiente información:

- a) La descripción de la gestión que realizará con el cheque. Cuando, además de encargarse de gestionar el cobro del cheque, la entidad vaya a abonar el importe de este al cliente y a permitirle disponer de él, deberá advertirle claramente de que i) dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta el momento en que el cheque sea efectivamente cobrado, y ii) si se produce el impago o devolución del cheque, el cliente quedará obligado a devolver lo recibido, pudiendo, en su caso, resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en la cuenta de aquel. Cuando la entidad vaya a abonar el importe del cheque al cliente, pero limitando su disponibilidad, deberá advertirle expresamente de esta indisponibilidad temporal del importe del cheque hasta la fecha del cobro efectivo de este.

- b) El plazo máximo que transcurrirá desde que el cliente cede el cheque a la entidad hasta su cobro efectivo y, en su caso, la subsiguiente firmeza del abono de su importe. Cuando, por tratarse de cheques librados sobre el extranjero o por otras circunstancias, no sea posible determinar la fecha a partir de la que los fondos abonados adquirirán firmeza, se hará saber al cliente la indeterminación de la firmeza del abono, con independencia de la disponibilidad o indisponibilidad de este, y el plazo estimado que transcurrirá hasta su cobro efectivo.
- c) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de las gestiones realizadas, con indicación de los supuestos y condiciones en que unas y otros serán aplicables. En particular, la entidad informará también de la comisión que adeudará en caso de que el cheque resulte impagado o devuelto.
- d) La forma en que, en caso de ser devuelto el cheque por impago total o parcial, la entidad ofrezca al cliente la posibilidad de una nueva presentación al cobro.»

Por lo tanto, el deber de información previo al encargo de gestión de cobro del cheque pasó a formar parte de la normativa de transparencia y protección de la clientela, y el incumplimiento de este deber por la entidad financiera puede suponer, consecuentemente, un quebrantamiento de dicha normativa.

10.7 Ingreso en cuenta por un tercero distinto de su titular

Para efectuar cualquier tipo de ingreso en la cuenta de un tercero, es absolutamente imprescindible que la persona que pretende hacerlo conozca la numeración específica de la cuenta en la que pretende realizarlo (cuenta beneficiaria).

Las entidades, en buena práctica bancaria, no pueden aceptar ingresos en los que no se identifique la cuenta beneficiaria (sino, por ejemplo, tan solo la persona a quien van dirigidos), pues tal negativa responde a una imprescindible medida de seguridad que ampara la confidencialidad de los datos bancarios de su cliente, y que viene exigida por la normativa que regula la protección de datos de carácter personal.

Además, y para el caso específico del ingreso de cheques, no se puede equiparar el ingreso de dichos efectos por un tercero con el que efectuaría el propio titular, muy especialmente por las consecuencias que de dicho ingreso se pueden derivar; entre ellas, a modo de ejemplo, el cobro de una comisión de gestión de cobro o las

derivadas de su impago (siendo necesario siempre en esos casos que se trate de un servicio solicitado por el titular de la cuenta, y que este sea informado del desarrollo de dicho servicio y de las comisiones que lleva o puede llevar aparejado), u otras de cualquier índole.

Así, dado que no es lo mismo el ingreso de un cheque en gestión de cobro por el propio titular de la cuenta, y tampoco es igual el ingreso en efectivo por un tercero (que no conlleva ningún tipo de comisión para el titular de la cuenta, y ante el que no cabría exigir el conocimiento y consentimiento de este), entiende este DCE que, conforme a las exigencias que demandan las buenas prácticas bancarias, la entidad no puede llevar a cabo dicha gestión sin el conocimiento y consentimiento del titular de la cuenta, para que de esta forma el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con una información suficiente— las condiciones económicas que eventualmente se derivan de la operación.

En efecto, en nuestra opinión, carecería de sentido que los requerimientos de información previa sobre la gestión de cobro y sus posibles costes se exijan cuando el ingreso lo efectúa el titular de la cuenta y que, sin embargo, cuando dicha gestión la encomienda un tercero ajeno a la cuenta, no se informe al titular de dichas comisiones y gastos, titular que, salvo prueba en contrario, no ha aceptado o solicitado servicio alguno.

En el supuesto de que se tratara de cheques nominativos, además, la entidad ha de encontrarse en condiciones de acreditar que ha verificado, en su caso, la regularidad en la cadena de endosos.

10.8 Compensación

De acuerdo con el artículo 137 de la LCCH, la presentación a una cámara o sistema de compensación equivale a la presentación al pago.

Habitualmente, el sistema a través del cual se tramita el cobro de los cheques es el SNCE. De conformidad con la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pago y liquidación de valores, corresponde a la Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima (IBERPAY), la elaboración y publicación de las normas básicas de funcionamiento del SNCE. El Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica vigente se publicó el 11 de enero de 2013. Asimismo, las entidades participantes se dotaron de una serie de convenios e instrucciones técnicas y operativas que carecen de la consideración de normas, por lo que solo son obligatorias para las entidades participantes.

Tradicionalmente, cuando se transfiere o se cobra un título-valor se hace entrega física del documento. El truncamiento consiste en la sustitución del intercambio físico

de documentos relativos al pago por el intercambio electrónico de la información que contienen, conservando el soporte material la entidad presentadora o tomadora. Por tanto, nos encontramos ante una «inmovilización», por parte de la entidad tomadora, de los originales de un efecto mercantil, pasando la información que este contiene a la entidad pagadora mediante un soporte magnético. En resumen, el truncamiento es una prerrogativa, otorgada a las entidades de crédito, de poder entregar con carácter liberatorio un recibo acreditativo de pago de un efecto cambiario domiciliado, sin necesidad de desplazarlo materialmente.

De acuerdo con el convenio sobre truncamiento de cheques, de pagarés de cuenta corriente y otros documentos, la entidad tomadora responde frente a la entidad librada de la fidelidad de los datos aportados al sistema desde los documentos originales, en caso de truncamiento. En particular, en cuanto al importe, este deberá corresponderse con la cantidad escrita en letra.

A pesar de las múltiples ventajas que reporta a las entidades el pago por truncamiento, en ocasiones su utilización evidencia algunas dificultades prácticas, como la de la comprobación de la suficiencia y autenticidad de las firmas contenidas en el documento, toda vez que el mismo queda inmovilizado en poder de la entidad tomadora y los datos que esta transmite a la librada no permiten detectar si falta alguna de las firmas, o su corrección.

Sobre este asunto, el Tribunal Supremo mantiene (sentencia 79/1998, de 9 de febrero, entre otras) que:

«[...] A los efectos de la responsabilidad del Banco, nada importa la utilización del método del truncamiento —que implica la inmovilización del título en la oficina bancaria donde se ha presentado para su cobro, de manera que se hace llegar al librado solo la información en soportes electrónicos gestionados de forma centralizada por toda la Banca—, que favorece la rapidez de la gestión, pero también reduce los costes y supone un ahorro de personal, lo cual, si beneficia económicamente a la entidad que lo utiliza, trae como efecto la aplicación del principio según el cual quien es favorecido por una actividad que le reporta utilidad debe soportar asimismo los riesgos derivados de la misma.

Evidentemente es de aplicación aquí la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón sin los requisitos exigidos. Por ello, es indiferente la existencia de un convenio de truncamiento, pues frente al cliente quien debe responder siempre es la entidad librada, en los términos previstos en el artículo 156 LCCH [...].».

En cuanto a la asunción de responsabilidades por estas posibles disfunciones, el Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (publicado en el *BOE* del 16 de julio de 2018) establece en su artículo 26, «Resolución de

Incidencias en el SNCE», que «[l]as incidencias surgidas entre Entidades Miembros como consecuencia de los procesos de Intercambio de Operaciones serán resueltas apelando al buen entendimiento que debe presidir en todo momento las relaciones entre Entidades Miembros. De no encontrarse, pese a esto, una solución aceptada por las Entidades Miembros involucradas en la incidencia, y siempre que el asunto no sea objeto de un proceso ante la jurisdicción ordinaria, deberá plantearse la citada incidencia ante los órganos correspondientes creados por las distintas asociaciones sectoriales de las Entidades Miembros para resolver de común acuerdo las incidencias que puedan surgir entre sus entidades asociadas. [...] En cualquier caso, el perjuicio no debe recaer sobre el usuario de servicios financieros».

Adicionalmente, cuando se gestiona el cobro de un cheque a través del SNCE, en el caso de que este resulte devuelto, el propio sistema prevé diferentes causas de devolución (cheque incorriente, cuenta cancelada, cuenta bloqueada, error). Este DCE considera que la información ofrecida por las entidades a los usuarios sobre las causas efectivas de la devolución ha de ser veraz y transparente.

En caso de que confluya en una misma entidad la doble condición de gestora de cobro de un cheque, por el encargo de un cliente, y de libradora del mismo cheque, por su relación de clientela con el librador, su actuación debe ajustarse fielmente a la normativa, permaneciendo en una situación de neutralidad y profesionalidad, toda vez que los clientes depositan en ella no solo la gestión de sus cobros y pagos, sino también su confianza. En este sentido, debemos recordar que la orden de pago contenida en el cheque es irrevocable hasta que expire su plazo de presentación; por lo tanto, la entidad que ha abonado un cheque en la cuenta de un cliente, adeudándolo en la cuenta de otro que contaba con provisión, no puede detraer el importe y abonarlo de nuevo al librador alegando que este así lo ordenó, debiendo recordar en este punto la diferente naturaleza del cheque, en el que la entidad es un librado, y del pagaré, en el que la entidad es una mera mandataria.

10.9 Comisiones

Las comisiones aplicables a los cheques comparten el régimen general previsto para los servicios bancarios de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Comisión por emisión de cheques. Especial referencia a los emitidos en el marco de una operación principal de financiación

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

como librada. Son cheques aceptados en el tráfico como muy seguros, por la condición de entidad de crédito del obligado al pago. La emisión de un cheque bancario es un servicio que, como tal, puede ser retribuido a través de una comisión.

Una actuación acorde con la claridad y transparencia exige que, con carácter previo al momento en que se emita el cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de si la operación lleva aparejado el cobro de comisiones y, en caso afirmativo, le indique, en términos no solo relativos (porcentaje), sino también absolutos, el importe de la comisión que se le adeudará, de modo que, en ese momento, tenga perfecto conocimiento del coste que esta operación va a suponer, pudiendo decidir si sigue adelante con la solicitud de emisión del cheque o prefiere no hacerlo para poder contrastar el coste de este en otra entidad. Tras esa información, en caso de ser aceptadas las condiciones por el cliente, la orden de emisión del cheque debe contener la liquidación y aceptación del cargo en cuenta del importe de la comisión correspondiente.

Este criterio tiene actualmente rango normativo, con fundamento en la norma sexta («Informaciones exigibles») de la Circular 5/2012, del Banco de España, que, en su apartado 1, obliga a las entidades a facilitar al cliente de forma gratuita toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación, con expresa mención a que, 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.

Los cheques bancarios, como medio de disposición de préstamos concedidos —de manera especial en préstamos hipotecarios, total o parcialmente, sin subrogación de deudor—, constituyen un instrumento de pago solutorio, práctico y seguro. No obstante, en los últimos años tanto el incremento de los importes de las comisiones aplicadas en su emisión como la falta de la claridad y transparencia exigible en su operativa están suponiendo un aumento de las reclamaciones sobre este producto, por cuanto con frecuencia, tras muchos días o semanas de estudio del préstamo solicitado y una vez aprobado, se informa del coste de emisión de los cheques en el momento de la firma de la operación —sin margen, *de facto*, para contrastar la comisión en otras entidades—.

Dicho lo anterior, y a título meramente ilustrativo, conviene aclarar que, con carácter general, la mayoría de los préstamos hipotecarios concedidos a la clientela lo son para aplicarlos a una determinada finalidad que es conocida por las entidades desde el momento de la solicitud y que, igualmente, el cliente habrá explicado cómo se realizarán los pagos a los terceros vendedores, cuando llegue el momento para ello. Así, a título de ejemplo, por ser los más comunes, en los préstamos hipotecarios

para la financiación de viviendas, la cuantía del préstamo se destinará al pago parcial (excepcionalmente total) de una vivienda, habitualmente mediante la entrega de cheques bancarios a los vendedores. Como normalmente el importe a satisfacer a los vendedores será superior al del préstamo concedido, dependiendo del porcentaje que este represente sobre el precio total de la vivienda que se quiere adquirir, la diferencia corresponderá a recursos propios del cliente que, en la fecha de emisión de los instrumentos de pago, este ya habrá situado en la correspondiente cuenta en la entidad.

Desde el punto de vista operativo, cuando llega el día de la firma de la operación ante notario, normalmente antes de acudir a la notaría la entidad habrá abonado el préstamo en la cuenta de pago del cliente y, simultáneamente, habrá emitido los cheques y habrá realizado también su cargo en cuenta. Estos cheques, por el importe total de la transacción —y no solo del préstamo, si este es menor—, se habrían previsto emitir para entregar a los vendedores de la vivienda que, mediante la formalización del préstamo hipotecario, constituirá la garantía de la operación.

Así las cosas, el DCE considera necesario establecer un nuevo criterio de buenas prácticas bancarias, en virtud del cual, en el caso de solicitud de información precontractual para préstamos hipotecarios, de los que, una vez concedidos, se vaya a disponer, total o parcialmente mediante cheques bancarios, las entidades deben informar a sus clientes de las comisiones y gastos aplicables por la emisión de esos instrumentos de pago, junto a las primeras condiciones económicas de las que se informe.

Por ello, junto a la información precontractual del producto principal (por ej., la FEIN en el caso de préstamos hipotecarios sujetos a la LCCL) deberá añadirse, desde el primer momento, donde figuran intereses y comisiones aplicables a la operación financiera, una pieza de información específica (en papel, soporte duradero o electrónico) sobre el coste de emisión de los cheques bancarios que, en su caso, sea necesario emitir para disponer del importe desembolsado o del crédito disponible más, en su caso, los fondos complementarios hasta el total de la transacción prevista —salvo que la entidad ofrezca un medio alternativo gratuito y de igual o mayor seguridad y eficacia que los cheques bancarios para movilizar la totalidad de los fondos—.

Además, en la medida en que desde el momento de la solicitud de la operación pueden conocerse los importes finales de los cheques que se han de emitir —sin perjuicio de que pueda haber alguna modificación posterior—, la información que se debe ofrecer se formulará tanto en términos relativos (porcentaje) como absolutos (importe).

En el supuesto de que la operación en su conjunto implicara, igualmente, la realización de una transferencia, sería igualmente aplicable el criterio de información

previa, desde el primer momento, en los términos aquí señalados para los cheques bancarios.

En definitiva, se trata de un ejercicio de total transparencia, en tiempo y forma, con la finalidad de que la clientela pueda conocer, desde el momento en que solicite información, el coste de la financiación, más el coste de emisión de los cheques y/o transferencias, y no solo de los correspondientes a la estricta disposición del préstamo, sino también de los complementarios que, en su caso, pueda ser necesario emitir para materializar la operación en su conjunto, y, si así lo cree oportuno dicha clientela, esta pueda comparar esos costes con los que para tales circunstancias pudieran ofrecer otras entidades.

Relacionado con la problemática descrita, durante 2020 se analizó la R-202013087, entre otras muchas, en la que el reclamante denunciaba que, conociendo la entidad prestamista desde el primer momento en que solicitó el préstamo que la disposición del mismo se realizaría mediante cheques bancarios para entregar a los vendedores de la vivienda objeto de compraventa y sobre la que recaería la hipoteca, no fue hasta unos minutos antes de la firma, ya en la propia notaría y habiendo transcurrido más de dos meses desde la solicitud, cuando la entidad le puso a firmar un documento informativo del importe de la comisión por la emisión de los cheques y la autorización para el cargo en cuenta de la misma. En tal contexto, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, se emitió informe contrario a la entidad.

Comisión por ingreso y devolución

Cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera, entregándole cheques en gestión de cobro, el servicio o la gestión que espera que sea desarrollado y por el que, en principio, está dispuesto a pagar incluye necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos necesarios para obtener el cobro del derecho incorporado al título. Una actuación acorde con la claridad y transparencia exige que, con carácter previo al momento en que se efectúa la entrega del cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de si la operación lleva aparejado el cobro de comisiones. Igualmente, se debe informar al cliente de que, si por cualquier motivo, el cheque no es atendido por la entidad librada, será «devuelto», operación que generará, en su caso, una nueva comisión, respecto de la que se informará en los mismos términos señalados para la del ingreso. Se debe hacer especial hincapié en advertir al cliente sobre la comisión de devolución cuando, estando exento de comisiones de ingreso del cheque, no lo esté respecto a la de su devolución. En definitiva, resulta fundamental cuando se va a utilizar el cheque como medio de pago que el cliente, con carácter previo, tenga perfecto conocimiento del coste del ingreso y, en su caso, del que pudiera devengarse por la devolución del cheque, de

modo que pueda decidir si sigue adelante con la entrega o prefiere no hacerlo para poder contrastar el coste en otra entidad.

Todo ello sin perjuicio de la obligación de las entidades de tener puestas a disposición de los clientes, debidamente actualizadas y en el formato unificado correspondiente, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios.

Este criterio de buena práctica bancaria tiene actualmente rango normativo, con fundamento en la norma sexta («Informaciones exigibles») de la CBE 5/2012 dirigida a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que, en su apartado 1, obliga a las entidades a facilitar al cliente de forma gratuita toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación, con expresa mención a que, 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. Asimismo, en su apartado 2.6, hace referencia a la información concreta que se debe facilitar en el caso concreto de negociación de cheques.

Por lo tanto, el incumplimiento del deber de información previo al encargo de gestión de cobro del cheque en general y, más en concreto, sobre las comisiones aplicables, puede constituir, eventualmente, un quebrantamiento de dicha normativa.

En 2020 se resolvieron numerosas reclamaciones en las que los clientes manifestaban un déficit informativo previo a la realización del ingreso de cheques, respecto al coste aparejado a su gestión, tanto por el ingreso como, en su caso, por la devolución. Así, entre otras muchas y como meros ejemplos, la R-202007211, R-202010897, R-202012061 y R-202016748. Denominador común de todas esas reclamaciones era la falta de acreditación de que los clientes hubiesen sido informados con carácter previo al ingreso del cheque de la cuantía de la comisión que les iban a cargar. En algunas de ellas se manifestaba expresamente que, de haber tenido información previa al respecto, hubieran mirado, bien otra entidad, bien otra forma menos gravosa de disponer de los fondos.

De entre las reclamaciones citadas, destacó la R-202012061, en la que las carencias informativas se vieron agravadas por el hecho de que, al ir a ingresar el cliente dos cheques, teniendo dos cuentas en las que poder hacerlo, una con coste para el ingreso de cheques y otra sin él, ingresó un cheque en cada cuenta; según el reclamante, a indicación del empleado de la entidad; según esta última, fue el cliente quien indicó en qué cuenta ingresar cada cheque. Así las cosas, es claro que ante las afirmaciones contradictorias de las partes, no acreditadas

documentalmente por ninguna de ellas, el DCE no puede decantarse por ninguna de las versiones, por lo que, a falta de acuerdo entre las partes, deberán ser los tribunales de justicia los que, en su caso, dilucidan quién tiene razón. Sin perjuicio de ello, se consideró que razonablemente cabía entender que, si el cliente hubiera sido adecuadamente informado, al advertir que una de las cuentas tenía coste para el ingreso de los cheques y que podía ingresar ambos títulos en la cuenta sin gastos, nunca habría decidido ingresar uno de ellos —además, el de mayor importe— en la cuenta que tenía coste ni pagar, no siendo necesario, una elevada comisión. En definitiva, el DCE concluyó en su informe que la entidad podría haber incurrido en un quebrantamiento de la normativa de transparencia y, en todo caso, en una actuación contraria a las buenas prácticas bancarias, al no acreditar que su cliente hubiera sido razonablemente informado, con antelación al ingreso del cheque, tanto del importe de la comisión aplicable como, de manera especial, de la conveniencia de ingresar el cheque en la cuenta sin coste de la que también era titular.

Comisión por devolución de cheques de cuentas canceladas

Cuando se cancela una cuenta, con carácter general, las entidades comprueban si la misma tiene talonario con cheques sin utilizar, en cuyo caso solicitan al cliente que los entregue para inutilizarlos. Sin embargo, no siempre los clientes entregan el talonario, por lo que las entidades cancelan la cuenta y, simultáneamente, anulan los cheques no utilizados, aunque no hayan sido entregados.

En los últimos años y, especialmente, tras el importante aumento de la cuantía de las comisiones, se vienen incrementando las reclamaciones por el adeudo de comisiones por devolución de cheques correspondientes a cuentas canceladas. En muchos de estos casos, el patrón se corresponde con personas que, teniendo cuenta en varias entidades, deciden trasladar el saldo de una de ellas a otra mediante el ingreso de un cheque de la primera en la segunda, resultando este devuelto por corresponder a una cuenta cancelada, aunque el cliente mantenía en la misma entidad otra cuenta con el saldo que pretendía traspasar.

En muchos de los casos, este tipo de operaciones suelen hacerse presencialmente ante un gestor de la entidad donde realizan el ingreso, por lo que los reclamantes se quejan, en todos esos supuestos, de que el gestor estaba presente cuando rellenaron el cheque y no les advirtió de ese riesgo, ni del importe de la comisión que, en su caso, les adeudarían. Así, a título de ejemplo y entre otras, ocurrió en la R-202013518 y R-202014278. Por ello, este DCE llama la atención a las entidades destinatarias de ingresos de cheques con esta casuística, para que, cuando se realicen estas operaciones, aunque la responsabilidad acerca del cheque que se utiliza para el ingreso sea del propio cliente, pongan especial cautela en advertir a este del mencionado riesgo, para evitar devoluciones de esa naturaleza.

Todo ello sin perjuicio de informar al cliente con carácter previo, al igual que en cualquier otro ingreso de efectos, del importe de la comisión que, en su caso, le adeudarán, tanto por el ingreso como por la devolución del cheque, además del resto de la información que se debe facilitar en el caso concreto de negociación de cheques, a que hace referencia el apartado 2.6 de la norma sexta de la CBE 5/2012, que también señalamos con anterioridad.

Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta

Como ya se indicó anteriormente, según la propia LCCH, la única oficina obligada a hacer efectivo un cheque es la oficina librada de este.

No obstante, es posible que otra oficina distinta haga efectivo voluntariamente el importe del cheque, para lo cual deberá llevar a cabo diversas gestiones confirmatorias con la oficina librada —existencia de saldo disponible, verificación de firma, etc.— por las cuales estaría legitimada para cobrar la correspondiente comisión, siempre que esté a disposición del cliente debidamente actualizada y en el formato unificado correspondiente, de acuerdo con la nueva normativa de aplicación, y se informe a aquel sobre ella con carácter previo, para que preste el consentimiento a su repercusión.

10.10 Fecha de valor y disponibilidad de fondos

En cuanto a la fecha de disponibilidad, debemos traer a colación lo dispuesto en los artículos 108, 134 y 135 de la LCCH. El cheque es pagadero a la vista, incluso el presentado al pago con anterioridad a su fecha de emisión. El librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de la presentación de un cheque está obligado a su pago total o parcial, hasta donde alcance la provisión.

Si bien los cheques quedan fuera del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, es necesario señalar que su disposición adicional primera («Régimen aplicable a los adeudados o abonos correspondientes a operaciones distintas de las de pago») establece que lo dispuesto en ella respecto a la fecha de valor y disponibilidad de los fondos de operaciones realizadas en euros, cuando los proveedores de servicio se encuentren situados en la UE, será de aplicación en el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, si bien los plazos establecidos en ella (expuestos a continuación) solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

Así, respecto a la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario, el artículo 58 del dicho real decreto-ley de servicios de pago establece que no será

posterior al día hábil en que el importe de la operación de pago se abonó en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. El proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que el importe de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicho importe haya sido abonado en la cuenta del proveedor del servicio de pago del beneficiario, si por parte del proveedor de servicios de pago del beneficiario: a) no hay conversión de moneda, o b) hay conversión de moneda entre el euro y la divisa de un Estado miembro o entre las divisas de dos Estados miembros. La obligación impuesta en el presente apartado será aplicable también a los pagos efectuados en el ámbito interno de un proveedor de servicios de pago. Es decir, para establecer la fecha de valoración a efectos de intereses, lo determinante es el abono efectivo del importe en la cuenta de la entidad que gestiona el cobro.

En el otro extremo de la relación de pago, la fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta, aplicando así la fecha de valoración de los adeudos recogida en el real decreto-ley de servicios de pago (artículo 58.2) y no el párrafo segundo de su disposición adicional, que se refiere solo a abonos, por lo que la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta (por ejemplo, la fecha de emisión) se considera una actuación no acorde con las buenas prácticas bancarias.

10.11 Gestiones de cobro

Este DCE se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, considerando que en la entrega de cheques a las entidades para su cobro hay dos alternativas posibles, a saber: tomar el cheque en gestión de cobro, o bien, además de gestionar dicho cobro, abonar su importe en la cuenta del cliente. En este segundo caso, dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», y no adquirirá firmeza hasta la verificación del pago. De este modo, el abono está sujeto a la condición del cobro efectivo del cheque, y dará lugar, en caso de producirse el impago o la devolución del efecto, a la obligación de devolver lo recibido, pudiendo resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en cuenta.

En relación con esta segunda opción, cabe citar que la Audiencia Territorial de Madrid, en su sentencia de 31 de marzo de 1982, refleja los efectos de la cláusula diciendo:

«Al efectuar el abono en la cuenta [...] del importe del cheque [...], este abono del banco mientras no se haya expresamente pactado lo contrario, no puede hacerse en buena técnica jurídica, sino con el alcance provisional que señala el artículo 1170, 2.º y 3.er párrafo del Código Civil [...]. El abono en cuenta verificado por el banco en la cuenta del cliente fue un abono sujeto a esa provisionalidad

que marca el Código Civil y consecuentemente la disponibilidad que de su importe hiciera cualquiera de los cuentacorrentistas indistintos o solidarios, librando a su vez un talón contra su cuenta corriente fue una disponibilidad prematura, que al resultar fallido el abono anterior provisional acarrea la obligación de su reintegro en aras de la perfecta ejecución del contrato de cuenta corriente bancaria con su accesorio de contrato del cheque conforme a lo estipulado entre las partes y por aplicación de los artículos 278 del Código de Comercio y 1728 del Código Civil y, en última instancia, porque de otra suerte se produciría un enriquecimiento injusto de los cuentacorrentistas, quienes obtuvieron un abono provisional conforme a la ley y dispusieron de esos fondos cuya efectividad definitiva no se logró por cuestiones que atañen por exclusiva, a ellos en relación con terceros extraños al negocio jurídico que vincula al banco con esos cuentacorrentistas.»

En este mismo sentido se manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de noviembre de 1988, al estimar la pretensión del reclamante, que concedía a la cláusula «salvo buen fin» el efecto de que el banco recobrarla la suma recibida por su cliente.

Ahora bien, señalado lo anterior, resulta obligado recordar que la indisponibilidad del importe de los fondos abonados «salvo buen fin» durante un plazo predeterminado unilateralmente por las entidades contradice los principios contenidos en la normativa bancaria, que omite expresamente la fijación de plazos concretos que se deben aplicar con carácter general.

Por ello, se estima que, en aquellos casos en que, por las circunstancias concurrentes, no fuera aconsejable permitir al cliente la disponibilidad de dichos fondos, una actuación acorde a las buenas prácticas bancarias sería optar:

- bien por la gestión del cobro del cheque en cuestión —no abonando su importe hasta que efectivamente hubiese sido realizado—,
- o bien practicar el abono, pero limitando su eficacia mediante una cláusula específica que a tal efecto constara, por ejemplo, en el impreso de ingreso y que aludiera a la indisponibilidad temporal del abono realizado hasta la fecha del cobro efectivo del cheque.

Resulta por tanto fundamental que exista una total transparencia en los documentos bancarios destinados a justificar el ingreso de cheques, de tal forma que el cliente que entrega un cheque a su entidad para su cobro y abono en cuenta conozca por la sola y normal —no especializada— lectura de tales documentos cuál es el compromiso adquirido por la entidad y las condiciones para la disponibilidad del importe de los cheques entregados.

Y, en este sentido, nos remitimos al apartado 2.6 de la norma sexta de la CBE 5/2012, de 27 de junio, sobre la información que se debe facilitar en la negociación de cheques antes de la cesión en gestión de cobro de un cheque a la entidad.

10.12 Cheque falsificado

El artículo 156 de la LCCH establece que «el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiese procedido con culpa».

De este modo, la ley establece de forma expresa a quién corresponde soportar el riesgo del pago de un cheque falso o falsificado, esto es, al librado, todo ello salvo que el librador (firmante) hubiera sido negligente en la custodia del talonario o hubiese procedido con culpa.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 79/1998, de 9 de febrero, considera que:

«[...] es de aplicación aquí la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón cuya firma es falsa, debido a que solo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador y, por aplicación del artículo 1162 del Código Civil, el librado que paga un cheque falso incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho; como señala la Sentencia de esta Sala de 15 julio 1988 (RJ 1988/5717), “la diligencia exigible al banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos”.

Además, esta Sala, en Sentencia de 1 marzo de 1994 (RJ 1994/1636), ha declarado que constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y de cheques falsificados, la de proyectar esta sobre los bancos que los hubiesen satisfecho, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiese sido de buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago [...].»

Recogen, asimismo, dicho planteamiento la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de octubre de 1999, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de diciembre de 2001, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de

16 de enero de 2004 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de diciembre de 2010.

En definitiva, esta responsabilidad del librado se deriva de la falsificación del documento, con independencia de que esta haya podido detectarse o no con mayor o menor dificultad, ya que los medios empleados para llevar a cabo tal comprobación lo serán en definitiva en beneficio de la entidad de crédito, que deberá extremar su diligencia para evitar pagos indebidos que pudieran originar la responsabilidad determinada en el citado precepto.

Solo en los supuestos previstos por el mismo artículo (cuando el titular hubiera sido negligente en la custodia del documento —lo que hace posible su pérdida o hurto— o hubiese procedido con culpa), cabe exonerar a la entidad de dicha responsabilidad.

10.13 Cheques librados sobre cuentas en el extranjero

En estos casos concurren una serie de circunstancias que agravan la situación de incertidumbre de los clientes que los entregan en gestión de cobro, ya que los plazos de devolución a los que se encuentran sometidos son diferentes en los distintos países (artículo 167.7 LCCH), dependiendo de la excepcionalidad de la causa por la que se produzca dicha devolución. Por ello, las entidades suelen establecer acuerdos con sus corresponsales en los que se detallan los plazos máximos a los que legalmente se encuentran sujetos estos instrumentos de pago, a los efectos de considerar firme su abono

Por tanto, y dada la total transparencia que debe existir en los documentos bancarios (de tal forma que el cliente conozca por la sola y normal lectura de tales documentos cuál es el compromiso adquirido por la entidad y las condiciones para la disponibilidad del importe de los cheques entregados), el DCE ha venido entendiendo que, en la medida de lo posible, las entidades deberían informar a sus clientes de que los fondos abonados solo adquieren firmeza a partir de determinada fecha, y, en caso de que dicha información no sea posible, por no existir tales acuerdos de corresponsalía, dejar constancia de la indeterminación de la firmeza del abono, con independencia de su disponibilidad.

En este sentido, de nuevo conviene hacer referencia al contenido de la norma sexta de la CBE 5/2012, de 27 de junio, apartado 2.6, conforme al cual una actuación acorde con la claridad y transparencia propugnada por la normativa exige que, con carácter previo al momento en que se efectúa la entrega del cheque, la entidad explique expresamente a su cliente toda la información relevante en relación con la gestión, y muy en particular sobre la indeterminación de la firmeza del abono. Para justificar esta actuación, la entidad debe conservar el documento acreditativo de esa información

previa, debidamente suscrito por el cliente, para, de esa forma, tener constancia de que se le ha facilitado una información transparente y correcta sobre la gestión de cobro del cheque, el que el abono se realiza salvo buen fin, la disponibilidad de los fondos y el importe de la comisión que se ha de cobrar, en su caso.

Igualmente, y tratándose de cheques extranjeros, debemos recordar que si el cheque está emitido en divisas ha de tenerse en consideración que su operativa está liberalizada en España. No obstante lo anterior, las entidades de crédito, de conformidad con la norma cuarta y la norma sexta de la Circular 5/2012, deben informar a sus clientes, en el momento de recibir el encargo de gestión de cobro de un cheque extranjero, del importe de todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de las gestiones realizadas y, en particular, del tipo de cambio aplicado al abono en cuenta y del que, en el caso de devolverse el cheque, será aplicado de nuevo en el momento de producirse la devolución.

10.14 Cheques de viajero (*traveller checks*)

En general, los cheques de viajero son documentos mercantiles librados por entidades de crédito, financieras o grandes compañías turísticas que no se compensan a través del SNCE y que se caracterizan, fundamentalmente, por utilizar como técnica de legitimación del tomador la doble firma sobre el título, de modo que el librado (sucursal, agencia, filial o corresponsal del librador) solo efectuará el pago cuando exista sobre el cheque una doble firma.

Normalmente, la primera es puesta por el tomador en el momento de la emisión (que generalmente coincide, además, con el pago del importe de los cheques más los gastos y comisiones devengados). La segunda se escribirá sobre el título en el momento de la presentación al pago. De la confrontación de ambos, el librado debe extraer la consecuencia de que quien presenta el cheque es, precisamente, su tomador, y proceder entonces a abonar el cheque. La acreditada solvencia de las entidades emisoras es garantía suficiente para que normalmente sea admitido como medio de pago.

En la actualidad no existe un plazo máximo para la devolución de cheques de viajero procedentes de otro país, por lo que resulta de aplicación el artículo 13 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, que establece que, «[e]n todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y de valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar las órdenes de los clientes sin demoras ni retrasos, empleando para ello la máxima diligencia».

Al igual que ocurre con los cheques librados sobre cuentas en el extranjero, en el caso concreto de los cheques de viajero el DCE entiende que concurren también una serie de circunstancias que agravan la situación de incertidumbre de los clientes que los entregan en gestión de cobro, ya que los plazos de devolución a los que se encuentran sometidos son diferentes en los distintos países, dependiendo de la excepcionalidad de la causa por la que se produzca dicha devolución. Por ello, las entidades suelen establecer acuerdos con sus corresponsales en los que se detallan los plazos máximos a los que legalmente se encuentran sujetos estos instrumentos de pago, a los efectos de considerar firme su abono.

Por tanto, y dada la total transparencia que debe existir en los documentos bancarios destinados a justificar el ingreso de cheques de viajero, de tal forma que el cliente conozca por la sola y normal lectura de tales documentos cuál es el compromiso adquirido por la entidad y las condiciones para la disponibilidad del importe de los cheques entregados, el DCE entiende que, en la medida de lo posible, las entidades deberían informar a sus clientes de que los fondos abonados solo adquieren firmeza a partir de determinada fecha, y, en caso de que dicha información no sea posible, por no existir tales acuerdos de corresponsalía, dejar constancia de la indeterminación de la firmeza del abono, con independencia de su disponibilidad.

No obstante la conveniencia de considerar estos cheques en el presente capítulo, se hace notar que durante el ejercicio 2020 no han llegado controversias al DCE en relación con la utilización de este producto por la clientela bancaria.

11 Expedientes de testamentaría

El fallecimiento de un cliente de una entidad de crédito da lugar a una problemática específica que es objeto de numerosas reclamaciones al supervisor cada año. Así, durante el ejercicio 2020 fueron analizados y resueltos por el DCE un total de 786 expedientes de reclamación relacionados con algún aspecto de esta materia. Al margen de la amplia variedad de cuestiones tratadas en este marco, los expedientes analizados pueden agruparse, a efectos de sistematización, en dos áreas de conflicto diferenciadas:

- Tramitación de los expedientes de testamentaría.
- Aquellas incidencias que, al margen de los expedientes antes referidos, pueden surgir en relación con los productos del causante cuando la herencia se encuentra todavía indivisa, es decir, pendiente de adjudicación —a título de ejemplo, podemos citar las operaciones de disposición de saldo realizadas por terceros en las cuentas del titular fallecido—.

HITOS DEL PROCESO DE TESTAMENTARÍA

Fallecimiento del causante y apertura de la sucesión	Vocación y delación	Aceptación
<p>La apertura de la sucesión se produce con el fallecimiento del causante, 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».</p> <p>Desde el momento en el que se produce el fallecimiento se genera un derecho de información sobre las posiciones del causante. En este punto, se desarrollan criterios referentes a:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Quién ostenta legitimación para solicitar información. – Qué documentación se necesita para acreditar la condición de heredero. – El alcance del derecho a la información del heredero. – La comisiones que pueden cobrarse por la entrega de información a herederos. 	<p>La vocación de la herencia es el llamamiento general a aquellos que tienen derecho a suceder, es decir, el llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados.</p> <p>La delación es el ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar al <i>ius delationis</i>, esto es, el derecho a aceptar o repudiar la herencia.</p>	<p>Mediante la aceptación de la herencia, los llamados a suceder adquieren definitivamente la condición de herederos.</p> <p>En la práctica, la aceptación de la herencia se produce en el mismo acto de la partición y adjudicación de la herencia. Sin embargo, en ocasiones es necesario analizar determinadas cuestiones relativas a la aceptación –como, por ejemplo, cómo proceder cuando se solicita la disposición de fondos sin la concurrencia de uno de los herederos, o aclarar que la liquidación del impuesto sobre sucesiones no es un acto de aceptación de la herencia–.</p>
Partición y adjudicación de la herencia	Efectiva disposición de los fondos	
<p>La partición comprende la realización de las operaciones encaminadas a determinar el caudal partible, siendo estas el inventario, el avalúo y la liquidación, para continuar con la división y la adjudicación.</p> <p>En el apartado referente a la partición y adjudicación de bienes se exponen los criterios aplicados para resolver reclamaciones en las que se ha tenido en consideración:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Si la partición que da origen al conflicto es testamentaria, convencional o judicial. – El contenido del documento particional y si ha resultado necesario realizar un documento de adición de bienes. – Si ha tenido lugar alguna incidencia relevante, como pudiera ser la revocación del documento particional. 	<p>De conformidad con el Código Civil, el proceso sucesorio finaliza con la partición y adjudicación de la herencia, si bien el proceso de testamentaría ante las entidades de crédito requiere, además de lo anterior, de la justificación de liquidación del impuesto de sucesiones.</p> <p>En la práctica se generan diversas dudas e incidencias, sobre la base de cuyo análisis se elaboran criterios de buena práctica al respecto de la forma de disposición (debe ofrecerse al menos un modo efectivo y gratuito para disponer de los fondos). No ha lugar el cobro de la comisión por tramitación de la testamentaría cuando la entidad realiza un mero bastaneo de documentación, lo que incluye la revisión de aquella documentación adicional propuesta por la propia entidad para facilitar sus procesos internos.</p>	

FUENTE: Banco de España.

11.1 Expedientes de testamentaría

Tras el fallecimiento, se abre el proceso de sucesión hereditaria mediante el cual los herederos y/o legatarios adquieren *mortis causa* el patrimonio yacente de un fallecido. Dicho de otra manera, tras seguir los trámites legales se produce un tránsito del patrimonio del causante a sus sucesores.

Este proceso sucesorio se compone de distintas fases, dentro de las cuales todos los intervinientes en el proceso (herederos, legatarios, usufructuarios, etc.) tienen

unos derechos y obligaciones. El esquema 2.4 resume las distintas fases del mencionado proceso.

Desde el punto de vista bancario, una vez producido el óbito de un cliente, la entidad de crédito, a instancia de los herederos, pone en marcha un proceso, comúnmente denominado en el ámbito bancario «de testamentaría». Dicho proceso se sigue ante las distintas entidades en las que el difunto tenía sus posiciones bancarias¹⁴⁰ (bienes o deudas) a fin de proceder al traspaso de los bienes y/o sus titularidades a los herederos.

Por otro lado, respecto a la tramitación de los expedientes de testamentaría, conviene recordar que en España las normas de derecho sucesorio común contenidas en el Código Civil¹⁴¹ coexisten con las de las Comunidades Autónomas o territorios de estas, en alguna de las cuales rige el derecho foral o especial. Por este motivo 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 civil¹⁴². La antedicha normativa ha de ser tenida en cuenta tanto por la entidad a la hora de tramitar la testamentaría como por este DCE 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

140 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. En el Banco de España no existe registro alguno de las cuentas o de los productos bancarios que los clientes mantienen con las entidades de crédito.

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

142 Véanse los artículos 13-16 del Código Civil.

facultades en otros Estados miembros. Una vez expedido, el CSE debe ser reconocido en todos los Estados miembros, sin necesidad de ulterior trámite.

11.1.1 Deber de diligencia

Con independencia de la fase del proceso de sucesión hereditaria en la que se encuentren los herederos, 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, 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, ante este DCE se han planteado casos 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 DCE ha aclarado que solo se inicia el expediente cuando los herederos suscriben el pertinente documento de solicitud de tramitación de la testamentaría.

11.1.2 Derecho de información sobre las posiciones del causante

Legitimidad para solicitar información

Desde la primera fase de la sucesión, esto es, tras el fallecimiento del titular y estando la herencia indivisa, los llamados a ser herederos tienen derecho a conocer las posiciones del causante.

De conformidad con la normativa de transparencia, los legitimados para acceder a la información de las posiciones del causante son los herederos. El DCE 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 DCE ha señalado que no se puede condicionar la entrega de información a un heredero a que la solicitud de información esté 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, se ha planteado la cuestión particular de si, en aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos —conocido como 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».

Pues bien, en relación con esta cuestión y con los datos de personas fallecidas, el considerando 27 del RGPD dispone que «[e]l presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas», sin perjuicio de que añade a continuación que «[l]os 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 «[l]as 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, el DCE entiende que, en aplicación del principio de especialidad¹⁴³ 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, por lo que el derecho de acceso a la información de las posiciones del causante se debe entender circunscrito a sus herederos.

Acreditación de la condición de heredero

Sin perjuicio de que los herederos tengan un derecho de información de las posiciones del causante desde el fallecimiento del titular, en aras de la diligencia que le es exigible, para facilitar dicha información, las entidades deben asegurarse de que quienes acuden a ellas solicitando información ostentan efectivamente la condición de herederos.

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,

143 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).

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 abintestato¹⁴⁴.

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.

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 DCE 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. Es procedente y legítimo, por tanto, 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, 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 DCE 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 prevé expresamente que todos los

144 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».

herederos serán sustituidos vulgarmente¹⁴⁵ 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁴⁶ distinguen entre la existencia o no de descendientes, de forma que:

- Para justificar la eficacia del derecho a acrecer, en caso de no existir descendientes, se requiere una prueba fehaciente —acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos—.
- Sin embargo, en 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 DCE, apoyándose en el razonamiento descrito, 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 estos aportaran acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos abintestato.

145 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».

146 Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fechas 3 de febrero de 2012 y 29 de enero de 2016.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento que han de seguir las entidades para recabar la acreditación de la condición de heredero, este DCE 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.

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 DCE 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 sobre 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 DCE concretan los deberes de información de las entidades de crédito para con los herederos de la siguiente manera:

- La normativa de transparencia y protección a la clientela¹⁴⁷ 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

147 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».

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 DCE 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.
- En caso de solicitar extractos más allá del año anterior al fallecimiento, la entidad, al amparo de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas, no se encuentra obligada 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 DCE ha considerado necesaria cierta precisión en los casos en los que el cotitular de la cuenta denuncia que la entidad ha proporcionado información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento a los herederos del otro cotitular sin su consentimiento. En estos casos, este DCE sostiene 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 en estos casos las entidades tengan la obligación de recabar el visto bueno de dichos cotitulares con carácter previo a acceder a tal solicitud.

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 jurisprudencia¹⁴⁸ 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.

En este sentido, en este ejercicio se ha resuelto la R-202001362, en la que la parte reclamante alegaba que, en el momento de presentar reclamación no se había efectuado la adjudicación y partición de la herencia, motivo por el que no se habían liquidado las cuentas bancarias. Explicaba que en estas se gestionaba el arrendamiento de inmuebles existentes al tiempo de los fallecimientos de los causantes, produciéndose ingresos y cargos derivados de recibos domiciliados. Para dar cumplimiento a las obligaciones fiscales, en particular la declaración de los rendimientos generados en el IRPF, se veía en la necesidad de contabilizar periódicamente y justificar ingresos y gastos. No obstante esto, la entidad le entregaba los simples apuntes del extracto de movimientos, los cuales, al no contar con un mínimo detalle, no permiten identificar la mayoría de los cargos (p. ej., cargos correspondientes al IBI, sin poder identificar los inmuebles a que

148 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».

corresponden; recibos de luz, en los que no se identifica el contrato a qué obedecen, etc.).

En este caso, el DCE resolvió que la entidad está obligada a facilitar información detallada de los apuntes realizados —«datos necesarios para que pueda apreciar las características básicas de la operación asentada en su cuenta», en términos de la norma undécima de Circular 5/2012—, todo ello de forma gratuita y en la forma convenida por las partes.

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 DCE 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 DCE, se hace extensiva a los herederos, tras el fallecimiento del titular de los contratos y a su requerimiento.

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 notarial¹⁴⁹.

11.1.3 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 DCE 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 DCE 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 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, que indica

149 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, tienen 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».

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 DCE 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 a la entidad desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este DCE 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.

11.1.4 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 DCE 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, lo que les genera confusión, máxime cuando el importe repercutido les parece excesivo, atendiendo a la mera petición de emisión de un certificado.

En estos casos, este DCE ha señalado 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, en ese mismo momento o en otro posterior, efectúen 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; así, estos decidirán 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.

11.1.5 Aceptación de la herencia

Producido el fallecimiento y la vocación y delación de los llamados a la herencia, llega la fase de la aceptación.

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 tácita¹⁵⁰ (esto es, cuando la aceptación se sobreentiende por la realización de aquellos actos destinados a tomar posesión de los bienes por los llamados a la herencia).

En esta fase del proceso de sucesión, 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 DCE 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

150 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».

impuesto sucesorio no significan, por sí solos, aceptación de la herencia; así, su actuación obedecería 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.

También en relación con la aceptación de la herencia, el DCE ha informado a los reclamantes, en los casos en los que solicitan la disposición de fondos sin la concurrencia de uno de los herederos, alegando la falta de relación con otro/s heredero/s implicado/s (R-202001348), que, de conformidad con el artículo 1005 del Código Civil —modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria—, 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 manifiesta su voluntad en plazo, se entenderá aceptada aquella pura y simplemente.

11.1.6 Partición y adjudicación de bienes

Además de la aceptación, en el proceso de tramitación de la testamentaría, 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.

Así, para llevar a cabo la disposición de los fondos, los herederos habrán de acreditar su derecho a la adjudicación concreta, y para ello, deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de dichos fondos. 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 los casos en los que la parte reclamante solicita la disposición de fondos alegando que el documento aportado a la Administración con motivo de la liquidación del impuesto sobre sucesiones constituye la aceptación y adjudicación de la herencia, el DCE analiza si el documento presentando a la Administración con motivo de la liquidación del impuesto sobre sucesiones contiene tanto el inventario y avalúo de los bienes como la división y la adjudicación de la herencia.

Modalidades de partición de herencia

Por lo que se refiere a la partición de la herencia, es preciso señalar de entrada que, de conformidad con el Código Civil, una partición puede ser testamentaria, convencional¹⁵¹ o judicial.

- a) La partición testamentaria es aquella que es realizada por el propio causante en su testamento.

La consecuencia inmediata en el caso de encontrarnos ante una partición testamentaria, de conformidad con el artículo 1068 del Código Civil, es que se produce la adquisición directa de los bienes hereditarios adjudicados a cada heredero, esto es, sin necesidad de que exista partición convencional realizada por los herederos.

Ahora bien, para que nos encontremos ante una partición testamentaria, según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵², el testador debe haber distribuido sus bienes practicando todas las operaciones particionales —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—; de lo contrario, nos encontramos no ante una partición, sino ante una disposición testamentaria.

Así, en la R-202007149, el reclamante solicitaba la disposición de los fondos de su causante. Ante la negativa de la entidad por faltar el documento de partición y adjudicación suscrito por todos los herederos, alegaba que dicho documento de partición convencional no era necesario, pues el testamento había instituido a todos los herederos por partes iguales. Este DCE, tras la revisión del testamento, concluyó que dicha previsión no implicaba una partición testamentaria —al carecer el testamento de inventario y avalúo, liquidación y adjudicaciones concretas—, de forma que efectivamente, como había señalado la entidad, resultaba necesario que todos los herederos realizasen de común acuerdo dicho trámite o, en su defecto, se hiciera una partición judicial.

- b) En caso de no existir partición testamentaria, son los herederos de mutuo acuerdo los que deben proceder a formalizar el documento de aceptación, partición y adjudicación, esto es, la partición convencional —supuesto más común en la práctica—.

151 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».

152 Por todas, la STS de 7 de septiembre de 1998.

Respecto a este tipo de partición, 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 DCE ha venido considerando una conducta contraria a las buenas prácticas la exigencia por parte de las entidades de que la aceptación y la partición de la herencia se formalicen en documento público, incluso en los casos en los concurra un bien inmueble en la herencia. En este último supuesto —conurrencia de un bien inmueble—, este DCE ha manifestado que 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 DCE 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.
- c) La partición judicial de la herencia tiene lugar cuando no existe acuerdo entre los coherederos, sin que el testador haya realizado partición alguna ni se la haya encomendado a un contador-partidor. El procedimiento especial para la división judicial de herencia —regulado en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)— puede finalizar mediante conformidad de las partes a las operaciones divisorias realizadas por el contador partidor (previa audiencia o sin ella) o sin conformidad a las mismas (supuesto en el que tribunal dictará sentencia).

La diferencia entre uno y otro caso presenta relevancia a efectos de determinar la documentación que deben presentar los herederos a la entidad.

Así, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁵³ ha expuesto que «en el supuesto en que las partes no alcancen la conformidad, y en

153 Resolución de 1 de febrero de 2018.

consecuencia es el tribunal el que dicta sentencia, dicha sentencia, una vez firme, es título suficiente a efectos de ejecución de las operaciones particionales».

Por el contrario, si las partes han prestado su conformidad a las operaciones de avalúo y división (bien sin haber llegado a comparecencia, bien habiendo alcanzado el acuerdo en la comparecencia), entonces el procedimiento finaliza por decreto del letrado de la Administración de Justicia, que da por aprobadas las operaciones. En estos supuestos, se precisa la elevación a escritura pública por aplicación del artículo 787.2 de la LEC.

En la R-202005493, la parte reclamante mostraba su disconformidad con la negativa de la entidad a entregarle los fondos de los que había resultado adjudicataria en un proceso judicial de herencia, habiendo aportado a la entidad la resolución final —decreto del letrado de la Administración de Justicia—. La entidad, por su parte, sostenía que era necesaria la protocolización ante notario de las operaciones divisorias. El DCE, una vez comprobado que el procedimiento había finalizado mediante la emisión de un decreto de conformidad, que contiene la instrucción de protocolizar las operaciones en la notaría, estimó que el requerimiento de protocolización requerido por la entidad no se encontraba carente de justificación.

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 DCE que, cuando los saldos de las cuentas no se encuentran relacionados dentro del inventario y de la adjudicación de la testamentaría de los causantes o no coinciden con los expresados en dicho documento, es necesario que se lleve a cabo una adición de dichos bienes y se proceda a la adjudicación y partición de 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 estos¹⁵⁴, 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, que relacione las adjudicaciones concretas de los bienes de la herencia depositados en la entidad.

Revocación del documento particional

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

En estos casos, el DCE 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 el negocio particional.

De no concurrir condición alguna, el DCE 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)¹⁵⁵.

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

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

155 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

Este criterio encuentra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵⁶, 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 Supremo¹⁵⁷ —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, a esta le corresponden los vicios de los negocios *inter vivos*.

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.

11.1.7 Impuesto sobre sucesiones

Otro de los documentos que exigen las entidades en el marco del proceso de testamentaría que nos ocupa es 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 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 DCE 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

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».

156 Así lo dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1960.

157 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998.

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)¹⁵⁸ 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 deberán dirigirse directamente a las entidades, y estas procederán a expedir, a cargo de los bienes del causante, un cheque a nombre de la Agencia Tributaria, con el exclusivo fin del pago del impuesto sobre sucesiones.

Otra de las cuestiones que se plantean ante este DCE son los supuestos de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto. Así, en la normativa tributaria se prevén tales posibilidades, pero no existe una previsión similar a la mencionada

158 «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.»

en cuanto a la extinción de la responsabilidad subsidiaria de la entidad por la sola presentación de la correspondiente solicitud.

Por lo tanto, podemos afirmar, sin perjuicio de lo que pudiesen resolver, en su caso, la Administración Tributaria o los tribunales de justicia, que 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.

11.1.8 Formas de disposición 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 solo está cumpliendo con la obligación legal de reintegro de fondos a los herederos del depositante.

Sin embargo, si la entidad, por cualquier circunstancia, como pueden ser los supuestos de importes elevados, determinase que la disposición en efectivo no es posible, debe habilitar otro medio gratuito para la disposición —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 DCE 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. En este caso, pueden presentarse varios escenarios. En concreto, las opciones que deben sopesar los interesados son las siguientes:

- 1 Cancelar la cuenta, firmando para ello todos los herederos la orden de cancelación.
- 2 Cambiar la titularidad de la cuenta, pasando esta a estar titulada (mancomunada o solidariamente) por todos los herederos adjudicatarios, si este fuera el deseo de todos ellos.
- 3 Cambiar la titularidad de la cuenta, pasando a estar titulada por el heredero que quisiera seguir manteniendo esa cuenta y desvinculando totalmente a los otros que no quisieran ser titulares de dicho contrato de cuenta.

Efectivamente, llegar a otra conclusión llevaría al absurdo, a nuestro juicio, 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 mantenimiento de la cuenta.

Además, en el caso de que la cuenta sea de titularidad plural, todas estas opciones deben contar también con el consentimiento del cotitular, como no podría ser de otra manera.

Este criterio ha resultado de aplicación en la R-20201617, en la que el reclamante no solicitaba la disposición de los fondos de la herencia, sino que pretendía ostentar la titularidad mancomunada, junto con su hermano, en la cuenta de la causante. La entidad, por su parte, acreditó que el hermano del reclamante —también heredero— no consentía en mantener una cotitularidad junto con el reclamante, motivo por el cual este DCE entendió la actuación de la entidad, al no acceder a su solicitud, ajustada a las buenas prácticas.

También en la R-202019369, en la que la parte reclamante mostraba su disconformidad, en calidad de cotitular de la cuenta, por la cancelación de la

cuenta por los herederos del cotitular. En este caso, el DCE estimó la actuación de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros, al no haber sido acreditado el consentimiento del cotitular y reclamante a la cancelación de dicha cuenta.

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 DCE que las entidades, como profesionales expertas de su operativa, deben contar con los medios para reflejar tal situación, facilitando el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

Ahora bien, ahondando en el criterio establecido, cabe señalar que se han presentado casos ante este DCE en los que se pretendía por la parte reclamante que la entidad reflejase en la titularidad de la cuenta el pleno dominio y el usufructo en forma de porcentajes. Por ejemplo, en la R-202020207 la parte reclamante pretendía que la entidad reflejase que la viuda era propietaria —englobando su derecho el usufructo y la nuda propiedad— de la mitad del saldo de la cuenta a fecha de fallecimiento y usufructuaria de otro 10 %, siendo los herederos los titulares del pleno dominio del resto.

Siendo así, este DCE entiende que una cosa es reflejar en la cuenta la condición de nudo propietario y usufructuario sobre la totalidad —de conformidad con el criterio expuesto más arriba— y otra muy distinta es que la entidad deba recoger la condición de usufructuario y nudo propietario de una parte y de propietario del pleno dominio de la otra, procediendo a fragmentar la cuenta en porciones o porcentajes.

De esta forma, el DCE concluyó que los herederos deben especificar, en el caso de que deseen un cambio de titularidad en la cuenta, en qué términos debe reflejarse esta, sin que sea razonable reflejar la condición de propietario del pleno dominio de una parte y de nudo propietario o usufructuario de la otra, de forma que, o bien se contempla la condición de usufructuario y nudo propietario —respectivamente— sobre la totalidad, o bien la condición de cotitularidad plena.

11.1.9 Comisión por tramitación de testamentaría

Al igual que en ejercicios anteriores, durante este ejercicio han sido numerosas las reclamaciones planteadas ante el DCE en las que los reclamantes denunciaban el cobro de una comisión por tramitación de expediente de testamentaría.

En relación con el criterio establecido para esta comisión, como ya indicamos en la Memoria del ejercicio anterior, 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 DCE a realizar un nuevo análisis sobre aquella y a revisar si el cobro por este concepto resulta ajustado o no 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 DCE para valorar la idoneidad de las comisiones que cargan las entidades—. Consecuencia de dicho análisis, el DCE modificó, en el ejercicio anterior, el criterio para considerar idóneo el cobro de la citada comisión, de acuerdo con el análisis que se realiza a continuación.

En primer lugar, respecto del principio de realidad del servicio prestado, cabe destacar que, en muchos de los expedientes que este DCE viene analizando en los últimos años, 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, este DCE entiende que, en los casos en los que los herederos presentan documentación preparada por profesionales externos a la entidad o por ellos mismos pero cumpliendo con los requisitos para su validez —por ejemplo, un documento de partición y adjudicación que contenga el inventario, avalúo, partición y adjudicación de los fondos—, 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, como tampoco deben tenerlo las actividades relacionadas con esta gestión, como pueden ser el envío del listado automático de documentación que requiere la entidad para el reparto de posiciones del fallecido, los recordatorios sobre documentación faltante o la imposición de determinados formatos de interés interno para la entidad, pues todas estas actividades y gestiones se incardinan en el ámbito más global descrito más arriba, del control de legalidad, que debe llevar a cabo la entidad de crédito para facilitar el reparto de las posiciones del que fuera su cliente.

Dicho de otra manera, el mero estudio de la documentación 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 del referido 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 del 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 la entidad 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 verse obligado, incluso, 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 fundamental incluso en contratos de adhesión, así como presupuesto de la liberalización de precios y comisiones.

Analizada la cuestión desde esta perspectiva, el DCE ha modificado su criterio en cuanto a la razonable aplicación de la referida comisión por tramitación de expedientes de testamentaría, concluyendo que las entidades 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, por sí solos o recabando al efecto los servicios de los operadores jurídicos que tengan por convenientes (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.

En este sentido, y fruto del cambio de criterio, en el presente ejercicio algunas entidades han alegado que el cobro de la comisión por tramitación estaría justificado por el hecho de que han tenido que requerir documentación adicional a los herederos o bien alguna corrección de la misma, así como por la revisión de los impuestos, concluyendo que estas gestiones no suponen un mero bastanteo de la documentación, sino un servicio de «asesoramiento».

Sobre este particular, este DCE ha manifestado —por ejemplo, en la R-202014347 y la R-202017863— que ninguna de estas actividades puede considerarse un servicio de «asesoramiento» en el sentido del criterio establecido por el Departamento, sino el cumplimiento por parte de la entidad de los trámites dentro del proceso de asignar

los fondos de unas cuentas a favor de quien legítimamente los tiene atribuidos *mortis causa*.

11.1.10 Derechos de los legatarios y usufructuarios

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

Legatario

Comenzando con la figura del legatario, conviene aclarar que la principal diferencia entre la figura de legatario y la del heredero es, de conformidad con el artículo 660 del Código Civil, que el heredero es el sucesor *mortis causa* a título universal, y el 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. Se trata con mayor amplitud en el punto siguiente.

Respecto del legado de cosa cierta, el artículo 882 del Código Civil dispone que «[c]uando 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 en el artículo 885 del Código Civil.

En este sentido, la corriente jurisprudencial mayoritaria¹⁵⁹ —que 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 DCE 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.

Legatario de legítima o legitimario

Por otro lado, algunas reclamaciones ante el DCE vienen originadas por la controversia surgida a raíz de la institución por el testador en su testamento de herederos (en ocasiones, herederos únicos y universales) que coexisten, a su vez, con legitimarios a los que se había legado la legítima estricta, solicitando los reclamantes un pronunciamiento en relación con el proceder de las entidades en cuestiones tales como la necesidad de que el legatario de legítima participe y preste su consentimiento en la partición y adjudicación de la herencia, o la negativa de 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

159 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 Código Civil)».

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».

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 que el ámbito de competencia del DCE 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 DCE 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 al legatario

En cuanto a la información que han de facilitar las entidades a los legatarios de legítima, 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 DCE 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 DCE 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.

Disposición de fondos por el legatario

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 Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁶⁰ 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 citada Dirección General 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 DCE 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.

Usufructuario

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

¹⁶⁰ Resoluciones de 13 de junio de 2013 y de 13 de febrero de 2015.

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; iii) usufructo en el que se releva, o no, la obligación de hacer inventario y constituir fianza; iv) usufructo viudal (un tercio de los bienes de la herencia), etc.

Es decir, no cabe establecer, *a priori*, una pauta común de actuación, sino que este DCE 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.

En estos supuestos, el DCE 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 de 2000, al decir que la jurisprudencia¹⁶¹ y la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁶² vienen reconociendo «la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición».

161 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.

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

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 2012¹⁶³ establece que el usufructo de dinero constituye un cuasiusufructo o usufructo impropio, regulado por 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 DCE 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

Una cláusula de utilización frecuente en el derecho sucesorio, y que en ocasiones es objeto de reclamación ante este DCE, 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.

163 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.

Esta previsión testamentaria, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010, es la que puede emplear el testador para dejar al legitimario una mayor porción de la herencia que la que le correspondería por legítima estricta, gravando lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, y 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, por ejemplo, en la sentencia del 10 de junio de 2013¹⁶⁴.
- 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 corresponde. Así lo expone la sentencia citada en el párrafo anterior¹⁶⁵,

164 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 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».

165 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)».

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 DCE 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, este DCE entiende 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.

11.2 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento de un cliente bancario

Hasta ahora, todo lo expuesto se ha centrado en la tramitación de la herencia, desde la recepción de información por parte de los herederos hasta la efectiva disposición de la herencia por parte de ellos, así como la diversa problemática que puede originarse con otros intervinientes, como puedan ser los legatarios, legitimarios o usufructuarios; sin embargo, el fallecimiento de un titular de productos bancarios puede dar lugar a diversas incidencias en dichos productos durante la tramitación de la herencia —esto es, en el tiempo en el que la herencia aún no se ha adjudicado—, de forma que este DCE viene resolviendo las reclamaciones presentadas, dependiendo del tipo de producto ante el que nos encontremos, con los criterios que se exponen a continuación.

11.2.1 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 DCE considerar que no constituye una mala práctica que las entidades admitan disposiciones singulares antes de la adjudicación de la herencia 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 DCE 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

Son también numerosas las reclamaciones que se presentan ante el DCE 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 DCE 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, deben 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 mandante¹⁶⁶.

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 DCE.

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 DCE 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 titulares¹⁶⁷.

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

166 Véase el artículo 1732 del Código Civil.

167 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 DCE.

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 DCE 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 DCE:

- 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 [STS (Sala de lo Civil) de 27 de febrero de 1984, 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 DCE 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 DCE en cuanto al reconocimiento expreso por el cotitular, podemos citar, por ser especialmente clarificadores, aquellos casos 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.

Por el contrario, este DCE no entiende la liquidación del impuesto sobre sucesiones como un acto de reconocimiento expreso, *per se*, de la propiedad de los fondos, pues la declaración de propiedad realizada en dicho trámite deriva de una presunción legal recogida en el artículo 30 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, 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 DCE considera que la entidad no debería atender las solicitudes de disposición que le sean formuladas.

Cuentas con varios titulares fallecidos

También se ha sometido a consideración del DCE 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 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.

El DCE recuerda, en estos supuestos, 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. Por ello, el DCE entiende, a salvo de la mejor opinión de los tribunales de justicia, que la entidad debe atender la solicitud de entrega de fondos formulada por los herederos 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 es ajena la entidad 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 tanto, el proceder de la entidad reclamada no se ajustó a las buenas prácticas y usos financieros.

Aceptar la tesis de la entidad conllevaría condicionar la entrega de los fondos a los herederos, a que se lleve a cabo la testamentaría de los herederos del otro cotitular fallecido, lo cual, en nuestra opinión, dilataría sin justificación suficiente, cuando no impediría, 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 DCE entiende 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 hubieran cumplido 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 no pudiendo requerir la autorización de estos para llevar a cabo la referida baja.

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.

Sobre esta problemática, el DCE 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 DCE 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 produce a raíz de que existan discrepancias internas entre el/los titular/es supérstite/s y los herederos del titular fallecido. De ser así, el DCE 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 DCE 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.

11.2.2 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 DCE, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Disposición del depósito a plazo —con posterioridad al fallecimiento— por un cotitular indistinto: en estos casos, el DCE 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, puede 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 DCE 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.

11.2.3 Préstamos hipotecarios y otras deudas

En ocasiones se plantean reclamaciones ante este DCE 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, tras la aceptación, se constituye como comunidad de bienes hasta que se acuerde la partición y la adjudicación de los bienes y deudas de la herencia, 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 DCE 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.

11.2.4 Caja de seguridad

En este ejercicio, se han vuelto a plantear reclamaciones relacionadas con los derechos de los herederos respecto de un contrato de caja de seguridad cuya titularidad ostentaba el causante.

Respecto de este producto, cabe manifestar que al DCE 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.

Además, desde el punto de vista normativo, es importante dejar claro que el contrato controvertido no está regulado en la normativa mercantil y que su naturaleza jurídica ha sido definida por el Tribunal Supremo como la de un contrato atípico y mixto —entre el depósito y el arrendamiento¹⁶⁸—.

Dicho lo anterior, y habiendo avanzado que la normativa de transparencia no estipula derechos específicos sobre este contrato, en los casos en los que los herederos reclaman información sobre las visitas a la caja fuerte, este DCE ha resuelto 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.

Por otro lado, en el presente ejercicio, en la R-202009051 se ha planteado el supuesto en el que un reclamante manifestaba que la entidad había procedido a la apertura de la caja de seguridad sin estar presentes todos los herederos. Por su parte, la entidad afirmaba, sin acreditarlo, que el reclamante era concedor del acto de apertura y que no asistió.

Los intervinientes necesarios en la primera apertura de la caja tras el fallecimiento del titular no es una cuestión pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia. Así, parte de la doctrina defiende que la primera apertura de la caja ha de practicarse con la presencia de todos aquellos que tuvieran algún derecho frente al contenido de la caja, concretando estos en los herederos del causante o el albacea, así como el resto de titulares si los hubiera. Otro sector doctrinal añade a los anteriores alguna persona de confianza, entre las que se enumeran notarios, funcionarios de Hacienda o directores de la sucursal bancaria; sin embargo, desde el punto de vista de los tribunales, encontramos sentencias que no contemplan este requisito¹⁶⁹.

168 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».

169 Sentencia núm. 551/2009 de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 30 septiembre de 2009 —que fue ratificada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 38/2013 de 15 febrero de 2013—: «la tenencia de la llave implica una autorización para su apertura; pero con todo, aun discutiendo como llegó la llave a

Ahora bien, los mismos autores que sostienen la necesidad de presencia de todos los herederos o albaceas —así como de los cotitulares, en caso de existir— indican que la responsabilidad de la entidad también podría quedar salvada con la intervención de notario en el acto de apertura.

Llegados a este punto, este DCE concluyó que una actuación diligente hubiera pasado por informar a todos los herederos de la fecha y hora en la que se iba a proceder a la apertura de la caja. Y, solo en el caso de inasistencia de un heredero, las garantías del acto de apertura podrían salvaguardarse con la intervención de notario, y previa puesta en conocimiento del heredero esta circunstancia, ello a fin de evitar la paralización de la apertura, hecho que tampoco se entendería razonable debido a las implicaciones que ello conlleva sobre la formación del inventario.

poder de la demandada o su origen, es indiscutible que el Banco cumple el contrato permitiendo el acceso a la caja de seguridad, a quien posee la llave y documentando dicho acceso».