

4 CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO
Y RECLAMACIONES

ÍNDICE

4.1 ACTIVO 87

4.1.1 Préstamos hipotecarios 87

- a. Introducción 87
- b. Política comercial. Aprobación 89
- c. Claridad y transparencia con el cliente 91
- d. Información previa 91
- e. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 96
- f. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario 97
- g. Tramitación administrativa de la hipoteca 100
- h. Tasación de la finca objeto de hipoteca 102
- i. Intereses 103
 - Primera liquidación de intereses 108
 - Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés 108
 - Sistema francés de amortización 108
 - Préstamos en progresión geométrica 109
 - Operaciones a tipo de interés fijo 109
 - Operaciones a tipo de interés variable 109
 - Intereses tras una amortización parcial anticipada 111
 - Intereses bonificados 113
 - Año comercial-año civil 113
 - Redondeo 114
 - Intereses de demora préstamos hipotecarios 115
- j. Tasa anual equivalente (TAE) 116
- k. Comisiones 122
 - Comisión de apertura 122
 - Comisión por novación modificativa. Por ampliación del plazo del préstamo 123
 - Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca 123
 - Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario 125
 - Comisión por cancelación anticipada 125
 - Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9.12.2007 125
 - Préstamos a interés variable, concertados con anterioridad al 27.4.2003 125
 - Cancelación anticipada, subrogatoria* 125
 - Cancelación anticipada, no subrogatoria* 126
 - Préstamos a interés variable, concertados entre el 27.4.2003 y el 9.12.2007 126
 - Cancelación anticipada, subrogatoria* 126
 - Cancelación anticipada, no subrogatoria* 127
 - Préstamos o créditos hipotecarios, formalizados a partir del 9.12.2007 127
 - Compensación por desistimiento* 127
 - Compensación por riesgo de tipo de interés* 127
 - Comisión por subrogación de deudor 130
- l. Subrogación por cambio de deudor 130

	Información que se ha de facilitar con motivo de la subrogación de deudor	131
m.	Subrogación de entidad acreedora	132
	Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora	134
	Momento de la subrogación	134
	Intereses comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación de entidad acreedora	135
	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	135
n.	Productos vinculados	136
o.	Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	137
	Base normativa	138
	Algunos instrumentos de cobertura	140
	Criterios de transparencia aplicados por el DCMR en la resolución de reclamaciones referidas a este tipo de productos	141
	Comercialización	141
	Formalización del producto derivado	142
	Documentos de liquidación	142
	Adecuación del producto de cobertura a los objetivos de aseguramiento frente a posibles subidas de los tipos de interés bajo la óptica de la Ley 36/2003	144
	Cargos en descubierto	145
p.	Otros aspectos	145
	Amortizaciones parciales anticipadas. Destino	145
	Anticipar el vencimiento final del préstamo	145
	Reducción del importe de las cuotas periódicas	146
	Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo	146
	Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo	146
	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	147
	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	149
	Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualación de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza	150
	Errores en escrituras públicas	151
4.1.2	Préstamos con garantía personal	152
a.	Contratación	152
b.	Liquidación	154
c.	Cancelación	156
d.	Renovación/refinanciación	156
e.	Préstamos subvencionados	156
f.	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo	157
	Aspectos básicos de armonización que persigue la directiva que transpuso la Ley 16/2011	157
	Información precontractual y prácticas previas a la contratación	158
	Información contractual	158
	Cálculo de la TAE	159

	Derecho de retracción o de desistimiento	159
	Derecho al reembolso anticipado	160
	Cuestiones que se mantienen en la Ley 16/2011	160
	Obligación de evaluar la solvencia del consumidor	161
	Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios	161
	Incumplimiento de la norma por entidades de crédito	161
4.1.3	Préstamo responsable	162
4.1.4	Anejos	165
	a. Anejo I. Ficha de Información Precontractual (FIPRE)	165
	b. Anejo II. Ficha de Información Personalizada (FIPER)	167
4.2 PASIVO		171
4.2.1	Introducción general sobre los depósitos bancarios	171
4.2.2	Aspectos comunes	173
	a. Identificación de los potenciales titulares	173
	Tipología de titulares. Particularidades en su identificación y requisitos de capacidad	173
	Cuentas de incapaces	173
	Cuentas de menores de edad	174
	Cuentas de personas jurídicas	175
	Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios	175
	Cuentas de no residentes	177
	Normativa de prevención de blanqueo de capitales	178
	b. Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España	181
	c. Tipos de cambio. Información al público	182
	d. Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos	183
	Comunicaciones a clientes. Requisitos	183
	Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados	183
	Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses	184
	e. Publicidad de los depósitos	184
4.2.3	Depósitos a la vista	185
	a. Cuestiones generales	185
	b. Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia	187
	Explicaciones adecuadas e información precontractual	187
	Explicaciones adecuadas	187
	Información precontractual	187
	Formalización de contrato. Contenido	189
	Contenido del contrato	189
	Cuentas en divisas	190
	Integridad de los contratos	190
	Oscuridad de las cláusulas	190
	Adaptación de los contratos (formalizados antes de la normativa de servicios de pago)	191

Entrega de documento contractual y conservación de documentos 191

c. Vida. Operativa y funcionamiento de la cuenta 192

Disposición de fondos. Posibles incidencias 192

Autorización de operaciones 192

Autorizados en cuenta 193

Disposiciones de efectivo 195

1 *Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta* 195

2 *Restricción del importe en los reintegros de efectivo* 196

3 *Limitaciones en los canales que se utilicen para el reintegro (oficina, cajero...)* 197

Ingresos en la cuenta. Posibles incidencias 197

Efectivo ingresado en una cuenta de pago 197

Ingresos en cajeros automáticos 197

Repercusión de comisiones por la realización de ingresos 197

Otras cuestiones y posibles incidencias en los apuntes en cuenta 197

Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores 197

Fecha de ejecución y de disponibilidad de los fondos (fecha de valor) 198

Divisa de la operación 198

Limitaciones de los canales que se utilicen y de los horarios para realizar operaciones en las cuentas a la vista 199

Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente 199

Adeudos para corregir abonos indebidos 199

1 *Cargos por retribuciones en especie (regalos, etc.)* 199

2 *Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social* 200

Bloqueo de la cuenta 201

Compensación de cuentas 202

Cuentas con varios titulares o cuentas plurales 203

Régimen de disposición 203

Cuentas indistintas (o solidarias) 203

Cuentas mancomunadas (o conjuntas) 203

Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta 204

Descubierto en cuentas indistintas 205

Embargos en cuentas plurales 207

Modificaciones contractuales 207

Formalidades y plazos 207

Modificación de titulares 208

Liquidación de la cuenta 209

Cobro de comisiones. Casuística 209

Comisión de mantenimiento 209

Comisión de administración 211

Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas 211

Comisión de descubierto 214

Comisión por reclamación de descubierto (o por reclamación de posiciones deudoras) 215

Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta	215
Comisión por ingresos en efectivo	215
Comisión de manipulación (cuenta en divisas)	216
Gastos de correo	217
Intereses. Valoración	218
Fecha de valoración	219
Retribución en especie	219
Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo	220
Liquidación de descubierto. Intereses y comisiones de descubierto. Límites	222
Comisión por reclamación de descubierto	224
Descubierto en cuentas con varios titulares	224
Descubierto por disposiciones de autorizados	224
Obligaciones de información a los clientes	224
Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta	224
Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones	225
Información periódica	225
<i>Extractos</i>	225
<i>Documentos de liquidación (hasta el 1 de julio de 2013, y desde el 1 de julio de 2013)</i>	226
<i>Resumen anual de comisiones e intereses (1 de enero de 2014)</i>	226
Carácter gratuito de las informaciones	227
Prueba del envío	227
Libretas de ahorro	227
Contrato	227
Información mensual. Extractos	228
Uso fraudulento	228
Cuentas inactivas	229
Cancelación de la cuenta	230
A iniciativa de la entidad	230
A iniciativa del cliente. Caso particular de la cancelación por uno de los titulares	230
Reapertura de cuentas canceladas	231
Deber de colaboración activa en el traslado a otra entidad de operaciones que empleen como soporte una cuenta a la vista	231
4.2.4 Depósitos a plazo con garantía del principal	232
a. Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos	232
Explicaciones adecuadas	232
Información precontractual	233
Formalización del contrato. Contenido	233
b. Contratación de depósitos estructurados o híbridos	236
Explicaciones adecuadas	236
Información precontractual	237
Contenido del contrato	237

- c. Vigencia del depósito 238
 - Liquidación 238
 - Discrepancia entre el tipo del contrato y el de la publicidad 238
 - Base de cálculo 360 238
 - Falta de abono del interés complementario en un depósito bonificado 239
 - Año bisiesto 240
 - Documentos de liquidación (hasta el 1 de julio de 2013, y desde el 1 de julio de 2013) 240
- d. Renovación 241
- e. Modificación 242
- f. Cancelación 244
 - A instancia de la entidad 244
 - A instancia del cliente antes del vencimiento 244
 - Vencimiento 248

4.2.5 Embargo del saldo de depósitos en entidades 248

- a. Embargos por deudas con las administraciones 250
- b. Embargos por deudas con la Seguridad Social 252
- c. Embargos judiciales 254

4.2.6 Incidencias derivadas del fallecimiento del titular de un depósito 256

- a. Tramitación de testamentarias 257
 - Acreditación de la condición de heredero 257
 - Deber de diligencia 257
 - Comisión por tramitación de expedientes de testamentaria 257
 - Certificado de posiciones del causante 258
- b. Información a herederos 258
- c. Disposición de fondos. Cuestiones generales 260
- d. Disposición de fondos. Cuentas con un único titular 260
- e. Disposición de fondos. Cuentas con varios titulares 261
 - Régimen de disposición indistinto o solidario 261
 - Régimen de disposición conjunto o mancomunado 262
- f. Cancelación de la cuenta 262
- g. Bloqueo de la cuenta 262
- h. Depósitos a plazo 263
- i. Legatarios 263

4.3 SERVICIOS DE PAGO 264

4.3.1 Introducción y régimen aplicable 264

4.3.2 Aspectos comunes 266

- a. Condiciones contractuales 266
 - Transparencia, integridad 266
 - Oscuridad de las cláusulas 267
- b. Información y documentación contractual 267
 - Operaciones de pago singulares 269
 - Operaciones amparadas en un contrato marco 270
 - Entrega del documento contractual 271
 - Conservación de documentos 272
- c. Modificación de las condiciones del contrato marco 272
- d. Resolución del contrato marco 273
- e. Comisiones y gastos 273

- f. Órdenes de pago: ejecución 276
 - Recepción de la orden 276
 - Rechazo de la orden 276
 - Revocación de la orden 277
 - Importes transferidos e importes recibidos 277
 - Operaciones de pago a una cuenta de pago 278
 - Fecha de valor y disponibilidad de fondos 278

4.3.3 Tarjetas 278

- a. Gastos y comisiones 278
 - Emisión, renovación y mantenimiento 278
 - Reclamación de posiciones deudoras 279
 - Comisión por exceso sobre el límite 280
- b. Actuación unilateral de la entidad 280
 - Emisión de tarjetas sin solicitud previa 280
 - Envío por medios que no aseguran su recepción 281
 - Cancelación y bloqueo unilateral de tarjetas 281
- c. Tarjetas de pago aplazado 282
 - Tarjetas *revolving*. Lenta amortización de la deuda 283
 - Transferencias de efectivo con cargo a la línea de crédito 284
 - Incremento unilateral de tipos de interés 285
- d. Terminales de punto de venta 286
- e. Uso fraudulento 287
 - Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 287
 - Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago 288
 - Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 289
 - Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído 289
- f. Dinero electrónico 290

4.3.4 Transferencias y órdenes de traspaso de efectivo 291

- a. Identificador único 292
- b. Gastos de la operación 293
- c. Comisiones 294
- d. Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 294
 - Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 294
 - Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago 294
 - Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 294
 - Fraude por Internet 295
 - Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente 297
- e. Órdenes de traspaso de efectivo (OTE) 298
 - Consideraciones generales 298
 - Plazo de ejecución o de rechazo 299
 - Régimen de responsabilidades 300

- 4.3.5 **Adeudos domiciliados** 301
 - a. Consideraciones generales 301
 - b. Recibos domiciliados 302
 - c. Plazos de devolución 302
 - d. Revocación de la orden de adeudo domiciliado 303
 - e. Adeudos directos SEPA 303
- 4.3.6 **Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja** 304
 - a. Consideraciones generales 304
 - b. Efectivo ingresado en una cuenta de pago 304
 - c. Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina 305
 - d. Billetes y monedas 306
 - Billetes falsos 306
 - Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda) 307
 - e. Comisión por ingresos en efectivo 309
 - f. Limitaciones de canales y horarios para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados 309
 - Establecimiento de limitaciones horarias 310
 - Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático 312

4.4 EFECTOS 313

- 4.4.1 **Cheques** 313
 - a. Pago del cheque por ventanilla 314
 - b. Identificación del tenedor del cheque 314
 - c. Revocación 316
 - d. Endoso 317
 - e. Ingreso en cuenta de cheques 317
 - f. Ingreso en cuenta por un tercero distinto de su titular 318
 - g. Compensación de cheques 319
 - h. Comisiones 321
 - Comisión por ingreso y devolución de cheques 322
 - Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta 323
 - Comisión por emisión de un cheque bancario 323
 - i. Fecha de valor y disponibilidad de fondos 323
 - j. Gestiones de cobro 324
 - k. Cheque falsificado 325
 - l. Cheques librados sobre cuentas en el extranjero 326
 - m. Cheques de viajero (*traveller checks*) 328
- 4.4.2 **Letras de cambio** 329
 - a. Domiciliación 329
 - b. Fecha de valor y disponibilidad de fondos 329
- 4.4.3 **Pagarés** 330
 - a. Pago del pagaré 331
 - b. Pago parcial 333
 - c. Cesión del pagaré para su gestión de cobro 333
 - d. Pagaré falso o falsificado 334

- e. Descuento y anticipo de créditos: cesión del pagaré para su descuento 335
- f. Comisiones por ingreso y de devolución 336
- g. Extravío del pagaré 338
- h. Fecha de valor y disponibilidad de fondos 339

4.5 MEDIDAS DE PROTECCIÓN
DE DEUDORES
HIPOTECARIOS
SIN RECURSOS 340

- 4.5.1 **Introducción** 340
- 4.5.2 **Antecedentes: política comercial** 340
- 4.5.3 **Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos** 342
 - a. Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual 344
 - Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias 345
 - Medidas complementarias: quita 345
 - Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual 346
 - b. Otras medidas contempladas en el Real Decreto-ley 6/2012 347
 - Moderación de los intereses moratorios 347
 - Medidas fiscales 347
 - Procedimiento de ejecución extrajudicial 348
 - Acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias 348
- 4.5.4 **Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios** 348
- 4.5.5 **Reclamaciones planteadas ante el DCMR del Banco de España (Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y Código de Buenas Prácticas)** 350
 - a. Informes favorables a las entidades reclamadas 351
 - b. Informes favorables a los reclamantes 356
- 4.5.6 **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social** 364
 - a. Suspensión de los lanzamientos 365
 - b. Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo 366
 - c. Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en el Código de Buenas Prácticas 369
 - Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias 369
 - Medidas complementarias: quita 369
 - Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual 369
 - d. Aplicación del Código de Buenas Prácticas 370
 - e. Adhesión al Código de Buenas Prácticas 370

4.1 Activo

4.1.1 PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

a. Introducción

La hipoteca como derecho real de garantía se coloca al servicio del derecho de crédito para garantizar la satisfacción de este. Las operaciones de financiación con garantía hipotecaria, salvo que expresamente se pacte otra cosa, gozan, además, de la responsabilidad personal del deudor con todo su patrimonio presente y futuro (establecida en el artículo 1911 del Código Civil), siempre con una garantía especial que consiste en la constitución de ese derecho real de garantía, llamado hipoteca, sobre un bien inmueble, generalmente una vivienda propiedad del cliente¹ de la garantía, de modo que, en caso de incumplimiento por parte del deudor, se diera por extinguida la deuda con la entrega de la vivienda o, en su caso, otro bien inmueble sobre el que recayera la hipoteca, si bien, hasta ahora, no se ha venido utilizando esta modalidad.

Así, todos los préstamos tienen como garantía genérica los bienes presentes y futuros del deudor. Pero en el caso de los préstamos hipotecarios, si el prestatario no paga su deuda, la entidad de crédito acreedora puede hacer que se venda el inmueble hipotecado con el fin de recuperar la cantidad pendiente de pago. Si la venta del inmueble no alcanza a cubrir todo el débito, y salvo pacto al efecto estableciendo otra cosa, tal venta no supone que se extinga la responsabilidad personal del deudor por el importe no pagado, salvo lo previsto en la normativa sobre protección a los clientes hipotecarios, a la que se hace referencia en el punto 4.5 de este capítulo.

Estas operaciones, debido al tipo de garantía que ofrecen, posibilitan la formalización de operaciones a plazos más largos y a tipos de interés inferiores a los de los préstamos con garantía personal.

Se pueden distinguir dos clases de operaciones hipotecarias:

- *Créditos hipotecarios*. La apertura de crédito en cuenta corriente es un contrato por el que la entidad pone a disposición del cliente (acreditado) una cantidad cierta de dinero de la que este puede disponer, en todo o en parte, durante un período de tiempo determinado o incluso indeterminado, con la obligación de restituir el capital y de pagar intereses por la suma efectivamente utilizada. Es decir, no se pagan intereses por la parte no dispuesta. Si la cuenta de crédito lleva aneja una garantía hipotecaria, estamos en presencia de un crédito hipotecario. Se incluyen en la generalmente denominada «modalidad *revolving*», o «revolvente», aquellos créditos hipotecarios que permiten sucesivas disposiciones de la parte de capital que se va amortizando, dentro del límite concedido.
- *Préstamos hipotecarios*. El préstamo es un contrato por el que la entidad de crédito entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien lo recibe (prestatario) a restituir otro tanto en la forma y plazo convenidos, incluidos los intereses y comisiones correspondientes.

¹ Constituyen las reclamaciones más frecuentes llegadas al DCMR, si bien la hipoteca puede recaer sobre cualquier otro bien inmueble, que, igualmente, puede ser propiedad de un tercero hipotecante. Además de sobre los bienes inmuebles, pueden ser objeto del contrato de hipoteca los derechos reales enajenables impuestos sobre aquellos (artículo 1874 del Código Civil).

Actualmente, la normativa sobre transparencia de las condiciones de los préstamos hipotecarios es de aplicación a ambas modalidades, es decir, tanto a los créditos como a los préstamos hipotecarios.

En particular, la Orden² EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su capítulo II, dicta las «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios», estableciendo el siguiente ámbito de aplicación de estas:

«1 Este capítulo será de aplicación a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

2 Se presumirán sujetos a esta orden los préstamos concedidos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas físicas residentes en España.

3 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.

4 El Banco de España podrá adaptar las exigencias de información contenidas en el presente capítulo para su aplicación a otro tipo de préstamos diferentes de los previstos en el apartado 1 y tampoco incluidos en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.»

La propia Ley Hipotecaria, en su actual redacción³ del artículo 114, entre otros aspectos, hace referencia a que:

«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

De igual modo, la Circular Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, hace referencia expresa⁴ en diversas normas a créditos y préstamos hipotecarios.

2 La Orden EHA/2899/2011, publicada en el *BOE* de 29.10.2011, entró en vigor el 29.4.2012 (a los seis meses de su publicación en el *BOE*), no obstante lo previsto en el capítulo II (Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios, artículos. 19 a 32) del título III, a excepción de la sección 3.^a (artículos 26 a 28, relativos a tipos de interés e índices de referencia), que entró en vigor a los nueve meses de dicha publicación. Asimismo, la previsión a la que se refiere el apartado 4 del artículo 8 (comunicación a los clientes recogiendo la información prevista en la propia orden sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior) comenzó a aplicarse en 2014 sobre los servicios prestados el año anterior.

3 Dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

4 Entre otras, en sus normas 6.^a, 8.^a, 13.^a, etc.

Ello sin perjuicio de la vigencia de otras normas específicas (particularmente, las leyes 2/1994, 36/2003 y 41/2007), en cuanto a la aplicación de las condiciones que estas regulan, algunas de las cuales serán referidas en el presente capítulo.

b. Política comercial.
Aprobación

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

Antes de continuar, procede mencionar algunos de los aspectos a los que hace referencia la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo artículo 18 (Evaluación de la solvencia), incluido en el capítulo I, donde se regula el préstamo responsable⁵, entre otras cosas, y a los efectos de lo que en este punto nos ocupa, señala:

«1 La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

2 [...]

3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

[...]

3 En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

[...]

5 En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.º del apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6 La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitacio-

⁵ Al «préstamo responsable» se hace referencia en el punto 4.1.3 de esta Memoria.

nes que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes, y en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»

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

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

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

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

- a) denegación de la operación tras haber generado en el solicitante expectativas de que aquella sería aprobada;
- b) demora en el plazo de la sanción, generando coste de oportunidad por la pérdida de la posibilidad de adquisición de la vivienda en momentos de elevada demanda de mercado y precios al alza, y/o, en su caso,
- c) pérdida de las arras, por haber excedido el plazo concedido para formalizar la adquisición.

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

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

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

c. Claridad y transparencia con el cliente

De acuerdo con las buenas prácticas bancarias, a las entidades financieras, como profesionales en la materia, les es exigible que velen tanto por sus intereses como por los de sus clientes, lo cual se traduce en este punto en la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan, máxime cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil, una vez suscritos los contratos, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

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

De igual modo, son exigibles claridad y transparencia a la hora de facilitar las posiciones a sus clientes por parte de las entidades. En particular, en el caso de posiciones originadas por impagos, o que incluyan deuda de tal naturaleza, conforme a las buenas prácticas bancarias, las entidades acreedoras deben facilitar a sus clientes el máximo detalle de aquellas, desglosando lo que corresponde al importe de cada una de las cuotas vencidas, sus intereses de demora y, en su caso, las comisiones y otros gastos repercutibles, de modo que el cliente pueda verificar que la deuda que le es reclamada está determinada de acuerdo con las condiciones pactadas.

d. Información previa

Ahora bien, es habitual que la primera información que se facilite sobre una operación de crédito sea orientativa y se encuentre sujeta a posterior aprobación, una vez que se efectúen las pertinentes comprobaciones sobre la capacidad económica de los solicitantes y, en su caso, de los fiadores, así como de la valoración del inmueble ofrecido en garantía, siendo frecuente que las solicitudes de préstamos que rellenan los clientes incluyan una mención al carácter provisional, o «no vinculante», de las condiciones económicas ofrecidas hasta la aprobación definitiva de la operación.

Así, mediante el folleto regulado en el artículo 3 de la Orden de 5 de mayo de 1994⁶, de transparencia de préstamos hipotecarios, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a toda persona física que solicitara un préstamo hipotecario sobre una vivienda que reuniera los requisitos de la citada orden (que se tratara de un préstamo hipotecario y 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 límite desaparece con la nueva regulación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El folleto debía contener, con carácter orientativo, las condiciones financieras del préstamo hipotecario, incluidos, en su caso, los límites al tipo de interés, las comisiones aplicables y los gastos que el cliente debía asumir, incluso aunque el préstamo no llegara a firmarse (tasación, comprobación registral, etc.). También se debía hacer constar expresamente en él el derecho que asistía al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, a la persona o entidad que fuera a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se fuera a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, fuera a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exigía para la formalización del préstamo. Por último, también debían figurar en el folleto las características de los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés que la entidad ofrecía a sus clientes.

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

«Artículo 5. Oferta vinculante

1 Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo.

La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anejo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

2 En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de docu-

6 Derogada por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

mento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante.»

El límite cuantitativo de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, no obstante, quedó superado con la previsión de la Ley 26/1988⁷, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, artículo 48.2.a, según la redacción dada a este por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que señala que «la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos», de tal modo que la nueva Orden de Transparencia 2899/2011 ya no contempla el límite cuantitativo vigente hasta su entrada en vigor, a efectos de exigir de las entidades la emisión de información vinculante reglada con carácter previo, según se dice más adelante.

Asimismo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, preceptúa —en su artículo 29, apartado 1— que «las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que se les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago», facultando al ministro de Economía y Hacienda para la aprobación de la correspondiente orden ministerial en la que se incorporen las medidas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo, haciendo especial referencia a la información precontractual (artículo 29.2.c de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

En uso y cumplimiento de la habilitación referida en el párrafo anterior, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, vino a «concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones existentes, a la vez que desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo referente al préstamo responsable». Entre otras cosas, y sobre los préstamos hipotecarios, tal como reza en su exposición de motivos, «se aborda el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994. El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. [...] También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones de transparencia y difusión de información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación».

7 Derogada por la Ley 10/2014, de 26 junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, quedó derogada la anteriormente citada Orden de 5 de mayo de 1994, implantando la nueva orden la obligatoriedad de facilitar la información regulada en los artículos 21 y 22, cuyos anejos I y II, respectivamente, se incluyen con la numeración indicada en ellos al final del presente capítulo:

« Artículo 21. Ficha de Información Precontractual

1 Las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el anejo I.

2 La Ficha de Información Precontractual estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

Artículo 22. Ficha de Información Personalizada

1 Las entidades de crédito, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a este la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que figura en el anejo II.

2 La Ficha de Información Personalizada se entregará a todos los clientes de préstamos, de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta.

3 Toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.»

Del mismo modo, la orden actualmente vigente regula la oferta vinculante, que, de coincidir íntegramente la información en ella contenida con la de la FIPER (Ficha de Información Personalizada), podrá facilitarse en un único documento:

«Artículo 23. Oferta vinculante

1 Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente conforme a lo dispuesto en el artículo 18, este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.

2 La oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada como la que figura en el anejo II, en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente:

- a) Que se trata de una oferta vinculante.
- b) El plazo de vigencia de dicha oferta.

3 Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

4 Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento.

5 Salvo que medien circunstancias extraordinarias, o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.»

En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994, que en su artículo 5 regulaba la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, que a su entrada en vigor derogó la anterior y que, en sus artículos 22 y 23, regula, respectivamente, la FIPER y la oferta vinculante, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación.

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

Reforzando la información precontractual, la Circular Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su norma sexta, relativa a las informaciones exigibles, obliga a informar si la entidad está adherida al Código de Buenas Prácticas. Así, entre otras cosas, y en lo que aquí interesa, establece que (la negrilla es nuestra):

«1 Las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez.

[...]

2 En particular, para los productos y servicios bancarios que se enumeran en este apartado, se deberá facilitar la información que se indica en cada uno de los subapartados siguientes:

[...]

2.4 Créditos y préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o en los que la finalidad de la persona física prestataria sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

La información precontractual de los créditos y préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir se ajustará a lo dispuesto en la Orden.

Adicionalmente, se deberá informar acerca de si la entidad se ha adherido o no a un código de buenas prácticas y, en particular, a las implicaciones que dicha sujeción pudiera tener en cuanto al procedimiento de ejecución hipotecaria y a las posibilidades de negociación y de acuerdo previos a la ejecución.

[...]

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

Sobre la base de lo anteriormente dicho, el DCMR considera contrario a las buenas prácticas bancarias:

- Que las entidades no puedan acreditar el cumplimiento adecuado del deber de información, bien por no constar este en soporte duradero, bien por no haber quedado constancia de su recepción por el cliente, o bien por no habérsela facilitado con antelación suficiente a la fecha de firma de la escritura.
- El cambio, en perjuicio del cliente, de las condiciones ofertadas durante la vigencia comprometida de estas.
- Que las entidades creen expectativas de aprobación de las operaciones solicitadas o de aplicación de determinadas condiciones a aquellas que luego se vean injustificadamente defraudadas.

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

e. 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. Adicionalmente, con arreglo al artículo 1875 del mismo cuerpo legal, «es

indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad».

En cuanto a la estructura del documento público, y al efecto de que las cláusulas financieras queden perfectamente separadas del resto de estipulaciones y homogéneas en todos los contratos, la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 6, señalaba que:

«Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anejo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquellas.»

De manera equivalente, la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, a cuya entrada en vigor derogaba la citada Orden, en su artículo 29 dictamina que:

«Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas.

En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés.»

Finalmente, cabe señalar que la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, hace referencia a la formalización en escritura pública de la subrogación de entidad acreedora.

f. Otorgamiento de la escritura.
Elección de notario

El Reglamento Notarial consagra el derecho de los particulares a la libre elección de notario, derecho que en los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas se ejercerá por «quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales», y en todo caso por el adquirente de bienes o derechos vendidos o transmitidos onerosamente por quienes se dedican a ello habitualmente. La Orden EHA/2899/2011 ratifica lo indicado, dictando en su artículo 30.1 que «en materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables».

Por tanto, la elección de notario para la formalización de la escritura de constitución o de carta de pago y cancelación de hipoteca corresponderá, en principio, al cliente interesado, si 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).

El reconocimiento de este derecho pretende facilitar al particular que elija al notario que más garantía de imparcialidad le ofrezca respecto a la parte fuerte de la contratación, ya que el asesoramiento que reciba sobre las consecuencias de los actos y negocios que va

a concluir impedirá situaciones de abuso o de imposición de cláusulas abusivas o simplemente ilegales.

No obstante, no se infiere de ello la obligación de ningún ente, institución o entidad de dar a conocer este derecho a quienes con ellas contratan. A este respecto, únicamente se recoge esta obligación en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al establecer en su artículo 5.4 que «cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público [...] (la) forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible [...] c) el derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor».

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

En cualquier caso, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido otros mecanismos de protección de los legítimos intereses de la clientela activa de las entidades de crédito, recogidos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, hasta su derogación por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo artículo 30 regula el acto de otorgamiento de la escritura, remitiendo al Reglamento Notarial, a efectos de elección de notario, señalando en el punto 2 —de manera equivalente a como lo hacía la Orden de mayo de 1994— que:

«El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.»

Y, del mismo modo, en el punto 3 del citado artículo 30 recoge la obligación del notario otorgante de informar a la parte prestataria de un amplio elenco de aspectos relevantes de la operación que se formaliza, para una mayor garantía de transparencia:

«En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

- a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

- b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
- 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.
 - 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.
 - 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:
 - i. Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
 - ii. Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
- c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
- d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 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.
- e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
- f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
- g) En el caso de hipoteca inversa, deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formaliza-

ción de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.

h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

4 La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previstos para el recurso de alzada.»

g. Tramitación administrativa de la hipoteca

Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional: ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. Paralelamente, de estar gravado el inmueble con una carga previa, la entidad pretenderá asegurar la cancelación registral existente a favor de la parte vendedora, para lo cual, y con independencia de si el vendedor estuviera obligado contractualmente a ello, la entidad puede solicitar a su cliente —comprador— que haga frente a ella.

El mismo carácter constitutivo tiene la inscripción registral respecto a la subrogación de entidad acreedora, preceptuando la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en su artículo 5, que «el hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal, que expresará las circunstancias siguientes: [...]»

Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar quién va a realizar la gestión administrativa de la operación⁸, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito, para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, entraría dentro de lo razonable que la entidad acreedora no facilitara la disposición del préstamo hasta tanto la hipoteca no hubiera sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, elegida la gestora por la entidad, a esta le incumbe una cierta responsabilidad por su actuación desde el punto de vista de la observancia de las normas sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela, y de las buenas prácticas y

⁸ El Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, en su artículo 40, relativo a la información previa a la formalización de préstamos hipotecarios, contempla el derecho que asiste al prestatario de designar, de común acuerdo con la parte prestamista, a la persona o entidad que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, especificando que dicho extremo se deberá hacer constar por las entidades de crédito y las demás entidades financieras en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas —obligatorios en el caso de préstamos sujetos a la Orden de 5 de mayo de 1994, actualmente a la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios—.

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

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

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

A la vista de lo anterior, se considerará una mala práctica bancaria, entre otras:

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

h. Tasación de la finca objeto de hipoteca

El informe de tasación es el instrumento utilizado por las entidades prestatarias para, mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el valor de tasación de la finca objeto de garantía, calcular el límite máximo del importe del préstamo que está dispuesta a conceder la entidad. Y ello teniendo en cuenta que la sanción —positiva o negativa— de las operaciones solicitadas debe basarse, en el marco de la política crediticia fijada por cada entidad, no solo en la valoración de las garantías aportadas, sino, principalmente, en la capacidad de pago de los solicitantes⁹.

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

Aunque la tasación se elabore en interés propio de la entidad de crédito y no en el de los futuros adquirentes de la vivienda, suele ser habitual que sean ellos los que corran con los gastos, por lo que este DCMR considera, desde la perspectiva de las buenas prácticas financieras, que las entidades no solo han de informar a su clientela de la necesidad de realizar tal operación, sino también de que los gastos que se generen van a correr a su cargo, requiriendo a tal fin su autorización para cargarlos en cuenta, debiendo indicarse, igualmente, que la realización de la tasación no conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, sin que su negativa conlleve la devolución de dichos gastos. En caso de resultar denegada la operación solicitada, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que aquel pueda acudir, si así lo desea, dentro del plazo de vigencia del informe (seis meses desde su fecha de emisión¹⁰), a otra entidad, en demanda del préstamo denegado.

A este respecto, debe diferenciarse la tasación en sí, que es un informe de valoración que suscribe un profesional competente para hacerlo y que tiene como objetivo establecer, de forma justificada, el valor de un bien, de acuerdo con unos criterios previamente establecidos y desarrollando una metodología adecuada al fin propuesto, de una valoración (o estimación de valor) que, careciendo de validez legal, establece el valor orientativo de un inmueble mediante la comparación con otros de la misma tipología y zona. A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta el coste que supone hacer una tasación, así como la obligación de la entidad, como profesional en la materia, de velar no solo por sus propios intereses, sino también por los de sus clientes, en la medida de lo posible, durante el análisis de la propuesta de riesgo tratará de minimizar los costes en los que deba incurrir el solicitante, posponiendo razonablemente la obtención de los informes más costosos, entre ellos la tasación, hasta que se haya realizado un preestudio de la viabilidad de la operación, contemplando el resto de variables intervinientes, incluido el análisis de la capacidad de pago.

9 El artículo 18.3 de la Orden EHA/2899/2011 señala que «[e]n el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía».

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

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

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

- a) Falta de información previa del coste de la tasación.
- b) Falta de autorización para el cargo en cuenta.
- c) Disconformidad con el cargo de aquella por denegación de la operación por falta de capacidad de pago.
- d) Disconformidad con el cargo al no haber podido formalizarse la operación por problemas con la titularidad registral de la finca.

En los dos primeros supuestos —a) y b)—, que a veces concurren en una misma reclamación, el DCMR considera mala práctica bancaria si las entidades no acreditan haber informado a sus clientes, con carácter previo, de la necesidad de llevar a cabo la tasación y de su coste. Además, en los casos en los que tal aspecto se cuestiona, deben acreditar haber obtenido autorización para el cargo en cuenta del coste de dicho informe.

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

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

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

No compete al DCMR analizar la bondad del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

i. Intereses

La normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés¹¹ a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las entidades de

¹¹ Actualmente, el artículo 4 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Con anterioridad, el artículo primero de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

crédito, salvo lo que más adelante se indicará respecto al límite de los intereses de demora, y establece que, en todo caso, la información relativa al tipo de interés aplicable a los préstamos hipotecarios deberá incluir, al menos:

- Clase y nivel del tipo de interés aplicable (nominal anual):
 - Fijo.
 - Variable (expresado en tipo de interés de referencia + diferencial).
 - Variable limitado (expresando el tipo de interés mínimo y máximo y el tipo de interés de referencia + diferencial).
- En caso de que durante el plazo de amortización se modifique la clase de tipo de interés, se deberá reflejar el plazo en que se aplicará cada tipo.
- Tasa anual equivalente (TAE) aplicable, como indicador del coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE incluye el tipo de interés más otros componentes computables al efecto, y sirve para ayudar al cliente a comparar las diferentes ofertas existentes en el mercado.
- El importe, número y periodicidad o fecha de los pagos que el deudor deba realizar a la entidad para el reembolso del crédito, y el pago de los intereses, comisiones y gastos repercutibles, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.
- En los préstamos hipotecarios en los que el interés pactado sea variable, normalmente el tipo que se ha de aplicar se obtiene añadiendo a un índice de referencia un determinado margen o diferencial, generalmente expresado en puntos porcentuales. Estos tipos de referencia podían ser publicados por entidades privadas o públicas. Sin embargo, dado que las entidades no podrán usar (en la revisión de préstamos hipotecarios concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebase los 150.253,03 euros) los que dependan exclusivamente de ellas mismas y no se puedan agregar objetivamente, lo más habitual es que se utilicen los tipos de interés de referencia oficiales, difundidos por el Banco de España y publicados mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado*.

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

No obstante, este DCMR ha venido considerando que, cuando las cláusulas pactadas hagan referencia a uno de los índices de referencia oficial, y salvo que expresamente se diga otra cosa, sería lógico que el tipo que se tome a efectos de revisar el aplicable a un préstamo sea el último publicado en la fecha de revisión¹², pues es este el momento en el que el prestatario puede conocer de manera clara y objetiva la situación en la que quedará su préstamo.

¹² A este respecto, el Banco de España decidió a principios de 2009 adelantar al comienzo de cada mes la publicación de los índices euríbor, mibor y del tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de deuda pública de plazo entre dos y seis años, ya que, normalmente, es posible conocerlos en cuanto finaliza el mes.

A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, se exige (artículo 26) que:

«1 En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.
- b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

2 En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada a la que se refiere el artículo 22, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor.»

Los tipos de interés oficiales de referencia se publican mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y también están disponibles en el sitio web del Banco de España. Tras la entrada en vigor¹³ de la Orden EHA 2899/2011, son los siguientes (artículo 27):

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona del euro.
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- d) Referencia interbancaria a un año (euríbor).
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.
- f) El míbor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Esta nueva relación de tipos oficiales de referencia implicó la incorporación de dos nuevos, los señalados con las letras b) y e), y la desaparición de otros tres, respecto a los contemplados en la anterior regulación¹⁴.

¹³ El 29 de abril de 2012.

¹⁴ Norma sexta bis de la Circular del Banco de España 8/1990.

En cuanto a los tres que desaparecen, y que solo son válidos para operaciones formalizadas antes del 29 de abril de 2012, fecha de entrada en vigor de la referida orden, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en su disposición adicional decimoquinta [Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia], establece que:

«1 Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

2 Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3 En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4 Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.»

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

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

- En cuanto a los tipos o índices de interés oficiales de referencia, se cuestionan con frecuencia las expresiones genéricas sobre meses de publicación de aquellos, por ejemplo, «publicado el mes anterior a la fecha de revisión», a los

que se hace mención en las cláusulas de revisión del tipo de interés, y respecto a los que algunos clientes entienden que deben referirse al tipo publicado el mes anterior «de fecha a fecha» y no al mes natural anterior. El DCMR, a salvo de lo que al respecto pudieran establecer otras instancias, admite como práctica consolidada que, a falta de precisión contractual, la consideración de los meses se refiera a meses naturales, según el calendario, y no a períodos mensuales contados de fecha a fecha, por lo que los informes se emiten en tal sentido.

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

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

- Aplicación de un tipo de interés o del diferencial distinto del prometido o acordado verbalmente con el director u otros empleados de la oficina de la que son clientes. En unos casos, los clientes señalan que se dieron cuenta en el momento de la firma y que no tuvieron más remedio que firmar, mientras que, en otros, indican que se enteraron al verlo en las liquidaciones de los recibos.

Con carácter general, el DCMR emite un pronunciamiento sobre las cuestiones que se someten a su consideración, ateniéndose a aquellos hechos que queden acreditados (documentalmente) en el expediente, no pudiendo entrar en consideraciones sobre promesas, informaciones o acuerdos verbales no acreditados invocados por una de las partes y no reconocidos por la otra, ya que la interpretación de las conductas en orden a alcanzar una fijación de los hechos ajena a lo que de la documentación se desprende es una materia que resulta competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

En tales casos, y redundando en lo anteriormente señalado en el apartado de información previa, es exigible que las entidades acrediten haber informado con anterioridad a la fecha de formalización del préstamo de todas las condiciones financieras a él aplicables. Si tal circunstancia no se acredita¹⁵ —mediante oferta vinculante y/o FIPER (Ficha de Información Personalizada), el

15 En el caso de operaciones anteriores a la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, no sujetas a la Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y, por tanto, sin obligación de entrega de oferta vinculante, dicha información previa puede acreditarse por parte de las entidades con otros documentos suscritos por la parte prestataria, que acrediten tal conocimiento con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la escritura pública de préstamo.

DCMR considera la actuación de la entidad reclamada contraria a las buenas prácticas bancarias, y de manera aún más contundente cuando el cliente aporta indicios —notas manuscritas, correos electrónicos o cualesquiera otros— de la posible existencia de la promesa invocada.

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

- Demoras en la aplicación del nuevo tipo tras la fecha de revisión pactada.

No son muchas las reclamaciones sobre esta materia, correspondiendo en su mayoría a errores de las entidades, que normalmente son regularizados tras la reclamación del cliente. Una regularización diligente por parte de la entidad implica el recálculo de los recibos erróneamente liquidados, debiendo asentar los apuntes de regularización en la cuenta asociada con la misma fecha de valor que los recibos incorrectamente liquidados. La falta de diligencia por parte de las entidades en la regularización de los recibos mal liquidados constituye una mala práctica bancaria.

Primera liquidación de intereses

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

Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés

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

Sistema francés de amortización

En estos casos, se puede:

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

- Mantener fijas las cuotas de amortización de capital calculadas por el método francés en el primer momento, y únicamente calcular los intereses sobre el capital vivo al comienzo del período de intereses de cada cuota, según la frecuencia pactada (mensual, trimestral, etc.). Mediante la suma de ambos importes, se determinará la cuota periódica que se debe pagar en cada vencimiento, cuotas que resultarán variables para cada pago, dada la forma de cálculo.

Préstamos en progresión geométrica

Este tipo de operaciones suele pactarse cuando se prevé que las condiciones del préstamo, principalmente el tipo de interés, no van a resultar más onerosas para la parte prestataria, en tanto que se espera un incremento sistemático de la capacidad de pago por parte de esta durante la vida de la operación.

Operaciones a tipo de interés fijo

La característica más importante de estas operaciones es el incremento de la cuota en el porcentaje (razón) y frecuencia (normalmente, un año) pactados, manteniéndose constante la cuota periódica (mensual, trimestral, etc.) durante el período que sigue a cada modificación.

Operaciones a tipo de interés variable

En estos casos se produce una doble revisión: por un lado, el incremento de la cuota en la razón y momento pactados; por otro lado, al ser variable el tipo de interés, también se revisa este según condiciones contractuales. No obstante, en los casos en los que igualmente se pacta la variabilidad del tipo de interés aplicable, puede ocurrir que, cuando los tipos crecen por encima de un determinado nivel, la cuota periódica pactada en cada momento no pueda absorber el importe de los intereses devengados en el período, debiendo capitalizarse la diferencia.

Por su parte, algunas entidades interpretan que lo que caracteriza a estos préstamos no es la progresividad de sus cuotas, sino la variabilidad de sus tipos, de modo que no se comercializan como préstamos en los que el cliente puede conocer de antemano cómo van a crecer sus cuotas, sino como préstamos cuyas cuotas, una vez aplicado el tipo correspondiente a cada período, variarán en función de la progresión pactada. Esta interpretación —legítima, sin duda— no se desprende de la literalidad de los pactos contractuales suscritos analizados por el DCMR con motivo de las reclamaciones ante él presentadas, ni se ha acreditado que haya sido explicada a su clientela antes de su formalización. Únicamente se ha podido constatar que los contratos no podían ser ejecutados en los estrictos términos en los que fueron firmados, difiriendo sustancialmente de las expectativas de los clientes y generando efectos no previstos en el contrato.

A la luz de las reclamaciones recibidas, las reacciones de las entidades ante esta problemática pueden resumirse en los siguientes supuestos:

- a) De manera unilateral, decidieron incrementar las cuotas periódicas de modo que se mantuviera el calendario de amortización inicialmente pactado, es decir, absorbiendo las cuotas el incremento derivado del propio crecimiento de las cuotas en progresión geométrica, más el importe de mayores intereses derivados de la revisión al alza del tipo de interés aplicable.

- b) De manera unilateral, decidieron mantener las cuotas periódicas con arreglo al cuadro de amortización en progresión geométrica inicialmente previsto, como si se tratara de una operación a tipo de interés fijo, y capitalizando los mayores intereses devengados por el incremento del tipo aplicable. En un escenario prolongado de curvas de interés al alza, con este método el préstamo iría incrementando el capital pendiente de pago y alargando indefinidamente su vida.
- c) De manera unilateral, adoptaron un criterio mixto resultante de los dos anteriores, de modo que una parte del incremento de los intereses lo absorbía la cuota periódica que había que pagar y el resto se capitalizaba.
- d) De manera unilateral, decidieron convertir el préstamo en progresión geométrica en un préstamo a tipo de interés variable, amortizado por el método francés, con cuotas constantes.
- e) De manera unilateral, decidieron convertir el préstamo en progresión geométrica en un préstamo a tipo de interés variable, amortizado por el método francés, en el que, fijado el cuadro de amortización de principal al inicio (en este caso, en el momento de la conversión), las cuotas eran variables, tras absorber cada una de ellas los correspondientes intereses resultantes de la revisión llevada a cabo con arreglo a las condiciones de variabilidad pactadas.
- f) Llegaron a un acuerdo con sus clientes para reinstrumentar y/o, en su caso, refinanciar la operación, convirtiendo el préstamo en progresión geométrica, en la mayor parte de las ocasiones, en un préstamo amortizable por el sistema francés, generalmente con cuotas constantes, aunque hubo otras fórmulas de reinstrumentación/refinanciación de la deuda, incluyendo el alargamiento del plazo de amortización, el establecimiento de períodos de carencia, etc.

A excepción del último supuesto indicado, señalado con la letra f), en el que la solución al problema planteado se alcanza de común acuerdo entre las partes, en el resto de los casos el DCMR considera la actuación de las entidades como contraria a las buenas prácticas bancarias.

Suele concluirse en los casos vistos que las entidades no cumplieron con los principios de información y transparencia a que están obligadas para con sus clientes, al no acreditar que les explicaran detalladamente (con carácter previo a la contratación del producto) las peculiaridades del préstamo y no redactar los contratos con la claridad y transparencia que les son exigibles, de manera que su cliente pueda saber, ante los distintos escenarios de evolución que se pudieran producir, las consecuencias directas en el préstamo contratado.

En consecuencia, el DCMR ha transmitido directamente a las entidades y a través de sus publicaciones periódicas que, cuando, ante subidas de tipos por encima de un determinado nivel, sea preciso capitalizar intereses y se corra el riesgo de incrementar las cuotas finales más allá de la razón pactada para mantener el mismo vencimiento, las entidades, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, deberían dirigirse a sus clientes para tratar de lograr un acuerdo por medio del cual dar solución a la situación

generada. Y todo ello teniendo en cuenta que cualquier modificación del sistema de cálculo aplicable requerirá el consentimiento de sus clientes, aun cuando opere en su beneficio.

Igualmente, se considera que, acorde con las buenas prácticas bancarias, en estos casos, dadas las características de la operación y las deficiencias informativas detectadas, deberían ser las propias entidades las que asumieran los costes derivados de las posibles novaciones de las escrituras de préstamo si finalmente los clientes optasen por el sistema francés de amortización, mediante cuotas periódicas constantes.

Intereses tras una amortización
parcial anticipada

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

- Que se realice una liquidación de intereses *ad hoc* de los devengados por la parte amortizada desde el vencimiento de la cuota periódica anterior hasta la fecha de la amortización parcial anticipada, cargándose aquellos, bien por separado en la cuenta asociada, 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 inicio¹⁶ del período de cómputo y dividiendo el importe total anual así resultante por el número de períodos que hay en el año (doce para mensuales, cuatro para trimestrales, dos para semestrales, etc.), homogeneizando así el cálculo mensual de intereses, haciendo abstracción del número de días del mes. Ello hace que no resulte indiferente la forma de cálculo de los intereses «pico» (entendiendo por tales los devengados por la cuantía objeto de amortización en el período comprendido entre el vencimiento de la última cuota y la fecha de dicha amortización anticipada), con independencia del supuesto al que la entidad se haya acogido de entre los más arriba indicados.

Así, para el cálculo de los referidos intereses pico en las cancelaciones parciales anticipadas en fechas no coincidentes con las de vencimiento de las cuotas periódicas, en principio, habrá de estarse a lo pactado y, en su defecto, al cálculo de los intereses devengados por la cantidad amortizada durante los días transcurridos desde el vencimiento de la cuo-

¹⁶ Salvo que en dicho período haya amortización parcial anticipada, en cuyo caso podrá tomarse el principal antes, o después, de la amortización anticipada y realizar el correspondiente ajuste por los intereses «pico» a los que venimos haciendo referencia.

ta 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 resultantes así calculados no sean más gravosos para la parte prestataria de lo 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 \times tipo interés \div número de períodos en el año; doce si 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 anticipadamente¹⁷.

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

Tras la publicación de esta Memoria, y 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

17 A título de ejemplo, imaginemos un préstamo amortizable mensualmente por el sistema francés de cuotas mensuales constantes (para cada período de interés, en caso de ser variable), con vencimientos los días 1 de cada mes: el día 27 de mayo de 2012, vigente un tipo de interés del 2,50 %, la parte prestataria realiza una amortización parcial anticipada por importe de 40.000 euros. Si aplicamos la fórmula $i = crt/365$, los intereses «pico» resultantes serían 71,23 euros ($40.000 \times 2,50 \% \times 26/365$); en tanto que, de aplicar la parte proporcional, obteniendo en primer lugar los del período mensual completo (1.5.2012 a 1.6.2012) para ese importe, $i = 40.000 \times 2,50 \% / 12 = 83,33$ euros para los 31 días de ese período, siendo, por tanto, la parte proporcional para los 26 días devengados (1.5.2012 a 27.5.2012), $83,33 \times 26/31 = 69,89$ euros, que, al ser inferior a los 71,23 citados, sería la cantidad máxima que correspondería cobrar. Obsérvese que, si la amortización parcial, en lugar de realizarse el 27 de mayo, se realizara el 27 de junio, los intereses calculados por la fórmula $i = crt/365$ serían los mismos, es decir, 71,23 euros, en tanto que los resultantes de aplicar la parte proporcional serían 72,22 euros, dado que la cuantía diaria (mes de 30 días) sería superior a la del caso anterior (mes de 31 días), y, por tanto, la cuantía máxima que cobrar, en este supuesto, sería de 71,23 euros.

cuando no la había, el DCMR ha considerado oportuno, de acuerdo con criterios de buenas prácticas bancarias, contemplar el límite anteriormente señalado a los intereses «pico» en los casos de amortizaciones parciales anticipadas, considerando mala praxis cuando este no se tenga en cuenta.

Intereses bonificados

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

Año comercial-año civil

Esta es una cuestión con incidencia tanto en productos de activo como de pasivo, consistente en calcular los intereses de la manera más gravosa para la parte prestataria en el caso de las operaciones de activo —entre ellas, los préstamos hipotecarios— y, de manera inversa, como menos beneficiosa para las operaciones de pasivo (retribución de depósitos). En particular, en lo relativo a préstamos suele incluirse entre las condiciones de la operación que los intereses se calcularán considerando en el tiempo de devengo de intereses los días realmente transcurridos con arreglo al año natural (365 días, 366 si es bisiesto), en tanto que en la base de la fórmula del cálculo de intereses se aplicará un año de 360 días, y de ese modo se calcula el correspondiente cuadro de amortización remanente. Otras formas de cálculo que suelen pactarse consisten en aplicar el cambio de base 365/360 (366/360, en su caso), bien directamente sobre el tipo de interés aplicable (tipo de referencia más diferencial), bien solo sobre el tipo de interés de referencia; en este último caso, al no aplicarse el «cambio de base» sobre el diferencial, resultará ligeramente menos gravoso que al realizar dicha operación sobre el tipo aplicable, que sí lo engloba.

Ante las reclamaciones al respecto presentadas en el DCMR, el criterio es que el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada de este por parte de las entidades financieras, y como tal fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.1950 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2.1 del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las memorias del Servicio de Reclamaciones (actual DCMR) correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que «la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituye una práctica inveterada de las entidades bancarias, que, por su generalidad, puede considerarse constituir un auténtico uso bancario».

El DCMR ha venido advirtiendo, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y el alcance de las cláusulas de los contratos.

Así las cosas, siempre y cuando el citado criterio de «cambio de base» de año natural a año comercial en el cálculo de intereses esté debidamente contemplado y explicitado en las condiciones contractuales, el DCMR no viene considerando mala práctica bancaria su

aplicación. Sí viene considerando mala praxis cuando no se detalla la fórmula en la que figure de manera explícita la correspondiente base 360 o 365, limitándose a una simple mención de «días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales», o expresión equivalente.

En cualquier caso, hay un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican año natural en el numerador y comercial en el denominador, o año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la TAE o tasa anual equivalente, que, en igualdad de condiciones de comisiones que deben incluirse en aquella y tipo de interés aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo. Hay que advertir, no obstante, que con frecuencia la TAE se calcula en estas operaciones sin tener en cuenta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada, igualmente, contraria a las buenas prácticas bancarias por el DCMR.

Redondeo

Hasta el 24 de noviembre de 2002, fecha de la entrada en vigor de la Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero, la normativa de transparencia permitía la inclusión, entre las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios, del redondeo al alza del tipo de interés aplicable¹⁸. A partir de esa fecha, los nuevos créditos y préstamos a tipo de interés variable que se formalizan únicamente pueden incorporar el redondeo del tipo de interés al extremo del intervalo más próximo, sin que este pudiera sobrepasar el octavo de punto.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 31 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se modifica la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁹, que después fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueban el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuyo artículo 87 [Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad], y en lo que aquí interesa, se establece:

«Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

[...]

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

[...].»

Las reclamaciones que al respecto atiende desde entonces el DCMR denuncian que las entidades continúan aplicando la controvertida cláusula, sin tener en cuenta lo estableci-

¹⁸ No obstante, se estaba incrementando el número de sentencias que declaraban nula la cláusula de redondeo exclusivamente al alza, por considerar que producían un claro desequilibrio contractual en los derechos y obligaciones de las partes.

¹⁹ Deviniendo nulas dichas cláusulas a partir del 1 de marzo de 2007, fecha máxima para adaptar los contratos de los consumidores a la citada Ley 26/1984.

do por la Ley 44/2006, por considerar que es válida al haber sido contractual y libremente acordada con anterioridad a la Ley 44/2002.

Ahora bien, dado que la Ley 44/2006 es una norma de consumo, la supervisión de su cumplimiento, incluso tratándose de empresarios de sectores que cuenten con normativa específica, como las entidades supervisadas por el Banco de España —como señala la propia ley—, corresponde a las autoridades competentes en esta materia. Igualmente, es a los jueces y a los tribunales de justicia a los que compete en exclusiva pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula controvertida y sobre los efectos derivados de tal nulidad. Pero, sin perjuicio de ello, el DCMR no considera una buena práctica financiera continuar con la aplicación de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza, por cuanto:

- Supone el mantenimiento de una situación que se traduce en un perjuicio económico al consumidor financiero, forzando a este a acudir a instancias administrativas o judiciales para corregir un desequilibrio contractual que ha sido censurado en la jurisprudencia menor y en la normativa de consumo.
- La mayor parte de las entidades de crédito ha decidido suprimir, de forma voluntaria, dicha cláusula de los contratos de préstamo.

No obstante lo anterior, cuando la parte reclamante sea una persona jurídica con ánimo de lucro, la normativa de consumo citada no resulta de aplicación, por lo que el DCMR considera que en tal supuesto no puede emitir pronunciamiento alguno en relación con la controvertida cláusula del redondeo. En todo caso, si la mercantil reclamante afectada estimase que la cláusula de redondeo al alza fuera abusiva (y que, en consecuencia, debería declararse su nulidad), debe acudir, si así lo considera oportuno, a los órganos judiciales competentes.

Intereses de demora
de préstamos hipotecarios

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual dejan de ser libres tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; quedando limitados a tres veces el tipo de interés legal del dinero, solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, si bien serán de aplicación tras la entrada en vigor de la citada ley, siendo de 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. A tales efectos, y en lo que aquí interesa, la citada ley establece:

«Artículo 3. Modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946»

La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, queda modificada como sigue:

[...]

Dos. Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo:

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [...]

Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a 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 la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.»

j. La tasa anual equivalente (TAE)

La tasa anual equivalente (TAE) es el término con el que se refleja el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero (al considerar en su cálculo el efecto financiero que representa, además del interés, la periodicidad de los pagos y otras comisiones, gastos o desembolsos que pudieran producirse durante la vida de la operación) que el cliente no pueda evitar, facilitando de esta manera la comparación entre diversas alternativas de inversión o financiación.

La TAE estaba regulada en la Circular del Banco de España 8/1990²⁰, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela, normas sexta y octava, así como en el anexo V, que incluía el desarrollo de la fórmula para su cálculo. Tras su entrada en vigor, la Orden EHA/2899/2011 regula la TAE en su artículo 31, del siguiente tenor:

«1 La tasa anual equivalente, que iguala, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos (disposiciones de crédito, reembolsos y gastos) existentes o futuros, asumidos por la entidad y por el cliente, se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el anejo V.

2 Para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del préstamo para el cliente, exceptuando los gastos que este tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito.

20 Derogada por la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Cuando sea obligatorio abrir una cuenta para obtener el préstamo, los costes de mantenimiento de dicha cuenta, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar operaciones de pago y de disposición de crédito, así como otros costes relativos a las operaciones de pago, se incluirán en el coste total del crédito para el cliente, salvo que los costes de dicha cuenta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de préstamo o cualquier otro contrato suscrito con el cliente.

3 El cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto de que el contrato de préstamo estará vigente durante el período de tiempo acordado y que la entidad y el cliente cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato.

4 En los contratos de préstamo que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y, en su caso, de los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y los demás gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato.»

Para, igualmente, en su anejo V, según la redacción que se muestra a continuación, mostrar la fórmula de equivalencia financiera de flujos a que se refiere dicho artículo 31.1 de la propia orden transcrito más arriba, con la que se podrá obtener, en este caso directamente de la fórmula, el valor de la TAE, representado por «X»:

«I Ecuación de base que traduce la equivalencia de las disposiciones de crédito, por una parte, y de los reembolsos y pagos de gastos, por otra.

La ecuación de base, que define la tasa anual equivalente (TAE), expresa la equivalencia anual entre, por un lado, la suma de los valores actualizados de las disposiciones de crédito y, por otro, la suma de los valores actualizados de los importes de los reembolsos y pagos de gastos, es decir:

$$\sum_{k=1}^m C_k (1+X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^{m'} D_l (1+X)^{-s_l}$$

donde:

- X es la TAE;
- m es el número de orden de la última disposición de crédito;
- k es el número de orden de una operación de disposición de crédito, por lo que $1 \leq k \leq m$;
- C_k es el importe de la disposición de crédito número k;
- t_k es el intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, entre la fecha de la primera operación de disposición de crédito y la fecha de cada una de las disposiciones siguientes, de modo que $t_1 = 0$;
- m' es el número de orden del último reembolso o pago de gastos;

- l es el número de orden de un reembolso o pago de gastos;
- D_l es el importe de un reembolso o pago de gastos;
- s_l es el intervalo de tiempo, expresado en años y fracciones de año, entre la fecha de la primera disposición de crédito y la de cada reembolso o pago de gastos.

Observaciones:

- a) Las sumas abonadas por cada una de las partes en diferentes momentos no son necesariamente iguales ni se abonan necesariamente a intervalos iguales.
- b) La fecha inicial es la de la primera disposición de fondos.
- c) Los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados.

Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, $365/12$), con independencia de que el año sea bisiesto o no.

- d) El resultado del cálculo se expresará con una precisión de un decimal como mínimo. Si la cifra del decimal siguiente es superior o igual a 5, el primer decimal se redondeará a la cifra superior.
- e) Se puede reformular la ecuación utilizando solamente un sumatorio y empleando la noción de flujos (A_k), que serán positivos o negativos, es decir, respectivamente pagados o percibidos en los periodos 1 a k , expresados en años, a saber:

$$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-t_k}$$

donde S es el saldo de los flujos actualizados, cuyo valor será nulo si se quiere conservar la equivalencia de los flujos.

II Supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente:

- a) si el contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de los fondos, se considerará que el consumidor ha dispuesto del importe total del crédito inmediata y totalmente;
- b) si el contrato de crédito dispone diferentes formas de disposición de fondos con diferentes gastos o tipos de interés, se considerará que se dispone del importe total del crédito al tipo de interés y con los gastos más elevados aplicados a la categoría de transacción más comúnmente utilizada en ese tipo de contrato de crédito;
- c) si el contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de fondos en general, pero impone, entre las diferentes formas de disposición de fondos, una limitación respecto del importe y del período de

tiempo, se considerará que del importe del crédito se ha dispuesto en la fecha más temprana prevista en el acuerdo y con arreglo a dichos límites de disposición de fondos;

- d) si no se ha fijado un calendario de reembolsos, se presumirá:
 - 1.º que el crédito se concede por un período de veinte años, y
 - 2.º que el crédito se devolverá en 240 cuotas mensuales iguales;
- e) si se ha fijado un calendario de reembolsos, pero el importe de los mismos es flexible, se considerará que el importe de cada reembolso es el más bajo de los previstos en el contrato;
- f) salvo indicación en contrario, cuando el contrato de crédito estipule varias fechas de reembolso, el crédito se concederá y los reembolsos se efectuarán en la fecha más temprana de las previstas en el contrato;
- g) si todavía no se ha acordado el importe máximo aplicable al crédito, se presumirá que es de 180.000 euros;
- h) en el caso de un préstamo puente, se considerará que se ha dispuesto del importe del crédito en su totalidad y por toda la duración del contrato de crédito. Si la duración del contrato de crédito no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de tres meses;
- i) si se ofrecen por un período o importe limitados diferentes tipos de interés y gastos, se considerará que el tipo de interés y los gastos son los más elevados durante toda la vigencia del contrato de crédito;
- j) para los contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo de interés en relación con el período inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo de interés, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador convenido, el cálculo de la tasa anual equivalente partirá del supuesto de que, al final del período del tipo de interés fijado, el tipo de interés es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador convenido en ese momento.»

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012²¹, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, contempla en su norma decimotercera la «tasa anual equivalente y coste o rendimiento efectivo remanente», conteniendo la formulación matemática de aquella en su anejo 7, cuyo contenido se corresponde con el primer desarrollo matemático del anejo V de la Orden EHA/2899/2011, no reproduciéndose aquí, nuevamente, para evitar duplicidades.

21 Cuyo texto completo puede consultarse en el sitio web de Banco de España, al que puede accederse mediante el enlace http://www.bde.es/f/webbde/SJU/normativa/Circular-5_2012.pdf.

En particular, para los préstamos y créditos hipotecarios, la circular también remite al contenido del artículo 31 y del anexo V de la citada orden, anteriormente transcritos. Señala, igualmente, los siguientes criterios adicionales, tanto para operaciones hipotecarias como para la determinación de la TAE, en general:

- En aquellos casos en que la entidad reciba ayudas, subsidios o subvenciones de carácter público, solo se tendrán en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente los importes efectivamente reintegrados por el beneficiario, de forma que aquellas subvenciones resulten excluidas de sus costes.
- En las cuentas corrientes de crédito, no se incluirá en el cálculo la comisión que pueda cobrarse por disponibilidad, aun cuando tal circunstancia debe quedar expresamente señalada.
- En las operaciones de arrendamiento financiero se considerará como efectivo recibido el importe del principal del crédito más el valor residual del bien. El importe, en su caso, de las fianzas recibidas se tendrá en cuenta como sustruendo, a fin de establecer el efectivo puesto a disposición del cliente.
- En las operaciones de *factoring*, en las que, además de financiación, se preste el servicio de administración, la tasa anual equivalente correspondiente a la financiación no incluirá las comisiones de factoraje.
- En los descubiertos tácitos en cuentas a la vista, la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los intereses devengados y las comisiones adeudadas a causa de la concesión del descubierto, y el saldo medio deudor del período de liquidación.

Como excepción a lo anterior, cuando las comisiones giren sobre el mayor descubierto, la tasa anual equivalente se obtendrá como sumatorio de:

- i) la tasa anual equivalente de los intereses devengados por el descubierto durante el período de liquidación de este, y
- ii) la tasa anual equivalente de las comisiones que, a causa de la concesión del descubierto, se adeuden durante el período de liquidación de este.

Para la obtención de los dos sumandos anteriores, se observará lo siguiente:

- La tasa anual equivalente de los intereses se calculará teniendo en cuenta el saldo medio deudor del período de liquidación.
- La tasa anual equivalente de las comisiones se calculará teniendo en cuenta el mayor saldo deudor que se hubiese producido durante el período de liquidación y considerando que dicho saldo se ha mantenido en ese nivel durante todo ese período.

De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 3 de la orden, en los descubiertos no podrá reiterarse la aplicación de comisiones a causa de la concesión del descubierto en otros descubiertos tácitos que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta, ni podrán tampoco exigirse dichas comisiones en los descubiertos por valoración.

«8 En el cálculo de la tasa anual equivalente de las operaciones pasivas, se incluirán tanto los intereses pagados por la entidad como las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por los servicios inherentes a la operación contratada, teniendo en cuenta las particularidades que se mencionan en los siguientes subapartados:

8.1 Para el cálculo de la tasa anual equivalente, se tomará el importe bruto de los intereses liquidados, sin tener en cuenta las retenciones de impuestos a cargo del perceptor ni las ventajas fiscales por desgravaciones que puedan beneficiarle. Tanto la retribución en efectivo, si la hubiera, como la retribución en especie deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente.

8.2 No se considerarán las comisiones o gastos que el cliente tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en el contrato. Cuando se trate de una remuneración en especie, se incluirán todos los importes que el cliente haya entregado a la entidad, o de cuyo pago se haya hecho cargo, para disponer efectivamente del bien o servicio en que consista dicha remuneración.

8.3 En las cuentas a la vista, cuando se prevea un tipo fijo para un período determinado y uno diferente una vez transcurrido el mismo, la tasa anual equivalente tendrá en cuenta ambos tipos para el supuesto de permanencia del saldo durante un año completo.

8.4 En los depósitos a plazo con garantía de devolución del principal y plazo inferior a un año, cuando se contemple la renovación automática del depósito a un tipo de interés diferente, la tasa anual equivalente tendrá en cuenta ambos tipos para el supuesto de permanencia del saldo durante un año completo.

8.5 En los instrumentos financieros híbridos con garantía de devolución de principal a que se refiere el artículo 16 de la Orden, la tasa anual equivalente que se ha de incluir en el contrato reflejará el tipo de interés efectivo que le corresponda al contrato principal una vez segregado el derivado implícito, así como el valor, en el momento del contrato, de dicho derivado. A estos efectos, el importe imputado al derivado implícito se estimará conforme a lo dispuesto en el apartado 17 de la norma vigésima primera de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre.»

En dichos instrumentos, la tasa anual equivalente de la remuneración final obtenida por el depósito en la liquidación se calculará conforme a las reglas comunes de los depósitos a plazo.

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

- Por entender que no está correctamente calculada.
- Por 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.
- Porque, habiéndose pactado cambio de base —de días naturales a comerciales— en la fórmula de cálculo de los intereses, tal efecto no se ha tenido en

cuenta a la hora de calcular la TAE informativa, en la escritura de préstamo y/o en los recibos de liquidación de las cuotas periódicas.

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

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

k. Comisiones

Con carácter general, las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos (artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011²²).

En particular, en las operaciones de préstamos hipotecarios el cobro de cualquier comisión deberá ajustarse a los términos y condiciones que se hayan pactado con motivo de su concesión y formalización.

Se exceptúan de esta libertad de pacto determinadas comisiones por cancelación anticipada, sujetas a regulación específica que las limita o, en su caso, prohíbe, y a las que se hace referencia más adelante.

Comisión de apertura

La Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, 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».

Anteriormente, la Circular del Banco de España 8/1990²³, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma tercera, 1 bis.b), establecía que «en los

22 Con anterioridad, el artículo 5 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

23 Derogada por la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refería el artículo 1 de la también derogada Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la comisión de apertura, que se devengaría una sola vez, englobaría cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluiría, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo», criterio que el DCMR, sobre la base de una buena praxis bancaria, hacía extensivo a los préstamos de importes superiores.

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

- a) A la aplicación simultánea de comisión de apertura y gastos o comisión de estudio de la operación.
- b) A la aplicación simultánea de comisión de apertura y otra por cambio de divisa en préstamos de esta naturaleza.
- c) A la aplicación de la comisión de apertura, en los casos de novación modificativa con ampliación de capital, sobre el importe final del préstamo novado (inicial más ampliación).

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

En el supuesto de la letra c), se considera, igualmente, contrario 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, de otro modo, supondría duplicar una comisión que ya se liquidó por el servicio de apertura con ocasión de la concesión del préstamo.

Comisión por novación modificativa.
Por ampliación del plazo
del préstamo

En las novaciones modificativas, esta comisión remunera a la entidad por los trámites que debe realizar en la modificación del contenido del contrato y/o en el análisis de los riesgos que pueden suponer para la entidad las modificaciones que haya que realizar.

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

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

Con carácter previo, procede hacer referencia al artículo 82 del texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, que, entre otras cosas, establece que «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

Consecuentemente, el DCMR considera que, sobre la base de dicha norma y de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría, si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública.

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

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

- La entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero).
- El simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria²⁴) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

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

- En el cobro de comisión por la simple emisión del certificado de cancelación económica de la deuda.
- En el cobro por gastos de desplazamiento a la notaría del apoderado de la entidad como representante de esta en su comparecencia para declarar la extinción de la deuda.

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

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

24 Texto refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

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; ii) tener dichas comisiones y gastos debidamente tarifados, y iii) en su caso, tener autorización para el cargo en cuenta de tales comisiones y gastos.

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

Las reclamaciones presentadas ante el DCMR en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por cancelación anticipada superiores a los límites establecidos, en su caso, en la normativa en vigor en cuanto a los préstamos formalizados con anterioridad al 9.12.2007, 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 9.12.2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Las alusiones a préstamos hipotecarios, a los efectos que aquí nos ocupan, incluyen también los créditos hipotecarios.

Comisión por cancelación anticipada

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

Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9.12.2007

En estos casos, el DCMR aplica las siguientes reglas:

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

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

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

Préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27.4.2003

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

Cancelación anticipada, subrogatoria

Aunque no conste en los contratos la posibilidad de amortización anticipada, la cantidad que debe percibir la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anti-

cipada de su crédito se calculará sobre el capital pendiente de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado.

Cancelación anticipada, no subrogatoria

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, aunque estuviera pactada una comisión mayor²⁵.

*Préstamos a interés variable
concertados entre el 27.4.2003
y el 9.12.2007*

Cancelación anticipada, subrogatoria²⁶

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

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 0,50 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 0,50 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquel. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en esta ley, y solo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido.

²⁵ Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

²⁶ Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, y disposición adicional primera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

Cancelación anticipada, no subrogatoria

Procede tener en cuenta las siguientes reglas:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado²⁷.

Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9.12.2007

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

No se puede cobrar comisión por cancelación anticipada, parcial o total, para los préstamos formalizados a partir del 9.12.2007, fecha de entrada en vigor de la citada Ley 41/2007. Pero sí a partir de dicha fecha podrá cobrarse, si así se pacta, comisión por desistimiento y/o compensación por riesgo de tipo de interés.

Compensación por desistimiento

- En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, y siempre que esté pactado, la cantidad que habrá de percibir la entidad acreedora por este concepto no podrá ser superior:
 - al 0,5 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o
 - al 0,25 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el ordinal anterior.
- Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación que habrá de percibir la entidad acreedora será la pactada.

Compensación por riesgo de tipo de interés

De aplicación tras la entrada en vigor el 9.12.2007 de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, se regula en su artículo 9, que establece:

²⁷ Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

«1 En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un período de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés.

2 En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los restantes créditos o préstamos hipotecarios, la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.

El valor de mercado del préstamo o crédito 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. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el ministro de Economía y Hacienda.

En caso de cancelación parcial, se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza.

3 La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor.

4 El contrato deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable:

- Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.
- La pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad, calculada de acuerdo con el apartado 2. En este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad.»

La Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 28 los «Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés», dictando que «se considerarán índices o tipos de interés de referencia los tipos *Interest Rate Swap* (IRS) a los plazos de dos, tres, cuatro, cinco, siete, diez, quince, veinte y treinta años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización», añadiendo, igualmente, el citado precepto que «se aplicará el tipo de interés de

referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés», para, finalmente, señalar en su punto 3 que «La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España».

En desarrollo de la previsión del último inciso del párrafo anterior, la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su norma decimoquinta señala la forma de cálculo de los citados tipos:

«1 De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Orden, para el cálculo [...]

Se utilizará, en cada caso, como índice o tipo de referencia el tipo Interest Rate Swap (IRS) al plazo que más se aproxime al que reste desde el momento en que se produzca la cancelación anticipada del préstamo hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés que hubiera debido efectuarse, según lo establecido en el contrato que se cancela anticipadamente, de no producirse su cancelación, o hasta la fecha de su vencimiento en caso de que no estuviera prevista tal revisión.

A estos efectos, cada uno de los índices o tipos de referencia antes mencionados se definirá en iguales términos que los previstos en el apartado 5 del anejo 8 de la presente Circular para los Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años, donde dicho plazo y su identificador se sustituirán por los correspondientes a cada índice o tipo.

2 Para el cálculo del valor de mercado del préstamo o crédito que se cancela anticipadamente, el tipo de interés de actualización vendrá dado por el valor del índice o tipo de referencia que corresponda aplicar de conformidad con lo indicado anteriormente, incrementado en un diferencial.

La cuantía de este diferencial será la que resulte de sustraer al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, según se define este en el apartado 1 del anejo 8, el valor del tipo Interest Rate Swap (IRS) al plazo de un año. A estos efectos, este último tipo se definirá en iguales términos que los previstos en el apartado 5 del anejo 8 para los Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años, donde dicho plazo se sustituirá por el de un año.

3 Para la realización de los cálculos contemplados en esta norma, se utilizarán los últimos valores publicados de cada uno de los índices o tipos de referencia, a condición de que todos ellos vengán referidos al mismo mes. Consecuentemente, se utilizarán los valores correspondientes al mes más cercano al de la cancelación anticipada para el que se hayan publicado valores para todos los índices o tipos de referencia que hubieran de tomarse en consideración.»

Las reclamaciones en esta materia vienen determinadas, fundamentalmente, por falta de información suficiente en el momento de consultar con carácter previo el coste de la posible cancelación del préstamo, así como por los importes definitivamente adeudados por tal concepto.

En este punto, procede señalar que el artículo 9 de la Ley 41/2007 contempla que las entidades puedan cobrar la compensación por riesgo de tipo de interés, siempre que esté expresamente pactada, se genere pérdida de capital para la entidad acreedora, y hasta el límite de aquella. Se define, igualmente, en dicho precepto, la pérdida como la diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, estableciéndose el modo en que estos parámetros se determinan.

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

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

Comisión por subrogación de deudor

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

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

I. Subrogación por cambio de deudor

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

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

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

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

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

En estos casos, las entidades no tenían, desde el punto de vista estrictamente legal, ninguna obligación de informar al nuevo prestatario, previamente a la formalización de la subrogación, de las condiciones que rigen el préstamo, ya que esta obligación recaía en el deudor original. En este sentido, expresamente, la normativa de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasara los 150.253,02 euros, disponía que, con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información que se debe suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas²⁸, en los préstamos otorgados a constructores o promotores inmobiliarios en los que se previera una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas debían incluirse cláusulas financieras con contenido similar al que se exigía para los préstamos regulados por la derogada Orden de 5 de mayo de 1994.

En la misma línea, pero sin límite cuantitativo de la operación, la Orden EHA/2899/2011, en el punto 3 de su artículo 19, establece que:

«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.»

La Circular del Banco de España 5/2012, en el punto 12 de su anejo 6 («Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables»), refuerza tal previsión:

«12 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 obli-

28 El Real Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información que se debe suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas:

- Prohíbe que la oferta, promoción y publicidad dirigida por el promotor a la venta induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, por lo que no se podrán silenciar datos fundamentales en aquellas (artículo 3.º).
- Dispone que, si el vendedor previera la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario que le fue concedido, deberá indicar en una nota explicativa a disposición del público: el notario autorizante, fecha de la escritura, datos de su inscripción registral, responsabilidad hipotecaria de cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (artículo 6.º 4).
- Regula el derecho de todo adquirente, a la firma del contrato, a recibir a costa del vendedor copia de los documentos citados (artículo 9.º).

gación 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.»

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

Especial relevancia adquiere la exigencia de dicha diligencia informativa por parte de las entidades, en los casos de novación modificativa, dado que ello implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, se considera que una actuación diligente de las entidades exige que estén 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.

Todo ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo: la del comprador, de velar por sus propios intereses informándose de cuanto le pueda afectar; la del vendedor, de facilitar al comprador las condiciones del préstamo; y la del notario, de actuar de conformidad con lo dispuesto en la normativa notarial.

Igualmente, se considera que en aquellos casos en los que la entidad, con posterioridad a la formalización del préstamo al promotor, ha emitido un documento —sin la consideración de oferta vinculante— que va a servir al vendedor como vehículo de promoción para la subrogación de los posibles compradores en la financiación que le fue concedida, se entiende que debe contener, de manera clara e inequívoca, toda la información necesaria para el cálculo del coste real de la operación, a fin de que el cliente pueda elegir libremente subrogarse en ella o buscar otra alternativa en el mercado.

m. Subrogación de entidad acreedora

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, la parte deudora podrá subrogar a las entidades financieras prestamistas por otras entidades análogas, siendo de aplicación a los contratos de préstamo y crédito hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización, aunque no conste en aquellos la posibilidad de amortización anticipada, y estando previsto el procedimiento incluso en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida. Ello con sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación de préstamos hipotecarios. En el artículo 2 de dicha ley se establecen los requisitos de la subrogación:

«El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1211 del Código Civil.

La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos.

La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, 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.

Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo Notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante. De esta manifestación se dejará constancia en la propia acta de notificación.

En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por esta por capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad, en el que se hará indicación expresa de que se efectúa a tal efecto. El Notario autorizante verificará la existencia de dicho documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria, así como que no se ha producido la enervación a que se refiere el párrafo anterior, a cuyo fin la entidad subrogada deberá presentar copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar la subrogación.

No obstante, si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el Notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquella alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes.

[...]>

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

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

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

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

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

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

Momento de la subrogación

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

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

Es criterio reiterado del DCMR que las entidades intervinientes deben observar una especial diligencia y colaboración en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, con el fin de que la operación concluya sin incidencias ni demoras que ocasionen perjuicios a los interesados.

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

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

- a) Comisión por emisión de certificación de la deuda de la primitiva entidad acreedora, con motivo de iniciarse el proceso de subrogación.
- b) Cobro de gastos con motivo del abono en cuenta en la anterior entidad acreedora de cheques emitidos por la nueva entidad prestamista para el pago de la operación subrogada.
- c) Generación de intereses deudores y/o comisiones en la cuenta en la primera entidad, al canalizarse con diferentes fechas de valor los flujos monetarios de la cancelación de la operación subrogada en la cuenta que el cliente mantenía en la primera entidad.
- d) Por emisión de transferencias o cheques de la nueva entidad acreedora a favor de la anterior, en pago de la deuda objeto de subrogación.

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

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

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

Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación

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

haberse producido, la subrogación enervada, considerándose contraria a las buenas prácticas bancarias la inobservancia de tal criterio por las entidades reclamadas.

n. Productos vinculados

Con carácter general, la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, señala en su artículo 12 que:

«Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

En caso de que solo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.»

En el caso particular de los préstamos hipotecarios, no existe, en principio, limitación alguna a las condiciones²⁹ y cláusulas que se pueden incluir en un contrato de préstamo, siempre que tales cláusulas no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público, según dispone el artículo 1255 del Código Civil. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija del prestatario el cumplimiento de uno o varios requisitos adicionales, como pueden ser, por ejemplo, domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones, un producto de inversión o un seguro de unas determinadas características, aportar uno o varios fiadores, o que sean varios los prestatarios responsables del pago de las cuotas del préstamo.

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

Ahora bien, en los casos en los que la suscripción de una póliza de seguros sea un requisito contractual establecido por una entidad de crédito para el otorgamiento de un 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 prima³⁰ —con los efectos negativos que conlleva para el prestatario de la entidad de crédito, a más de asegurado «forzoso» de una compañía de su grupo—) sean cuestiones ajenas, que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

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

30 En estos casos, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, impagado un recibo de prima a su vencimiento, y no subsanado el impago en el período de gracia de los 30 días siguientes, la cobertura del asegurado queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Además, si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato de seguro queda extinguido.

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

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

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

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

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

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

o. Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés

Mediante su cobertura, se pretende eliminar, o disminuir, el riesgo de tipo de interés asumido por la parte prestataria en las operaciones concertadas a tipo de interés variable. La cobertura podrá considerarse perfecta cuando sea equivalente a convertir la operación que se ha de cubrir, pactada a tipo de interés variable, en otra equivalente a tipo de interés fijo. Será imperfecta en cuanto no consiga tal resultado.

El tratamiento de las reclamaciones derivadas de la contratación de instrumentos financieros derivados como cobertura de riesgos de tipo de interés exige establecer la delimitación de los casos en los que las competencias corresponden a los servicios de reclamaciones del Banco de España o de la CNMV.

Con arreglo a la normativa vigente hasta la entrada en vigor³¹ de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, se entendía que

³¹ El 28.6.2014, día siguiente a su publicación en el *BOE*, el 27.6.2014.

solo en la medida en que existiera una vinculación entre ellos y un producto o productos bancarios concretos, siendo, por tanto, productos accesorios de estos, el DCMR resulta- ba competente para la resolución de estas reclamaciones.

Dicha vinculación puede ser establecida:

- De forma expresa y formal, en los propios documentos contractuales.
- Por reconocimiento de las partes.
- Porque pueda deducirse de la existencia de plena coincidencia entre elemen- tos esenciales de los contratos u otros elementos de juicio existentes que per- mitan determinarla.

Se entendía, igualmente, que, en todos los supuestos en los que existía la vinculación del derivado financiero con un producto o productos bancarios concretos, el Banco de Espa- ña únicamente podía exigir, en su comercialización, el cumplimiento de los requisitos es- tablecidos por la normativa bancaria dictada en aplicación de la Ley 26/1988³², de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que imponía a estas de- terminados requisitos en cuanto a la documentación que se ha de entregar al cliente.

Base normativa

Para los productos de cobertura asociados a préstamos hipotecarios, la base normativa hay que buscarla en el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, posteriormente transfor- mado en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, en cuyo artículo 19 estableció la obligación de las entidades de crédito de «informar a sus deudo- res hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de tipo de interés que tuvie- ran disponibles», así como la de ofrecer al menos uno de estos productos a su clientela. Las características del producto ofrecido se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, siendo también de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre su- brogación y modificación de préstamos hipotecarios.

La citada Ley 10/2014 introduce sendas modificaciones, en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV), y en la Ley 36/2003, de medidas de reforma económica:

- a) En el punto 20 de su disposición final primera modifica el artículo 79 quáter de la citada LMV, quedando redactado del siguiente modo:

«79 quáter. Servicios de inversión como parte de un producto financiero.

Las obligaciones de información y registro contempladas en los artículos 79 bis y 79 ter anteriores serán de aplicación a los servicios de inversión que se ofrez- can como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes».

32 Derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Por tanto, con la nueva redacción dada al artículo 79 quáter de la LMV, a los servicios de inversión que se ofrezcan vinculados a otros productos financieros también les serán de aplicación las obligaciones de información y registro contempladas, respectivamente, en los artículos 79 bis [Obligaciones de información] y 79 ter [Registro de contratos] de la LMV. Es decir, el nuevo artículo 79 quáter exige que se dé el mismo tratamiento a todos estos servicios financieros, con independencia de que sean, o no, de cobertura. Ello se entiende, como indica el propio precepto, sin perjuicio de que a los productos financieros (*v. gr.*, préstamos hipotecarios) les resulte de aplicación su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información que se ha de suministrar a los clientes.

- b) En su disposición final quinta modifica el primer párrafo del artículo 19.2 de la Ley 36/2003, que queda redactado como sigue (resaltando en negrita la modificación introducida:

«Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, **siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.**»

Con esta nueva redacción dada al primer párrafo del citado artículo 19.2 de la Ley 36/2003, las entidades de crédito siguen estando obligadas a ofrecer a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, al menos, un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, pero únicamente en caso de que este producto resulte adecuado para el cliente.

La determinación de si un producto es adecuado para un cliente exige la realización del denominado «test de conveniencia» previsto en el artículo 79 bis.7 de la LMV. El objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido. Con carácter general, en caso de que la entidad juzgue que el producto no es adecuado para el cliente, debe advertirle de esta circunstancia, aunque podrá ofrecerle el producto. Sin embargo, cuando el producto que se ofrece sea un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés de un préstamo hipotecario, si la entidad juzga que ese producto no es adecuado para su cliente, no podría ofrecérselo, advirtiéndole, igualmente, de ello.

Por su parte, la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su artículo 24 unos requisitos de «Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés», del siguiente tenor literal:

«1 En relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y, especialmente, aquellos a los que se refiere la obligación establecida para las entidades de crédi-

to en el artículo 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, se informará al cliente de:

- a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos.
- b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.
- c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso:
 - 1.º) la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe;
 - 2.º) las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas;
 - 3.º) la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.
- d) Y otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España.

2 La información a la que se refiere el apartado anterior se recogerá en un anejo a la Ficha de Información Personalizada.

3 No será necesario, a efectos de la aplicación de lo previsto en este artículo, que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel.

Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún caso, cuando el importe nominal de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que este sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente.»

Algunos instrumentos de cobertura

Los instrumentos de cobertura generalmente ofrecidos por las entidades financieras se han basado en la utilización de productos derivados adaptados para esta finalidad de cobertura, y pueden clasificarse en tres grandes grupos:

- CAP o techos, opciones de tipo de interés en las que el cliente compra el derecho a que el banco no le aplique un tipo superior al tipo CAP. Tienen un precio, que es la prima que hay que pagar al banco, cuyo importe será mayor cuanto

más bajo sea el techo fijado. Este producto permite al cliente fijar un coste máximo de su financiación y a la vez beneficiarse de las bajadas de tipos de interés.

- *SWAP* de tipos de interés, consistentes en una permuta financiera en la cual las partes acuerdan el intercambio de intereses calculados sobre un mismo valor nominal. Lo normal es que el cliente pague un tipo fijo y la entidad asuma el tipo variable al que está referenciado el préstamo. Este producto puede llevar, o no, pago de prima atendiendo a las condiciones económicas pactadas. Dada la naturaleza del producto, no permite beneficiarse de la bajada de los tipos.
- *COLLAR*, combinación de una opción *CAP* (techo) y una opción *FLOOR* (suelo), cuyo efecto es fijar el tipo de interés aplicable dentro de una banda determinada. El cliente compra un *CAP* —límite máximo de interés aplicable— y vende un *FLOOR* —límite mínimo de interés aplicable—, asegurándose de que el tipo de interés que debe pagar siempre va a ser igual o inferior al tipo *CAP* e igual o superior al tipo *FLOOR*. En estos casos suele compensarse, en todo o en parte, la prima que debe cobrar la entidad con la que correspondería pagarle al cliente por la compra del *FLOOR*. Permiten beneficiarse de cierta bajada de los tipos de interés hasta el límite impuesto por este último.

En todo caso, es muy importante tener en cuenta que, de existir un límite inferior al tipo de interés aplicable (cláusula suelo) pactado en el contrato de préstamo, en un nivel igual o superior al del *FLOOR*, haría inoperante a este, en el sentido de que el cliente no podría beneficiarse de las bajadas de tipos por debajo de la cláusula suelo, viéndose obligado, además, a pagar la diferencia entre el tipo de interés de referencia y el del *FLOOR* cuando aquel estuviera por debajo de este. Consecuentemente, si la entidad financiera hubiera concertado con su cliente un *COLLAR* vinculado a un préstamo hipotecario con cláusula suelo, tal actuación sería considerada por el DCMR como contraria a las buenas prácticas bancarias.

Las entidades de crédito comercializadoras de este tipo de instrumentos de cobertura han diseñado una gran variedad de productos distintos, combinando las características de los tres tipos básicos descritos.

A estos productos financieros, cuando son contratados para la finalidad de cobertura del riesgo de tipo de interés de un producto de financiación bancario, les son de aplicación las normas de transparencia aplicables a los productos bancarios, y para los contratados tras la entrada en vigor de la susodicha Ley 10/2014 también es exigible acreditar haber realizado el test de conveniencia o adecuación.

Criterios de transparencia aplicados por el DCMR en la resolución de reclamaciones referidas a este tipo de productos

Sobre la base normativa anterior a junio de 2014, el DCMR ha emitido sus pronunciamientos referidos a la transparencia informativa, si bien teniendo en cuenta que solo puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que se someten a su conocimiento y que cuenten con la debida acreditación documental, no pudiendo entrar a valorar las manifestaciones verbales que no sean admitidas por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

Comercialización

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

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

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

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

Formalización del producto derivado

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

Si se hiciera referencia en el documento de orden de contratación del derivado o de confirmación de esta a las condiciones generales —por ejemplo, recogidas en el contrato marco de operaciones financieras—, debe acreditar haber entregado a su cliente dicho contrato, mediante su firma.

Para las contrataciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 10/2014, deberá aportar, igualmente, el correspondiente test de conveniencia debidamente cumplimentado.

El DCMR no es competente para pronunciarse acerca de la posible nulidad, ni total ni parcial, del contrato, en caso de que esta fuera invocada por el reclamante, por lo que se remite la cuestión a los tribunales de justicia.

Documentos de liquidación

Deberá tenerse en cuenta el contenido del más arriba explicitado artículo 24 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, así como lo señalado en el punto 3 de su artículo 8:

«3 Las entidades de crédito facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud:

- a) El tipo de interés nominal aplicado en el período ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el período que se inicia.
- b) Las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo.
- c) Cualquier otro gasto incluido en la liquidación.
- d) Los impuestos retenidos.
- e) Y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

El Banco de España podrá establecer modelos normalizados de liquidaciones. Asimismo, en los casos que establezca el Banco de España, deberá igualmente reflejarse el coste o rendimiento efectivo remanentes de la operación, conforme a las indicaciones que aquel establezca.»

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012³³, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, regula en su norma undécima las comunicaciones al cliente, señalando, en lo que aquí interesa, que «Las entidades facilitarán a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud los aspectos que se mencionan en el artículo 8.3 de la Orden», remitiendo, además, a su anejo 4 [Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones], donde se incluyen algunos modelos normalizados para determinados servicios. En particular, en el punto 5 [Instrumentos de cobertura] se establece:

«Cuando se produzcan liquidaciones periódicas de instrumentos de cobertura de tipo de interés de préstamos y créditos, se informará al cliente de:

- a) El importe que corresponda a la liquidación que se efectúa con el tipo de interés resultante de los términos del contrato del instrumento de cobertura.
- b) El importe que haya pagado el cliente correspondiente a la liquidación de su préstamo o crédito al tipo de interés pactado en el contrato de crédito o préstamo.
- c) El importe neto que corresponda pagar o recibir al cliente como consecuencia de la liquidación efectuada.

Si la periodicidad de la liquidación del instrumento de cobertura coincide con la de la liquidación del préstamo o crédito, podrá integrarse en el mismo documento de liquidación periódica del préstamo o crédito.»

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

En aquellos casos en los que se produce la reestructuración de un derivado, cancelando el primero y formalizando un segundo a instancias de la entidad para ajustarse al nuevo escenario y a las nuevas expectativas de evolución de los tipos de interés, las entidades no suelen realizar liquidación alguna, lo que puede llevar al cliente a pensar que esta situación se puede replicar en cualquier momento, viéndose sorprendido por la exigencia de la entidad de pagar un coste de cancelación cuando es él quien solicita la resolución del contrato.

33 Anteriormente, la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de las entidades de crédito, establecía los requisitos mínimos de información para los documentos de liquidación de operaciones, en los que se debían hacer constar: i) el nominal de la permuta; ii) los tipos de liquidación del cargo y abono y el tipo de referencia utilizado en aquella, y iii) el período de liquidación.

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

Como ya se ha indicado anteriormente, tras la modificación introducida por la disposición final quinta de la Ley 10/2014, el primer párrafo del artículo 19.2 de la Ley 36/2003 queda redactado como sigue:

«Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.»

Por tanto, las entidades de crédito siguen estando obligadas a ofrecer a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, al menos, un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que ese producto resulte adecuado para el cliente.

Para considerar si los productos contratados cumplen los objetivos perseguidos por la normativa, por un lado, hay que tener en cuenta el efecto financiero conjunto de mantener el derivado y el producto de financiación al que se encuentre vinculado, de modo que, o bien sea similar a haber contratado un préstamo a tipo de interés fijo, o un préstamo con límites a la variación de tipos de interés (techo), eliminando así total o parcialmente la incertidumbre del cliente sobre la repercusión que una subida de tipos pueda tener sobre el coste de su financiación, o bien que, ante subidas del tipo de interés, se reduzca el importe conjunto, agregando la cuota del préstamo y el cobro resultante del contrato derivado, que tendría que pagar el cliente si no existiera dicho límite.

Por otro lado, y con arreglo a la modificación normativa introducida, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, la determinación de si un producto es adecuado para un cliente exige la realización del denominado «test de conveniencia» previsto en el artículo 79 bis [Obligaciones de información] de la LMV, en cuyo punto 7 preceptúa:

«Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo.»

Cargos en descubierto

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

p. Otros aspectos

Amortizaciones parciales anticipadas³⁴. Destino

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

Anticipar el vencimiento final del préstamo

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).

³⁴ En el apartado correspondiente a «Intereses» se hace referencia a las incidencias relativas al cálculo de «intereses pico», con motivo de las amortizaciones parciales anticipadas realizadas en un momento comprendido entre el vencimiento de dos cuotas.

Reducción del importe de las cuotas periódicas

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

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

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

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

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

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

- a) Disconformidad por el número de cuotas en las que se anticipa el vencimiento final en amortizaciones destinadas a tal finalidad.
- b) Disconformidad por el importe de la nueva cuota resultante tras la amortización anticipada destinada a dicho fin.
- c) Denuncia de que la entidad aplicó el importe cancelado anticipadamente a una finalidad distinta de la solicitada por el cliente.

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

Las reclamaciones englobadas en la letra c) incluyen tanto casos en los que hubo errores de aplicación que no fueron diligentemente regularizados por las entidades, emitiéndose informe contrario a su actuación, como fallos/deficiencias informáticos, que en unos casos fueron regularizados debidamente y en otros no, emitiéndose informes acordes a tales circunstancias. Entre dichas deficiencias informáticas cabe incluir algunos casos denunciados en los que la aplicación de préstamos, según alegaciones de la entidad denunciada, solo permitía una de las dos posibles finalidades (acortamiento del plazo o reducción de la cuota), y sin respetar el deseo del cliente se aplicó a la finalidad permitida por la aplicación. Estos últimos supuestos se dieron, fundamentalmente, en amortizaciones anticipadas realizadas en los primeros meses de vigencia y/o períodos de carencia de las operaciones. También fueron emitidos informes contrarios a tal actuación, por cuanto, si el contrato contemplaba la posibilidad de amortización anticipada sin condicionar su finalidad, acorde con las buenas prácticas bancarias, la entidad afectada debió

llevar a cabo la amortización en la forma solicitada por su cliente, incluso realizando los cálculos de forma manual, al igual que el cuadro de amortización remanente, si así hubiera sido necesario, en tanto los sistemas de tratamiento de la información fueran adaptados a las necesidades operativas concurrentes.

En el supuesto de existencia de varias deudas de un mismo deudor frente a la entidad, para determinar la imputación de un pago habrá que atenderse, en primer lugar, a lo que al respecto pudiera estar previsto en los distintos contratos reguladores de las correspondientes operaciones en las que estén formalizadas.

A falta de previsiones contractuales, la multiplicidad de deudas a cargo del deudor puede dar lugar a equívocos³⁵ en caso de que el deudor, en el momento de realizar el pago, no indique cuál de sus deudas entiende por cumplida y, simultáneamente, el acreedor no haga entrega de un recibo en el que especifique en qué concepto ha recibido el pago.

Ante dicha eventualidad, el Código Civil contiene, en los artículos 1172 a 1174, una serie de reglas tendentes a discernir cuál de las diversas deudas debe entenderse pagada, partiendo de la base de que la imputación de pagos es una materia reservada a la autonomía privada y que, por tanto, las partes de la relación obligatoria pueden determinar a qué deuda debe entenderse referido el pago realizado.

Inicialmente, el Código atribuye tal facultad al deudor —el deudor «podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de las deudas debe aplicarse» (artículo 1172.1)—, quien, no obstante, debe observar necesariamente el carácter accesorio de la obligación de intereses, impuesto en el artículo 1173 —«si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses» (artículo 1173)—.

Subsidiariamente, dicha facultad se otorga al acreedor —«Si aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra esta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato» (artículo 1172.2)—. En este supuesto, la última palabra sobre el tema la tiene igualmente el deudor, quien decidirá si admitir o no la atribución del pago que proponga el acreedor a través del recibo ofrecido. En el supuesto de que tanto el deudor como el acreedor se abstengan de realizar la imputación del pago, entrarán en juego las reglas de imputación contenidas en el artículo 1174 —«Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si estas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata»—.

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

- a) Sobre los ingresos realizados por ventanilla, en los que el cliente afirma haber comunicado al empleado de la entidad que el ingreso se realizaba para una finalidad determinada, generalmente el pago de alguna cuota del préstamo hipotecario vencida o por vencer próximamente, y que, pese a esa adverten-

35 Para que se produzca este equívoco se requiere la existencia de una serie de presupuestos:

- Que un deudor lo sea por varios conceptos o tenga varias deudas respecto de un solo acreedor.
- Que las deudas sean de la misma especie o naturaleza.
- Que las obligaciones se encuentren vencidas y sean, por tanto, exigibles.

cia, la entidad realizó el abono en cuenta y llevó a cabo otros adeudos en ella, no dejando saldo suficiente para el pago de la cuota del préstamo hipotecario, que resultó impagada.

- b) Sobre provisiones de fondos realizadas por transferencia con la misma finalidad y resultados que los indicados en el punto anterior, pese a que en el apartado de «Observaciones» de la transferencia se había indicado la finalidad del abono.

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

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

El criterio del DCMR en estos casos es que, de no acreditarse que se ha comunicado con carácter previo o, en su caso, simultáneo la imputación de pagos, no hay razones suficientes para emitir un informe contrario a la actuación de las entidades en relación con tales hechos. En particular, en el caso de transferencias con indicación en el apartado de «Concepto/Observaciones» del destino de aquellas, incluso aunque se indique el número del préstamo que se desea cancelar, dicha información no puede ser considerada como instrucciones de imputación de pago destinadas a la entidad domiciliataria de la transferencia, sino como simple observación dirigida al cliente beneficiario de la transferencia.

Adicionalmente, en el caso c), en el que el titular del préstamo pendiente de cancelar es el vendedor de la vivienda, además de disponer de saldo en cuenta —cuya provisión de fondos se hace mediante transferencia enviada por el comprador—, sería necesaria su autorización para llevar a cabo tal cancelación.

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

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

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

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

Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin

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

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

- a) Denuncia de demora en la amortización del préstamo cubierto, con el consiguiente devengo de intereses a favor de la entidad prestamista, y la pretensión del reclamante de que se le devuelvan los intereses devengados desde la fecha en que debió ser amortizado el préstamo.
- b) Falta de cobertura de la amortización del préstamo. Sin llegar a ser numerosas, se han presentado reclamaciones porque, bien siendo exigida la contratación del seguro para la concesión del préstamo, bien siendo ofertada su

contratación para bonificar el diferencial del tipo de interés, y cubriendo la contingencia de desempleo, acaecido el suceso de quedarse en paro el prestatario y asegurado, resultaba que solo cubría tal contingencia para empleados «fijos» y no para eventuales o interinos, circunstancia que concurría en el asegurado en el momento de la contratación del seguro.

El criterio del DCMR en este punto es como sigue:

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

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

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

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

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

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

En caso de materializarse errores en las escrituras con las que se elevan a públicos los acuerdos alcanzados por las entidades con sus clientes, debe procurarse su rectificación a la mayor brevedad posible, para lo que se precisará, con carácter general, el consentimiento de todos los otorgantes del documento que se subsana. En tales casos, las entidades deberán hacer saber a los clientes afectados la necesidad de su colaboración al respecto, dándoles todo tipo de explicaciones y todas las facilidades posibles para su comparecencia, tratando de llegar a un acuerdo amistoso para ello. Mas si los clientes no atendieran a razones, negándose a colaborar, el DCMR entiende que, de resultar necesario, las entidades estarían legitimadas para recabar el amparo de los órganos judiciales competentes para la regularización del error, ya que, de otro modo, podría perpetuarse la situación irregular. Ahora bien, esta regla se suaviza en caso de que la modificación perjudique a una sola de las partes, pues entonces —según indica la Dirección General de los Registros y del Notariado— bastará con la firma de la persona afectada, sin necesidad de que concurran las demás³⁶.

El artículo 153 del Reglamento Notarial faculta al notario a rectificar por propia iniciativa —sin intervención de los otorgantes— los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales entre vivos, si se dan los presupuestos necesarios:

«Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. El notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto de otorgamiento.»

En consecuencia, se autoriza la subsanación notarial en ausencia de las partes si consta el error de forma manifiesta o patente o, en su defecto, se demuestra dicho error material u omisión fehacientemente, sin descartar su corrección por resultar discordante con los hechos percibidos por el propio notario.

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

De acuerdo con este criterio, se considera una mala práctica que las entidades, una vez conozcan el error cometido, bien detectado por ellas mismas, bien porque así se lo pon-

³⁶ Por ejemplo, un error en el tipo de interés o en una comisión, si finalmente es a la baja, no necesitará la asistencia del prestatario.

gan de manifiesto los clientes afectados, no adopten una actitud diligente en orden a su subsanación lo antes posible; que ni siquiera insten su posible corrección ante el notario, estando claro que, de ser rechazado por este, de acuerdo con la normativa notarial, únicamente cabría la corrección consensuada entre las partes y, en su caso, el recurso a los tribunales de justicia.

4.1.2 PRÉSTAMOS CON GARANTÍA PERSONAL

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

Una parte muy importante de los préstamos con garantía personal son los llamados «préstamos o créditos para consumo³⁷», que se regulan en la actualidad en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC). Su aplicación se produce si:

- El prestatario es una persona física que actúa con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo.
- La cantidad financiada oscila entre 200 y 75.000 euros. Si el importe del crédito supera este máximo, únicamente resultará aplicable a estos contratos lo dispuesto en los artículos 1 a 11, 14, 15 y 32 a 36 de la citada ley.
- El reembolso de lo financiado es aplazado. Quedan expresamente excluidos los contratos en los que el reembolso sea único durante los tres primeros meses, o en un máximo de cuatro plazos durante el primer año.
- El crédito es oneroso. Se excluyen los contratos en los que los intereses se acumulan al único reembolso pactado, siendo este superior al principal del crédito, aquellos en los que, siendo su TAE nula, el proveedor de los servicios preste algún tipo de retribución al prestamista, y los concedidos libres de intereses y gastos, o con gastos que no excedan en su conjunto del 1 % del importe total del crédito.

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].

a. Contratación

El DCMR considera que, con carácter general, incumbe a las entidades, en su propio interés, en el de sus clientes y en el de terceros que pudieran verse afectados, adoptar las máximas cautelas en la verificación de la identidad de las personas con las que entablan relaciones financieras, diligencia que debiera extremarse en caso de concertación de préstamos personales, precisamente por el quebranto que, en los casos de suplantación

³⁷ Son numerosas las reclamaciones presentadas por la lenta amortización de la deuda en operaciones de crédito al consumo, modalidad *revolving*, especialmente tarjetas de crédito con pago aplazado, y en menor medida préstamos. En el apartado 4.3.3 Tarjetas, letra c) Tarjetas de pago aplazado, se hace una breve referencia a las causas que generan tal circunstancia.

de personalidad, pudiera derivarse no solo para la entidad, sino también para aquellas personas que hayan sido objeto de la aludida suplantación.

Los contratos, que deberán estar debidamente firmados, contendrán, necesariamente, los requisitos previstos en el punto 3 del artículo 7 [Información contractual] de la mencionada Orden EHA/2899/2011:

«3 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:

- a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.
- b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.
- 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.
- d) La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, las condiciones para su prórroga.
- e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables.
- f) Los 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.
- g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.
- 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.»

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su norma décima [Contenido de los contratos], complementa los requisitos anteriormente señalados con una serie

de precisiones, de entre las que resaltamos, por su importancia³⁸, la relativa a que «En todo caso, los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. En particular, el tamaño de la letra minúscula no podrá tener una altura inferior a 1,5 milímetros [...]».

En el caso de los créditos para consumo, habrá de estarse, en primer lugar, a los requisitos exigidos por el artículo 16 [Forma y contenido de los contratos] de la Ley 16/2011. Es imprescindible que en el documento contractual de un crédito para consumo se recojan las menciones preceptivas de la Ley de Crédito al Consumo, como son el importe del préstamo, la firma del prestatario y del representante de la entidad de crédito, así como la relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses, con indicación de la tasa anual equivalente (TAE) y los demás gastos, e igualmente el importe total de esos pagos, los datos de identificación del comercio prescriptor y la fecha de formalización del contrato, información que es esencial para que los clientes se obliguen con total conocimiento y conciencia de sus obligaciones y derechos. Las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

Por último, debemos incidir en que la declaración de ineficacia, total o parcial, de un contrato de financiación sobre la base de la ineficacia del contrato de consumo del que trae su causa excede ampliamente el ámbito de competencia de este DCMR, debiendo obtenerla el interesado, si lo estima oportuno, de quienes única y exclusivamente tienen competencias para ello, esto es, de los tribunales ordinarios de justicia.

b. Liquidación

Preceptúa la Orden EHA/289972011, en el punto 3 de su artículo 8 [Comunicaciones al cliente], que:

«3 Las entidades de crédito facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud:

- a) El tipo de interés nominal aplicado en el período ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el período que se inicia.
- b) Las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo.
- c) Cualquier otro gasto incluido en la liquidación.
- d) Los impuestos retenidos.
- e) Y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.»

El Banco de España podrá establecer modelos normalizados de liquidaciones. Asimismo, en los casos que establezca el Banco de España, deberá igualmente reflejarse el coste o rendimiento efectivo remanentes de la operación, conforme a las indicaciones que aquel establezca.

³⁸ Especialmente en los préstamos y créditos de consumo, donde su clausulado suele imprimirse en letra de muy reducido tamaño.

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012, en el punto 1 de su norma undécima [Comunicaciones al cliente], establece:

«Las entidades facilitarán a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud los aspectos que se mencionan en el artículo 8.3 de la Orden.

En el anejo 4 se incluyen modelos normalizados de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por las entidades en las citadas comunicaciones. Para los servicios no mencionados en dicho anejo, las comunicaciones se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en el párrafo precedente.

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 citado, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago. En caso de modificación de cualquiera de los datos de la tabla, deberá entregarse un nuevo documento íntegro que incorpore los nuevos datos.»

En el citado anejo 4 [Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones] de la circular se señala el contenido de los documentos que las entidades vienen obligadas a facilitar a sus clientes en las correspondientes liquidaciones, según refiere la norma undécima. Entre otros, el correspondiente a préstamos con cuotas periódicas (ordinal 3).

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

En este mismo sentido, y con base en los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, es recomendable que, cuando estas efectúen los seguimientos periódicos de las posiciones impagadas, se aseguren de comunicar y requerir estas a sus titulares, para evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe el conocimiento que puedan tener de sus deudas.

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

Asimismo, hay que señalar, por haber sido objeto de reclamación en algunos expedientes, que los intereses no constituyen deuda en tanto no se devenguen, y ello con independencia de que serán exigibles, con arreglo a las condiciones contractuales, en su momento oportuno.

c. Cancelación Las entidades deben acreditar haber comunicado a sus clientes, con la debida antelación y diligencia, la no renovación de las pólizas de crédito que tienen suscritas, para evitar perjuicios en términos de intereses de demora y otros gastos incurridos.

Además, en los supuestos de cancelación anticipada de préstamos personales por parte de la entidad prestamista, el DCMR debe analizar la diferente documentación contractual, para cotejar que la declaración de vencimiento anticipado se encuentre respaldada por las pertinentes previsiones contractuales, redactadas de forma clara y explícita en el propio contrato.

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

Del mismo modo, en caso de sanción positiva, unas veces lo es en idénticas condiciones a la operación próxima a vencer o, en su caso, vencida, y otras se modifican las condiciones, realizando las entidades nueva propuesta de condiciones, de renovación, que deberán ser aceptadas por los acreditados o, en caso contrario, procede el reembolso de la operación al vencimiento o, en su caso, vencida.

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

e. Préstamos subvencionados Las entidades bancarias deben acreditar una diligente actuación en la tramitación de los préstamos subvencionados cuya gestión le fue encomendada (ya sean del ICO o de otra administración pública).

En este sentido, para la puesta en marcha de las normas de financiación promulgadas y facilitar su distribución, el ICO y el resto de las Administraciones Públicas precisan de las entidades bancarias, puesto que estas actúan como mediadoras de los productos financieros subvencionados. Por ello, de forma voluntaria, las entidades que lo han considerado oportuno han solicitado al ICO su adhesión a las distintas líneas y han firmado los correspondientes contratos de financiación.

En cualquier caso, estas medidas no se aplican de oficio por parte de las entidades, sino que requieren la firma de préstamos con las entidades mediante los que se van a financiar las distintas situaciones previstas en cada convenio. Para la firma de este nuevo contrato, en el que normalmente las entidades asumen el riesgo de crédito, es necesario alcanzar un acuerdo previo entre la entidad y el cliente.

De esta forma, la firma del convenio por parte de una entidad no obliga a esta a la formalización de la operación, aun cuando la solicitud esté efectuada de forma correcta y se cumplan todas las condiciones exigidas.

Llegados a este punto, hay que concluir que las decisiones que adoptan las entidades de crédito de cara a las condiciones exigibles en las operaciones que conceden a sus clientes, así como las refinanciaciones que proponen para facilitar a sus clientes la devolución de las cantidades financiadas, son cuestiones que se enmarcan dentro de su política comercial y de asunción de riesgos, y su fiscalización excede de las competencias de este DCMR, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

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

La Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo (LCCC), entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, derogando la anterior Ley 7/1995, de crédito al consumo³⁹, e incorporando a nuestro ordenamiento los contenidos de la Directiva 2008/48/CE; en ella se diseñan una serie de requerimientos de información unificada o estandarizada, tanto de carácter precontractual como contractual.

Esta ley, en línea con la anterior Ley de Crédito al Consumo, y según ya se ha indicado más arriba, se aplica solo a contratos de crédito bajo forma de pago aplazado entre un prestamista (cualquier persona física o jurídica que concede crédito en el ejercicio de su actividad, lo que incluye las entidades de crédito) y un consumidor (persona física actuando al margen de su actividad comercial o profesional) cuyo importe ascienda, al menos, a 200 euros. En los contratos de crédito cuyo importe total sea superior a 75.000 euros solo serán aplicables los artículos 1 a 11, 14, 15, y 32 a 36 de la ley (artículo 4.5).

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.

Esta nueva norma no solo incorpora la citada directiva y los cinco aspectos que esta obliga a armonizar, sino que también mantiene en varias cuestiones disposiciones recogidas en la ley nacional anterior y regula aspectos no recogidos en la directiva (como sucede, por ejemplo, con la oferta vinculante, la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito o el cobro de lo indebido).

Aspectos básicos de armonización perseguidos por la directiva que transpuso la Ley 16/2011

La directiva perseguía la armonización total de cinco aspectos básicos:

- Información precontractual y prácticas previas a la contratación.
- Información contractual.
- Cálculo de la TAE.
- Derecho de retracción o de desistimiento.
- Derecho al reembolso anticipado.

³⁹ La derogada Ley 7/1995 siguió siendo de aplicación a todos los contratos vigentes a 25.9.2011. Los de duración definida llegarían a su vencimiento rigiéndose por la ley vigente en el momento de su formalización; y los de duración indefinida deberían haberse adaptado al contenido de la Ley 16/2011 en el plazo de un año desde su entrada en vigor, de acuerdo con lo establecido en su disposición transitoria.

Tanto los aspectos referidos a la información precontractual y a las prácticas previas a la contratación como el derecho de retracción o de desistimiento resultaron absolutamente novedosos con respecto a la anterior regulación de los préstamos o créditos al consumo en nuestro país. Los restantes ya existían, pero se perfeccionan y se regulan con mayor detalle.

*Información precontractual
y prácticas previas a la contratación*

La ley establece el contenido de la publicidad del producto⁴⁰ (tipo deudor, importe, TAE, duración, e información que se recogerá de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo); y los requisitos de información precontractual (artículo 10), aspecto hasta ahora muy poco regulado, contemplando una lista exhaustiva de información que deberá especificarse (tipo de crédito, importe total del crédito, duración de contrato, tipo deudor, TAE, derecho de retracción y de reembolso anticipado...), elaborando un formulario —«Información normalizada europea sobre el crédito al consumo»—, que deberá facilitarse al consumidor «con la suficiente antelación». Igualmente, se regula la información precontractual en casos específicos tales como los descubiertos, se exceptúa de los requisitos de información precontractual a los intermediarios de crédito a título subsidiario y se contempla la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

Aparte de la información normalizada, se establece el deber de los prestamistas y, en su caso, de los intermediarios de asistencia al consumidor previa al contrato, facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, «incluidas las consecuencias en caso de impago». Las explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y las comunicaciones remitidas al cliente, si ello fuera preciso, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración del contrato pueda tener para el cliente, en especial también las consecuencias de impago.

Información contractual

La ley regula en su artículo 16 la forma de los contratos y, de manera exhaustiva, la información contractual que debe suministrarse, de manera clara y precisa, al consumidor (sobre —y entre otros— el tipo de crédito, los contratantes, la duración del contrato, el importe total del crédito y las condiciones de disposición de este, el tipo deudor, la TAE, los derechos y las obligaciones, las garantías y los seguros a que se condiciona la concesión del crédito, el derecho de desistimiento, el reembolso anticipado, etc.). Además, se contempla un régimen específico para contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y los excedidos y los descubiertos tácitos (artículos 17 a 20), y se regulan el derecho de poner fin a contratos indefinidos (artículo 27), los contratos de crédito vinculados a la adquisición de bienes (artículo 26) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (artículo 31).

Así, al enumerar con mayor detalle el contenido mínimo que debe figurar en los contratos de crédito, y específicamente en los contratos en forma de posibilidad de descubierto, se elevan a rango de ley las menciones que, para el caso de las entidades de crédito, estaban establecidas (casi en su totalidad, aunque no todas) en la entonces vigente Circular del Banco de España 8/1990⁴¹, las cuales se generalizaron para todos los prestamistas.

Además, es de destacar que la ley, en relación con la forma y el contenido de los contratos (artículo 16), comienza señalando que se harán constar por escrito en papel o en otro

40 Artículo 9 de la ley. Con la normativa anterior, solo se exigía que, si se hacía referencia al coste, debía mencionarse también la tasa de interés.

41 Derogada por la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado. Respecto a la falta de forma escrita o del mantenimiento en soporte duradero, se considera un supuesto de anulabilidad (antes, nulidad). Según el artículo 7.2:

«El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma que se establecen en los artículos 10 y 12, dará lugar a la anulabilidad del contrato. En caso de que se mantenga la eficacia del contrato [...]»

Para omisiones o defectos en el clausulado, se mantienen las consecuencias previstas en la anterior regulación, detallando el artículo 21 de la ley en vigor la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias:

«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)⁴² del apartado 2 del artículo 16, y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos.

En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

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

Cálculo de la TAE

Se define de forma clara en el artículo 32 de la ley 16/2011 el coste total de crédito para el consumidor, con objeto de garantizar la comparabilidad de la información relativa a las tasas anuales equivalentes en toda la UE. Se establecen, así, parámetros armonizados 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.

Derecho de retracción o de desistimiento

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

42 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.»

ción del contrato (o de recepción de las condiciones contractuales si fuese posterior). Se trata, entendemos, de una de las cuestiones más relevantes de la nueva regulación⁴³.

Derecho al reembolso anticipado

En el artículo 30 de la ley se concede al consumidor el derecho a reembolsar anticipadamente el crédito en cualquier momento, sin justificación, contemplando la posibilidad de que los prestamistas exijan, si se cumplen determinadas condiciones, una compensación por los posibles costes «directamente derivados del reembolso anticipado del crédito que el prestamista haya debido soportar⁴⁴». En cualquier caso, existe un límite máximo a la cuantía de la compensación: ninguna compensación excederá del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.

La ley permite el cumplimiento anticipado, total o parcial. En caso de reembolso anticipado, el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito (intereses y costes). A diferencia del artículo 10 de la Ley 7/1995, que disponía que el consumidor no abonará intereses no devengados, el artículo 30 de la nueva normativa se refiere, con mayor rigor, a la reducción del coste del crédito. Por tanto, no solo de los intereses, sino también de los demás costes que han sido fijados en función de la duración del contrato. Incluso de los costes que ya han sido pagados (extremo este no recogido en la directiva que desarrolla), y que tendrán que devolverse al consumidor en la parte proporcional a la duración del contrato pendiente de transcurrir.

Cuestiones que se mantienen en la Ley 16/2011

Expuestos los aspectos básicos de armonización que persigue la directiva que transpone la nueva norma, se destacan a continuación algunas cuestiones ya recogidas en la normativa anterior que se mantienen en la norma estudiada:

- La obligación de entregar una oferta vinculante, si el prestatario así lo solicitara, la cual se deberá mantener durante un plazo de 14 días naturales (artículo 8).
- La obligación de notificar al deudor los cambios de coste (artículo 22) —si bien la información sobre el tipo deudor y sus cambios se encuentra recogida en la directiva (bien antes de que se produzcan, bien periódicamente, si están vinculados a un tipo de referencia público), no se encuentra en ella la obligación de notificación del «coste total del crédito»—.
- Las consecuencias del cobro indebido (artículo 25). Con el fin de penalizar al prestamista que cobra al consumidor una cantidad a la que no tiene derecho, la Ley 16/2011 reproduce una norma ya contenida en la Ley 7/1995.

Así, la nueva norma impone al prestamista que cobra indebidamente al consumidor (intereses o comisiones no debidos o en cuantía superior) una obligación

43 Las obligaciones del consumidor son, en primer lugar, comunicar al prestamista, antes de que expire el plazo de 14 días, su voluntad de ejercitar el desistimiento y, en segundo lugar, abonar al prestamista el capital abonado y los intereses devengados entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital. Los intereses se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado. Dichas cantidades deberán abonarse al prestamista, a más tardar, a los 30 días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. El consumidor no debe abonar penalización alguna en caso de desistimiento.

44 En la normativa anterior se establecía que la compensación solo procedería en caso de que se hubiera pactado en el contrato. La nueva ley no exige expresamente ese pacto, pero parece claro que, en ausencia de pacto, el prestamista solo podrá reclamar una compensación si demuestra la existencia efectiva de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito.

de restituir lo cobrado más determinadas partidas, que varían en función de que el prestamista haya obrado con dolo o negligencia o sin ellos.

- La prohibición de que el tipo de interés en los descubiertos tácitos implique la aplicación de una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (artículo 20.4).

Obligación de evaluar la solvencia del consumidor

La vigente LCCC (artículos 14 y 15) recoge el acceso a bases de datos (tanto del propio Estado miembro como de otros) para evaluar la situación financiera de un consumidor. Así, en la ley se introduce, en las actuaciones previas a la celebración del contrato, la obligación legal de evaluar la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato o de aumentar significativamente el importe, a partir de la información proporcionada por el consumidor y la consulta de bases de datos. En caso de denegación del crédito como resultado de la consulta, el prestamista debe informar gratuitamente al consumidor de aquella.

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

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

La nueva norma simplifica los requisitos para la declaración de la ineficacia de los contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios por la cancelación o ineficacia de aquellos (artículo 26). Así, se suprimen requisitos que establecía la ley anterior para que el consumidor pudiera ejercer sus derechos frente al prestamista⁴⁵. Conforme a la nueva 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; iii) se reducen los requisitos para que el consumidor pueda ejercer los mismos derechos frente al prestamista y el proveedor del servicio, que ahora solo son (artículo 29):

- Que los bienes o servicios no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conformes con lo pactado.
- Que el consumidor haya reclamado por cualquier medio (judicial o extrajudicial) al proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

Incumplimiento de la norma por entidades de crédito

La nueva LCCC, en su artículo 34, declara expresamente su aplicación a las entidades de crédito, a las que también les será de aplicación la normativa sectorial en lo que no se oponga. Esta ley, a diferencia de la anterior, establece dos grupos de normas en cuanto a los efectos del incumplimiento por parte de las entidades de crédito.

- Por un lado, se detalla cuáles se consideran normas de ordenación y disciplina (entre otras, la información y las actuaciones previas a la celebración del contrato, la información y los derechos contractuales, el descuberto tácito, la

⁴⁵ Así, se suprimen: i) que el consumidor haya concertado un contrato de crédito con un empresario distinto del proveedor de los bienes o de los servicios contratados; ii) que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de este, y iii) que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado.

TAE...), cuyo incumplimiento se califica como infracción grave siempre que no tenga el carácter de ocasional o aislado, y respecto a las que se aplicaría el procedimiento sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito⁴⁶.

- Respecto al resto de normas (entre otras, el carácter imperativo de la ley, el derecho de desistimiento, las normas sobre contratos de crédito vinculados, así como las reglas sobre liquidación por ineficacia, resolución del contrato o reembolso anticipado), no se prevé intervención de tipo administrativo, de modo que los conflictos, en su caso, deberán resolverse en el ámbito general de protección civil y mercantil (en los tribunales) y en el ámbito de los sistemas de resolución extrajudicial previstos en la legislación sobre protección de los clientes de los servicios financieros (DCMR, en este caso).

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

4.1.3 PRÉSTAMO RESPONSABLE

Especial mención requiere el concepto de préstamo responsable, introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que en su artículo 29 («Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros») ordena la aprobación de las medidas protectoras para los usuarios de servicios financieros. Así, en el punto 2 del citado artículo 29, establece:

«2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, podrán tener el contenido siguiente: [...]»

Dicho mandato se recoge en la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo capítulo I («Préstamo responsable») contiene el artículo 18 («Evaluación de la solvencia»), del siguiente tenor literal:

«1 La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

⁴⁶ La Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en cuyo título IV contempla, igualmente, el correspondiente régimen sancionador.

A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

2 Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades de crédito, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

- a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:
 - 1.º Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.
 - 2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a 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.
 - 3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.
- b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.
- c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta la información a la que se refiere la letra anterior.
- d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

3 En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben

fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

4 En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

5 En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.º del apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6 La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»

Finalmente, la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, complementa dicha normativa sobre préstamo responsable, en su norma duodécima («Políticas y procedimientos de préstamo responsable»), del siguiente literal:

«1 A efectos de asegurar la adecuada aplicación práctica del concepto de préstamo responsable a que se refiere el capítulo I del título III de la Orden, las entidades, cuando ofrezcan y concedan préstamos o créditos a la clientela y, en su caso, presten servicios accesorios a los mismos, deberán actuar honesta, imparcial y profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo.

2 Sin perjuicio de los criterios establecidos con carácter general en relación con las operaciones que entrañen riesgo de crédito en el anejo IX de la Circular 4/2004, las entidades que concedan préstamos o créditos a los clientes a quienes se refiere la norma segunda de esta Circular deberán contar, de un modo adecuado al volumen de sus operaciones, características y complejidad de las mismas, con concretas políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos a dicha clientela (incluyendo una política de oferta y comercialización de operaciones que, asimismo, comprenda criterios de remuneración de las personas encargadas de su comercialización), adecuadamente documentados y justificados, aprobados por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente, que, en el marco de los extremos contemplados en el artículo 18 de la Orden, integren los principios generales que se mencionan en el anejo 6 de esta Circular. Las referidas políticas, métodos y procedimientos, debidamente actualizados, así como los documentos en que se justifiquen y la acreditación de su aprobación por el Consejo de Administración de la entidad u órgano equivalente, deberán mantenerse en todo momento a disposición del Banco de España.

Las entidades podrán dar cumplimiento a esta disposición incorporando dicha información en las políticas, métodos y procedimientos de estudio y concesión de préstamos o créditos, de acuerdo a lo previsto en el anejo IX de la Circular 4/2004.

3 Los principios generales a que se refiere el apartado precedente habrán de ser aplicados por las entidades y entendidos por sus clientes de una manera responsable, de modo que incumbe a estos el facilitar a aquellas una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación con la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito, atañendo a las entidades el informar apropiadamente a sus clientes sobre las características de aquellos de sus productos que se adecuen a lo solicitado, de tal modo que permita a estos la necesaria reflexión, comparación y adopción de una decisión fundada, racional y prudente.

Lo indicado en el párrafo anterior deberá entenderse sin menoscabo de la libertad de contratación a que se refiere el apartado 6 del artículo 18 de la Orden, de la plena validez y eficacia de los contratos, y de la plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que contractualmente hubieran asumido.»

4.1.4 ANEJOS

a. Anejo I. Ficha de Información Precontractual (FIPRE)

El texto del presente modelo se reproducirá tal cual en las fichas de información precontractual que se elaboren para cada producto o servicio. Las indicaciones entre corchetes se sustituirán por la información correspondiente.

Cuando se indique «si ha lugar», la entidad de crédito cumplimentará la casilla si la información es pertinente para el contrato de préstamo. Si la información no es pertinente, la entidad suprimirá los datos correspondientes o la sección entera. En este último caso, la numeración de las secciones se adaptará en consecuencia.

La información que a continuación se indica se facilitará en un solo documento. Se utilizarán caracteres tipográficos claramente legibles. Cuando se trate de elementos de información que deban resaltarse, se empleará negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño.

(Texto introductorio)

El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo. La información incorporada tiene carácter meramente orientativo.

Se ha elaborado basándose en las condiciones actuales del mercado. La oferta personalizada posterior puede diferir en función de la variación de dichas condiciones o como resultado de la obtención de la información sobre sus preferencias y condiciones financieras.

ENTIDAD DE CRÉDITO

- Identidad/nombre comercial.
- Domicilio social.
- Número de teléfono.

- Correo electrónico.
- Dirección de página electrónica.
- Autoridad de supervisión: [Identidad de la autoridad de supervisión y dirección de su página electrónica].
- Persona de contacto: [Datos completos de la persona de contacto].
- Datos de contacto del servicio de atención al cliente.

CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO

- Importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble.
- Finalidad.
- Tipo de préstamo.
- (Si ha lugar) Préstamo en divisa.
- Plazo de amortización.
- Periodicidad de los pagos.

TIPO DE INTERÉS

- Clase y nivel del tipo de interés aplicable:
 - Fijo.
 - Variable (expresado en tipo de interés de referencia + diferencial).
 - Variable limitado (expresando el tipo de interés mínimo y máximo y el tipo de interés de referencia + diferencial).
- En caso de que durante el plazo de amortización se modifique la clase de tipo de interés, se deberá reflejar el plazo en que se aplicará cada tipo.

VINCULACIONES Y GASTOS PREPARATORIOS

- Listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas.
- Gastos preparatorios.

TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DEL PRÉSTAMO

La TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE sirve para ayudarle a comparar las diferentes ofertas.

- La TAE aplicable a su préstamo es [...]. Comprende:
 - Tipo de interés.
 - Otros componentes de la TAE.
 - Coste total del préstamo en términos absolutos.
 - El cálculo de la TAE y del coste total del préstamo se basa en los siguientes supuestos:
 - Importe.
 - Tipo de interés.
 - Otros supuestos.

AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

- (Si ha lugar) Compensación por desistimiento.
- (Si ha lugar) Compensación por riesgo de tipo de interés.

b. Anejo II. Ficha de Información Personalizada (FIPER)

El texto del presente modelo se reproducirá tal cual en las fichas de información personalizada (FIPER). Las indicaciones entre corchetes se sustituirán por la información correspondiente.

La información que a continuación se indica se facilitará en un solo documento. Se utilizarán caracteres tipográficos claramente legibles. Cuando se trate de elementos de información que deban resaltarse, se empleará negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño.

(Texto introductorio)

El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo hipotecario.

Se ha elaborado basándose en la información que usted, [nombre del cliente], ha facilitado hasta la fecha, así como en las actuales condiciones del mercado financiero. La información que sigue será válida hasta el [fecha de validez]. Después de esa fecha, puede variar con arreglo a las condiciones del mercado.

ENTIDAD DE CRÉDITO

- Identidad/nombre comercial.
- Domicilio social.
- Número de teléfono.
- Correo electrónico.

- Dirección de página electrónica.
- Autoridad de supervisión: [Identidad de la autoridad de supervisión y dirección de su página web].
- Persona de contacto: [Datos completos de la persona de contacto].

CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO

- Importe y moneda del préstamo: [valor] [moneda].
- (Si ha lugar) El presente préstamo no se expresa en [moneda nacional].
- Duración del préstamo.
- Tipo de préstamo.
- Clase de tipo de interés aplicable.
- Importe total que se ha de reembolsar.
- Importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble.
- (Si ha lugar) Garantía.

TIPO DE INTERÉS

La TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE sirve para ayudarle a comparar las diferentes ofertas.

- La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]. Comprende:
 - El tipo de interés [valor en porcentaje o en tipo de referencia más diferencial si se tratase de un tipo variable o variable limitado].
 - [Otros componentes de la TAE].

PERIODICIDAD Y NÚMERO DE PAGOS

- Periodicidad de reembolso: [periodicidad].
- Número de pagos: [número].

IMPORTE DE CADA CUOTA HIPOTECARIA

- [Importe] [moneda].
- (Si ha lugar) Las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado.

- (Si ha lugar) El tipo de cambio utilizado para la conversión del reembolso en [moneda del préstamo] a [moneda nacional] será el publicado por [nombre del organismo encargado de la publicación del tipo de cambio] el [fecha].

TABLA DE AMORTIZACIONES

La siguiente tabla muestra el importe que ha de pagarse cada [periodicidad]:

- Las cuotas (columna [n.º pertinente]) son iguales a la suma de los intereses pagados (columna [n.º pertinente]), el capital pagado (columna [n.º pertinente]) y, si ha lugar, otros costes (columna [n.º pertinente]).
- (Si ha lugar) Los costes de la columna «otros costes» corresponden a [lista de costes]. El capital pendiente (columna [n.º pertinente]) es igual al importe del préstamo que queda por reembolsar.
- [Importe y moneda del préstamo].
- [Duración del préstamo].
- [Tipo de interés].
- [Tabla].
- (Si ha lugar) [Advertencia sobre la variabilidad de las cuotas].

VINCULACIONES Y OTROS COSTES

Si desea beneficiarse de las condiciones del préstamo descritas en la presente ficha, debe cumplir las obligaciones que se indican a continuación.

- Obligaciones.
- (Si ha lugar) Observe que las condiciones de préstamo descritas, incluido el tipo de interés aplicable, pueden variar en caso de incumplimiento de las citadas obligaciones.
- Además de los costes ya incluidos en las cuotas [periodicidad], este préstamo conlleva los siguientes costes:
 - Costes que deben abonarse una sola vez.
 - Costes que deben abonarse periódicamente.
- Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (p. ej., gastos notariales) conexos al préstamo.

AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

Si decide amortizar el préstamo anticipadamente, consúltenos a fin de determinar el nivel exacto de la compensación en ese momento.

- Este préstamo puede amortizarse anticipadamente, total o parcialmente.
 - [Condiciones].
 - [Procedimiento].
- (Si ha lugar) Compensación por desistimiento.

DERECHO DE SUBROGACIÓN (SI HA LUGAR)

Si lo desea, puede llevarse a otra entidad de crédito (subrogar) su préstamo, aun sin el consentimiento de [nombre de la entidad].

DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

- Departamento de Atención al Cliente: nombre, dirección geográfica, número de teléfono, correo electrónico, persona de contacto y datos de contacto.
- (Si ha lugar) Defensor del Cliente: nombre, dirección geográfica, número de teléfono, correo electrónico, persona de contacto y datos de contacto.

SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA (Actual DCMR)

En caso de desacuerdo con el Departamento de Atención al Cliente de la entidad de crédito, o transcurridos dos meses sin respuesta este, puede dirigir una reclamación (o, siempre que lo desee, formular una consulta o queja) al Servicio de Reclamaciones del Banco de España (91 338 6530):

- Por escrito dirigido al Servicio de Reclamaciones, C/ Alcalá, 48; 28014 Madrid.
- Por vía electrónica, en el sitio web <http://www.bde.es>.

INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS VINCULADOS AL PRÉSTAMO: CONSECUENCIAS PARA EL CLIENTE

- [Tipos de incumplimiento].
- [Consecuencias financieras y/o jurídicas].

Si tiene dificultades para efectuar sus pagos [periodicidad], póngase en contacto con nosotros a la mayor brevedad posible para estudiar posibles soluciones.

INFORMACIÓN ADICIONAL, EN EL CASO DE VENTAS A DISTANCIA (SI HA LUGAR)

- (Si ha lugar) La legislación escogida por la entidad de crédito como base para el establecimiento de relaciones con usted con anterioridad a la celebración del contrato de crédito es [legislación aplicable].

- La información y documentación contractual se facilitarán en [lengua]. Con su consentimiento, durante la vigencia del contrato de préstamo nos comunicaremos con usted en [lengua o lenguas].

RIESGOS Y ADVERTENCIAS

Le rogamos tome nota de los riesgos que conlleva un préstamo hipotecario:

- Sus ingresos pueden variar. Asegúrese de que, si sus ingresos disminuyen, aún seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas hipotecarias [periodicidad].
- Tiene usted derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante, con la antelación de tres días hábiles previos a su formalización ante aquel.
- (Si ha lugar) Puede usted perder su vivienda si no efectúa sus pagos puntualmente.
- (Si ha lugar) Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago del préstamo no solo con su vivienda, sino con todos sus bienes presentes y futuros.
- (Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo no permanece fijo durante todo su período de vigencia.
- (Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado].
- (Si ha lugar) El presente préstamo no se expresa en euros. Tenga en cuenta que el importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/ euro].
- (Si ha lugar) Este es un préstamo de solo intereses. Ello quiere decir que, durante su vigencia, necesitará reunir capital suficiente para reembolsar el importe del préstamo en la fecha de vencimiento.
- Al margen de lo recogido en la presente ficha, tendrá que pagar otros tributos y gastos (si ha lugar); p. ej., gastos notariales.

4.2 Pasivo

4.2.1 INTRODUCCIÓN GENERAL SOBRE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS

Entre los servicios bancarios que prestan las entidades de crédito se encuentra la captación de fondos reembolsables de sus clientes, especialmente en forma de depósitos, tanto a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) como a plazo determinado, según la disponibilidad de los fondos y la prestación o no del servicio de caja como elemento intrínseco esencial que permite la realización de las operaciones de pago que se determinen. En todo caso en los primeros, y siempre que los segundos

tengan garantizada la devolución del principal a su vencimiento⁴⁷, la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen corresponderá al DCMR del Banco de España.

La regulación general de la transparencia de las cuentas a la vista se contiene en las disposiciones que regulan los servicios de pago [Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago⁴⁸, y Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago⁴⁹ (en adelante, LPS y OSP)] —si bien son aplicables algunos de los artículos de la orden y de la circular generales de transparencia, como se verá en este apartado⁵⁰—; en tanto que la regulación de la transparencia de los depósitos a plazo, al no tener estos la consideración de cuenta de pago, se encuentra en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre⁵¹, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios («la orden»), y más en particular en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos⁵² («la circular»).

Además de ello, habrá que tener en cuenta el contenido de la normativa de crédito al consumo [actualmente, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁵³ (LCCC)], para los casos en que se produzcan descubiertos en cuenta corriente, que suponen la concesión de un crédito de esa naturaleza⁵⁴.

La distinción en el régimen normativo que se ha de aplicar a cada uno de estos servicios bancarios se encuentra justificada por la distinta finalidad que persiguen. Así, en el caso de las cuentas a la vista («cuentas de pago», en terminología de las normas que las regulan) la finalidad perseguida por los clientes es la obtención de un servicio de caja, de tal forma que se puedan desarrollar sus cobros y pagos habituales, empleando para ello diversos servicios, operaciones e instrumentos de pago que se contemplen en la contrata-

47 En tal sentido, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su artículo 16, así como su normativa de desarrollo, se refieren únicamente a los «Depósitos a plazo con garantía del principal».

48 En vigor desde el 4 de diciembre de 2009.

49 En vigor desde el 8 de julio de 2010.

50 En este sentido, el artículo 34 de la orden señala que la transparencia de los servicios de pago celebrados por los clientes se rige por lo previsto en la Orden EHA/1608/2010, si bien en lo no previsto en esta última les resultará de aplicación lo establecido en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, artículo 3 —comisiones—, artículo 8 (excepto lo dispuesto en el apartado 2 —comunicación a clientes—), artículo 9 —explicaciones adecuadas— y, finalmente, artículo 15 —depósitos a la vista—.

51 En vigor, con carácter general, desde el 29 de abril de 2012.

52 En vigor, con carácter general, desde el 6 de octubre de 2012, si bien, para cuestiones específicas, entró en vigor el 1 de enero de 2013 (explicaciones adecuadas y deber de diligencia, entrega de información precontractual, informaciones que se deben resaltar, y políticas y procedimientos de préstamo responsable), el 1 de julio de 2013 (en relación con el contenido de los contratos y con las comunicaciones que se han de efectuar a los clientes) y en enero de 2014 (para la remisión del documento resumen anual de comisiones e intereses). Por su parte, la información sobre las comisiones más frecuentes (norma tercera, apartado 1, y norma decimosexta, apartados 1 y 2) comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2013.

53 En vigor desde el 25 de septiembre de 2011.

54 Si bien la normativa general de transparencia y de crédito al consumo se encuentra dirigida a clientes personas físicas, lo cierto es que la normativa de servicios de pago no realiza, *a priori*, exclusión alguna a este respecto. Únicamente, en relación con el título III «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco» de la LSP —el más trascendente en la materia que aquí nos ocupa—, el artículo 17.3 de la LSP determina, en esencia, que, cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, dicho título y sus disposiciones de desarrollo —esto es, la OSP—.

En consecuencia, en las reclamaciones que se presentan es necesario verificar, en el caso de usuarios de servicios de pago que no sean personas físicas, los acuerdos alcanzados entre las partes a este respecto, de cara a determinar su régimen jurídico.

ción; en tanto que en los depósitos a plazo se persigue una finalidad de inversión, para obtener una rentabilidad de los excedentes de liquidez del titular, pero no canalizar su operativa de caja, lo que determina que a estos no les sea de aplicación la normativa de servicios de pago antes citada.

Las características específicas de cada uno de ellos serán analizadas en los apartados 3 y 4 siguientes, si bien hay elementos comunes a ambos tipos, tales como la necesidad de que las entidades lleven a cabo la debida identificación de sus clientes antes de iniciar cualquier relación bancaria, y las distintas posibilidades que se dan en cuanto a la titularidad de las cuentas y depósitos, así como diversas cuestiones (publicidad, información pública sobre comisiones, tipos de interés y de cambio recogidas en la nueva normativa de transparencia) que son objeto de exposición antes de pasar a analizar separadamente cada uno de ellos.

4.2.2 ASPECTOS COMUNES

a. Identificación de los potenciales titulares

Las entidades de crédito, al aceptar en sus cuentas el depósito de fondos de sus clientes, han de atender una serie de obligaciones derivadas de la normativa de aplicación, tanto de la normativa de transparencia bancaria (diferentes según la modalidad de depósito) como de la de prevención del blanqueo de capitales, como a continuación se detallará.

Además, las posibilidades en cuanto a la titularidad son variadas, y también, por tanto, los requisitos que, en cada caso, se habrán de verificar.

Tipología de titulares. Particularidades en su identificación y requisitos de capacidad

En nuestro ordenamiento jurídico es norma general que toda persona tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, tiene capacidad jurídica, si bien, como una cuenta bancaria supone un tráfico de dinero, para actuar por sí necesita tener, además, capacidad de obrar (que en principio corresponde a todas las personas mayores de edad, según establece el artículo 322 del Código Civil con carácter general).

Las entidades han de partir de la presunción de la capacidad de obrar de quienes pretenden abrir un cuenta, conforme a lo establecido en los artículos 199 y siguientes del Código Civil, ya que, a tenor de lo dispuesto en el citado cuerpo legal, nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial firme —en virtud de las causas establecidas en la Ley— recaída en el correspondiente procedimiento de incapacitación.

Por lo tanto, para la apertura (y movimiento, en su caso) de una cuenta bancaria, salvo en situaciones especiales, es suficiente con que la persona sea mayor de 18 años (o mayor de 16 años y se encuentre emancipada).

A continuación se exponen algunos casos particulares que pueden darse en cuanto a la apertura de los depósitos, en función de sus titulares; además de ello, y si bien no es el objeto de este apartado específico, en los casos en los que se considere relevante se efectuará una alusión a las implicaciones en cuanto a la forma de disponer del saldo, para evitar su repetición en el apartado correspondiente.

Cuentas de incapaces

No obstante lo indicado en los párrafos anteriores, pueden existir situaciones especiales (las cuales han de acreditarse) que determinen que una persona sea considerada incapaz. La amplitud de la incapacitación será distinta en cada caso, debiendo ser fijada con sus límites en la sentencia que se dicte, correspondiendo su determinación a los tribunales de justicia.

De esta manera, para la apertura (y movimiento) de un depósito en una entidad en estos supuestos habrá que estar al contenido de la sentencia de incapacitación, la cual deter-

minará el nombre de la persona —o personas— que se designe como tutor, o como curador en su caso, según el régimen que se establezca y según se trate de una incapacitación total o parcial, referida solo a los actos de administración.

Los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y, como tales incapaces, solo podrán realizar válidamente negocios jurídicos mediante sus representantes legales, regla general que no encuentra excepciones en lo que a la apertura (y disposiciones) de cuentas bancarias se refiere, en su consideración de actos de administración.

Por principio, los menores de edad no emancipados, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, se encuentran sometidos a patria potestad, que, según indica el artículo 156 del mismo texto, se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre, aunque se posibilita que este derecho-deber sea ejercido por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro, determinándose, por su parte, en el artículo 162 del mismo código que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, 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 señalado en el artículo 164 (entre los que, por ejemplo, se encuentran los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente así lo hubiese ordenado).

De este modo, los padres, como legítimos representantes de los hijos menores no emancipados, podrán abrir cuentas bancarias a nombre de estos y efectuar ingresos, reintegros y demás actos dispositivos sobre aquellas, teniendo en cuenta que dichos actos podrán ser realizados por ambos padres o por uno solo, como se ha indicado (artículo 156).

No obstante, cuando los padres viven separados, puede ocurrir que se cuestione la prevalencia del régimen general de patria potestad respecto del especial pactado en el convenio regulador —cuando en este se hubiera previsto que la patria potestad la comparten conjuntamente ambos cónyuges—, remitiendo a las partes en esos casos este DCMR a los jueces y tribunales de justicia, pues, dadas las divergentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, son los únicos órganos competentes para, valorando la complejidad de cada caso, determinar el alcance del régimen pactado.

Igualmente, en los casos en los que exista conflicto entre los progenitores, discrepando uno de ellos con la apertura de la cuenta (o con las disposiciones) hechas sin su consentimiento, los competentes para dirimir las controversias serán los tribunales de justicia, por establecerlo así el artículo 156 del Código Civil. No obstante, podría valorarse acorde con las buenas prácticas que, en última instancia, se proceda a la consignación de los fondos en espera del correspondiente pronunciamiento judicial que resuelva la discrepancia entre los interesados. Véase a estos efectos lo recogido al respecto en los casos de modificación del régimen de disposición.

Por último, hay que recordar que la representación del menor no emancipado solo permanece hasta que adquiera capacidad de obrar, y en ese momento podrá ejercer todos los derechos derivados de su cuenta, ante la entidad de crédito.

Ante el DCMR se han planteado supuestos en los que una cuenta a nombre de un menor de edad no emancipado ha sido abierta sin el conocimiento y consentimiento de sus repre-

sentantes legales —sus padres— (por ejemplo, por abuelos u otros familiares, supuestos en los que este DCMR ha de estimar que las entidades se han apartado de las buenas prácticas financieras, pues, aunque pudieran estar actuando, en su caso, en defensa de los intereses económicos del menor, ello no puede hacerse sin observar los requisitos de legalidad expuestos.

En tales casos, las entidades deberán facilitar a este DCMR toda la información respecto a las circunstancias en las que se abrió la cuenta —copia del contrato, identificación de la persona que habría actuado en representación del menor, documentos en poder de la entidad para acreditar dicha representación, etc.—.

Además del supuesto anterior, este DCMR ha manifestado, en los informes emitidos, pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades en aquellos casos en que:

- Han procedido a dar de baja a la parte 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 de la que era titular el reclamante a una persona que no estaba legitimada para ello, al haber expirado su condición de representante legal del titular de la cuenta, tras alcanzar este su mayoría de edad.

Cuentas de personas jurídicas

Las personas jurídicas, al tener plena autonomía patrimonial, pueden adquirir y poseer bienes de todas clases y, en consecuencia, pueden ser titulares de cuentas y depósitos, debiendo siempre actuar a través de las personas que, en cada momento, ostenten su representación.

La entidad de crédito, antes de proceder a la apertura del depósito a nombre de una persona jurídica, debe requerir los correspondientes poderes, con el fin de proceder a su bastanteo, estableciendo quién y en qué condiciones —si existe un régimen de administración solidaria o mancomunada, extremo cuya comprobación por parte de la entidad es esencial, debiendo adaptar su proceder a las consecuencias que de uno u otro se derivan— puede actuar en nombre de la sociedad, debiendo actualizar periódicamente dicha información.

Por otro lado, la sociedad tiene obligación de comunicar a la entidad, de manera inmediata, cualquier modificación en su representación, para evitar que se puedan realizar operaciones en su nombre por personas no legitimadas para ello.

Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios

Trata la comunidad, según la definición establecida en el artículo 392 del Código Civil, de que la propiedad de una cosa pertenezca a varios *pro indiviso*. Merece ser destacado como principio general que representa uno de los pilares básicos para la organización y regulación de la situación de comunidad, en nuestro Derecho, el principio de autonomía privada, de forma que los acuerdos y convenios entre los comuneros constituyen la ley fundamental de organización y disciplina de la comunidad, y estatuto por el que esta se regula primordialmente.

Las comunidades de bienes son entes sin personalidad jurídica, pero debemos añadir que cuentan con plena capacidad de obrar en el tráfico jurídico y, por tanto, pueden ser sujetos pasivos sometidos a tributación en determinados impuestos, tal como se infiere de lo

preceptuado en la Ley General Tributaria. También tienen la consideración de empresarios en la normativa laboral a efectos de la formalización de contratos laborales.

En dicho contexto, este DCMR opina que nada empece para que una comunidad de bienes, aunque carente de personalidad jurídica, al igual que una comunidad de propietarios, pueda ser titular de una cuenta, correspondiendo a los apoderados o autorizados por los comuneros la apertura, disposición y administración de ella conforme a lo establecido en los pactos internos de la comunidad de bienes o, en su defecto, en las reglas generales contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Se han planteado recientemente ante este DCMR algunas controversias en estos casos por el cambio de las personas que representan a la comunidad o las que están autorizadas para la apertura y disposición de las cuentas, lo cual impedía que aquella pudiera llevar a cabo su operativa bancaria habitual.

En particular, y con respecto a la función del presidente, conforme al artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, la principal es la de ostentar legalmente la representación de la comunidad en todos los asuntos que le afecten, siendo nombrado (artículo 13.2) entre los propietarios y siendo el nombramiento obligatorio, pudiendo ser removidos de su cargo los designados (artículo 13.7) antes de la expiración del mandato por acuerdo de la junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria.

La actuación representativa del presidente, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la meramente voluntaria, lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, y en este sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el presidente no como hecho en nombre de la comunidad, sino como si esta misma lo hubiese realizado, sin perjuicio de la relación interna entre dicho presidente y la junta de propietarios, ante la que deberá responder de su gestión.

Por su parte, el artículo 18 de la misma ley determina las condiciones (objetivas, subjetivas y de plazo) en las que los acuerdos de la junta de propietarios serán impugnables ante los tribunales, así como los efectos de dicha impugnación. Y el artículo 19 establece la forma de reflejar los acuerdos de la junta, el contenido que ha de tener el acta de cada reunión y sus formalidades (primer párrafo del artículo 19.3): «El acta deberá cerrarse con las firmas del Presidente y del Secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes. Desde su cierre los acuerdos serán ejecutivos, salvo que la Ley previere lo contrario.»

Dicho esto, podría plantearse la cuestión de quién debe firmar las actas cuando se trata de la renovación de los cargos, si los entrantes o los salientes. En el supuesto de que se trate de juntas en las que se procede al cambio de tales cargos directivos, serán los que cesan en su cargo, quienes efectivamente han presidido la junta, los que deben firmar. Las controversias para poder seguir llevando a cabo la operativa habitual de la comunidad sobre sus cuentas se han planteado en algunos supuestos en que el presidente anterior no ha acudido a la junta y no accede a firmar, pues no será posible que firme el nuevo, que no presidió.

En tales casos, el DCMR concluye que no se podría considerar que la entidad hubiera incurrido en una actuación contraria a las buenas prácticas bancarias si se diera el caso de que hubiera establecido inicialmente la indisponibilidad de los fondos de la cuenta,

dado el defecto de forma, al no cumplir el acta con el requisito de estar firmada por el presidente anterior; sin embargo, lo que sí parece ser más unánime es el hecho de que los meros formalismos no pueden llevar consigo nulidades en las actas que perjudiquen a toda la comunidad, de tal manera que solo tendrían trascendencia las omisiones cuando afecten al fondo de los acuerdos y puedan provocar indefensión a algún comunero. En particular, y en cuanto a la firma del presidente y del secretario, quedaría en manos de estas dos personas dar validez a la junta.

Por ello, este DCMR entiende que la entidad no podrá mantener bloqueada la cuenta de una comunidad, si se le presenta acreditación del acuerdo de la junta de propietarios respecto al cese del presidente y nombramiento del nuevo, invocando la oposición al cambio de autorizado del presidente saliente, que en cualquier caso se deberá justificar, pero sin establecer ninguna otra medida que permita a la titular de la cuenta, la comunidad, hacer uso de ella.

Cuentas de no residentes

La apertura de cuentas corrientes bancarias en nuestro país está sujeta a distintas exigencias documentales, según el interesado ostente o no la condición legal de residente en España, lo que, a su vez, dependerá de que aquel goce de la correspondiente autorización de residencia emitida por el Ministerio del Interior. En síntesis, la legislación en materia de transacciones exteriores, legislación fiscal y legislación sobre extranjeros determina que:

- 1 Es exigible la presentación del NIF/NIE para la apertura de cuentas o depósitos bancarios por parte de «residentes» —esto es, aquellos extranjeros que dispongan de la correspondiente autorización oficial de residencia—, bien en el mismo día de la constitución del depósito o la apertura de la cuenta, o dentro del plazo de quince días, sin poder realizarse movimiento alguno hasta que se aporte (artículo 28 del 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, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio).
- 2 Tratándose de cuentas de no residentes, estas quedan exceptuadas del régimen de identificación previsto en el artículo 28 antes citado, tanto si son en euros como en divisas, pero siempre que se trate de cuentas abiertas a nombre de personas físicas o entidades que hayan acreditado la condición de no residentes en España.

Así, las «entidades registradas» deberán hacer constar la condición de no residente del titular de la cuenta o depósito abierto, y consignar, a efectos de identificación de la cuenta, el número de pasaporte o número de identidad válido en su país de origen.

La «entidad registrada» queda, además, obligada a requerir del titular de la cuenta de que se trate a que, en el plazo de quince días desde su apertura, le haga entrega de la documentación acreditativa de la no residencia (en concreto, las personas físicas extranjeras deben aportar «certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio de Interior con antelación máxima de dos meses»). Esta exigencia de acreditación de la condición de no residente se debe confirmar por el titular de la cuenta con carácter periódico (cada dos años debe ser requerido por la «entidad registrada» para que aporte la certificación oportuna en el plazo máximo de tres meses).

En cualquier caso, el control de la aplicación de la normativa antes citada sobre la obligación de los clientes de aportar el NIF/NIE corresponde única y exclusivamente a la Admi-

nistración Tributaria, y se lleva a cabo principalmente mediante el análisis de la información que están obligadas a remitir las entidades de crédito a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

La Circular del Banco de España 1/2012, de 29 de febrero, en vigor desde el 1 de junio de 2012, establece en su norma sexta que, en el momento de apertura de cuentas a la vista, de ahorro o a plazo por clientes, las entidades de depósito deberán identificar al titular de la cuenta en euros o en divisas y harán constar su condición de residente en España o de no residente, cuya acreditación deberá realizarse en la forma prevista en el artículo 2.º del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre. Por otra parte, señala que 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.

El régimen transitorio incluido en dicha circular indica que se continuaría aplicando lo establecido en la Circular n.º 1/1994, de 25 de febrero, denominada «Cuentas de no residentes» hasta el 31 de diciembre de 2013, que recoge las obligaciones citadas en los párrafos precedentes, de tal manera que, si el titular de la cuenta no justificaba o confirmaba su condición de no residente dentro de los plazos indicados (15 días al establecer la relación y 3 meses en la comprobación cada dos años), la entidad no podría admitir en la cuenta nuevos abonos o, en otro caso, procedería a la cancelación de las operaciones o depósitos afectados por la omisión de este deber de colaboración. No obstante, la entidad de crédito reanudaría los cargos o abonos en la cuenta afectada desde el momento en que todos sus titulares facilitaran su NIF.

En relación con esta cuestión se han planteado ante este DCMR reclamaciones de clientes no residentes motivadas porque la entidad ha procedido al bloqueo de sus cuentas durante un determinado período, con las consecuencias que de ello se derivan en el caso de una cuenta a la vista, al no poder recibir y ordenar las operaciones de pago habituales. En tales supuestos, cuando la entidad acredita que dicho bloqueo obedece a la falta de cumplimentación de la declaración de residencia fiscal que había vencido, su proceder no podría considerarse, en principio, apartado de las buenas prácticas bancarias; pero para ello será necesario que se justifique debidamente que se efectuó la necesaria comunicación sobre la circunstancia del bloqueo y sus causas, y que fue advertido previamente, con antelación suficiente, de que, si no remitía la declaración de residencia fiscal firmada, se procedería a dicho bloqueo.

Normativa de prevención
del blanqueo de capitales

Además de las particularidades que se han de tener en cuenta para la apertura de un depósito según el tipo de titular de que se trate, antes de llevar a cabo cualquier tipo de actuación en relación con la contratación pretendida, las entidades deben identificar de forma fehaciente a aquellos que pretendan formalizar la apertura de un depósito, lo cual implicará distintas actuaciones según el supuesto en que nos encontremos.

En efecto, y sin perjuicio de las obligaciones establecidas normativamente, incumbe a las entidades, en su propio interés y en el de sus clientes y de las personas que pudieran verse afectadas, extremar el celo en la verificación y comprobación de identidad de las personas con las que entablan relaciones financieras. La correcta identificación de la persona con la que se va a realizar un determinado negocio jurídico es una medida que promueve la seguridad del tráfico mercantil y que, por ello, debe considerarse beneficiosa.

La normativa de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo —y, en concreto, el artículo 3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril—, bajo el título de «identificación formal», impone a las entidades de crédito la obligación de identificación de personas físicas o jurídicas con las que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones, reconociendo que «en ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas».

Conforme a ello, dicha normativa contiene las siguientes obligaciones a cargo de las entidades de crédito, relativas a la identificación de los clientes y conservación de documentos:

- Las entidades de crédito identificarán y comprobarán, mediante documentos fehacientes, la identidad de cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones ocasionales cuyo importe sea igual o superior a 1.000 euros⁵⁵, con algunas excepciones⁵⁶ (artículo 4.1 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo).

A tal efecto —establece el reglamento—, se considerarán documentos fehacientes, a efectos de identificación formal, para las personas físicas de nacionalidad española, el Documento Nacional de Identidad y, para las personas físicas de nacionalidad extranjera, la Tarjeta de Residencia, la Tarjeta de Identidad de Extranjero, el Pasaporte o, en el caso de ciudadanos de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, el documento, carta o tarjeta oficial de identidad personal expedido por las autoridades de origen. Será asimismo documento válido para la identificación de extranjeros el documento de identidad expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para el personal de las representaciones diplomáticas y consulares de terceros países en España. Excepcionalmente, los sujetos obligados podrán aceptar otros documentos de identidad personal expedidos por una autoridad gubernamental, siempre que gocen de las adecuadas garantías de autenticidad e incorporen fotografía del titular.

Para las personas jurídicas, los documentos públicos que acrediten su existencia y contengan su denominación social, forma jurídica, domicilio, la identidad de sus administradores, estatutos y número de identificación fiscal. En el caso de personas jurídicas de nacionalidad española, será admisible, a efectos de identificación formal, certificación del Registro Mercantil provincial, aportada por el cliente u obtenida mediante consulta telemática (artículo 6 del Reglamento).

- Además, las entidades recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial. Asimismo, adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información.

55 La disposición final tercera del Real Decreto 304/2014 estableció que el umbral de identificación en operaciones ocasionales del artículo 4.1 entraría en vigor el 6 de noviembre de 2014. Téngase en cuenta que hasta ese momento se siguieron aplicando los umbrales establecidos en el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (derogado por la aludida disposición transitoria tercera del Real Decreto en vigor).

56 Con excepción del pago de premios de loterías y otros juegos de azar, donde procederá la identificación y comprobación de la identidad en relación con aquellos premios cuyo importe sea igual o superior a 2.500 euros, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, y en su normativa de desarrollo.

- Las entidades aplicarán las medidas de diligencia debida previstas no solo a todos los nuevos clientes, sino, asimismo, a los clientes existentes, en función de un análisis del riesgo. En todo caso, los sujetos obligados aplicarán a los clientes existentes las medidas de diligencia debida cuando se proceda a la contratación de nuevos productos o cuando se produzca una operación significativa por su volumen o complejidad.
- Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan. En el caso de personas jurídicas, los sujetos obligados adoptarán medidas razonables, al efecto de determinar su estructura accionarial o de control.
- En el caso de operaciones no presenciales (medios telefónicos, electrónicos o telemáticos con clientes que no se encuentren físicamente presentes), el artículo 12 de la Ley 10/2010 establece que será necesario que concorra alguna de las circunstancias que cita (la identidad del cliente quede acreditada de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable sobre firma electrónica; o el primer ingreso proceda de una cuenta a nombre del mismo cliente abierta en una entidad domiciliada en España, en la Unión Europea o en países terceros equivalentes; o se verifiquen los requisitos que se determinen reglamentariamente); añadiendo que en todo caso, en el plazo de un mes desde el establecimiento de la relación de negocio, los sujetos obligados deberán obtener de estos clientes una copia de los documentos necesarios para practicar la diligencia debida. Cuando se aprecien discrepancias entre los datos facilitados por el cliente y otra información accesible o en poder del sujeto obligado, será preceptivo proceder a la identificación presencial.
- Del mismo modo, las entidades de crédito, en virtud del artículo 25 de la Ley 10/2010, tienen la obligación de conservar durante un período mínimo de diez años (desde la terminación de la relación de negocios o la ejecución de la operación) la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley.

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 la ley no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados (artículo 7.3 de la ley).

Además, las entidades aplicarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación, a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos, y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

Por tanto, las entidades deben cumplir las obligaciones expuestas en la identificación de los clientes que se presenten y las que se detallarán en relación con la formalización de los contratos, al iniciar relaciones contractuales y, posteriormente, conservando los contratos suscritos y verificando de nuevo el origen de los fondos y que los documentos de identificación están actualizados, y, en todo caso, extremando la diligencia en su actuación, dada la trascendencia de la documentación formalizada.

En relación con estas cuestiones, se ha de señalar que este DCMR no es competente para valorar si se ha producido un ilícito penal en los casos en que pueda darse una eventual suplantación de personalidad (mediante la utilización de documentos de identificación que no corresponden a quien los presenta) con objeto de abrir una cuenta o depósito en la entidad, correspondiendo tal pronunciamiento a los jueces y tribunales de justicia, mediante la adopción de los medios de prueba oportunos que permitan determinar lo acaecido y las responsabilidades que puedan derivarse, en su caso, para los sujetos intervinientes. Este DCMR tan solo podrá valorar que la entidad ha verificado, al menos en apariencia, los requisitos aludidos, extremo que habrá de estar en condiciones de acreditar cuando se planteen discrepancias de este tipo. Ahora bien, en esos supuestos, y salvo que por parte de los órganos judiciales se decreten medidas cautelares en sentido contrario, considera este DCMR que las entidades no deberían negarse a suministrar información sobre la cuenta a quien figura como titular, para la mejor defensa de sus intereses.

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

En relación con las comisiones e intereses que se pueden aplicar a las operaciones de depósito, y sin perjuicio de lo que se indicará en los respectivos apartados en relación con los requisitos que en cada caso se deben verificar para su válida repercusión, interesa recordar que el criterio general que consagra la normativa de transparencia —actualmente, los artículos 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE del 29), que se pronuncian en términos similares a los de la Orden de 12 de diciembre de 1989, a la que deroga— es que las comisiones percibidas y los intereses aplicables a los servicios bancarios, entre ellos los depósitos, serán los que libremente se fijen entre dichas entidades y los clientes; si bien en el caso de las comisiones solo podrán percibirse por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.

Las entidades deberán, no obstante, verificar una serie de requisitos de información pública en relación con aquellos (artículos 3 y 4 de la orden en relación con la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012), en un formato unificado que ha sido establecido en la Circular del Banco de España 5/2012 (anejos 1 y 2, en vigor desde el 1 de enero de 2013), la cual deberá ser actualizada trimestralmente en relación con las operaciones realizadas en cada trimestre natural para los diferentes perfiles de productos y clientes que se reflejan (anexo 1), estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente (artículo 3.2. de la orden) y estar disponible:

- en todos los establecimientos comerciales de las entidades —en un lugar destacado que llame la atención del público—, al menos mediante la información concreta y exclusiva de que los modelos de anejos que establece la circular están a disposición del público, debidamente actualizados a la fecha a que se refieran;
- en sus páginas electrónicas, mediante vínculo que de forma destacada y legible se localice en la pantalla inicial de la primera página, y
- en la página electrónica del Banco de España, pues las entidades deben remitirla a este organismo conforme a lo previsto en la norma decimosexta de la citada circular.

La información que las entidades deben poner a disposición de los clientes, en la forma expuesta y debidamente actualizada trimestralmente, se refiere con carácter general al

tipo de interés anual modal de las operaciones de cada categoría realizadas en el trimestre anterior y a las comisiones más frecuentes aplicadas en las operaciones con tipo modal:

- Las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos, información que incluirá, de manera sencilla y facilitando su comparación, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y su importe de manera desagregada por período de aplicación. Si el servicio bancario se presta a través de un medio de comunicación a distancia, se deberá indicar, mediante un mensaje claro y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos que se han de repercutir.
- Los tipos de interés habitualmente aplicados (interés modal) a los servicios que prestan con mayor frecuencia, información que incluirá, en todo caso, de manera sencilla y facilitando su comparación, la TAE u otra expresión equivalente de la operación.
- También (en el formato establecido en el anejo 2 de la circular y separado de los anteriores) las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables, en su caso, a los descubiertos, los cuales, en este caso, serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esta naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. En particular, las entidades harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la LCCC⁵⁷.

c. Tipos de cambio.
Información al público

En primer lugar, debemos empezar señalando que la operativa con divisas está liberalizada en España. Es decir, los tipos de cambio son libres y pueden cambiar en cualquier momento, no teniendo las entidades obligación alguna de aplicar los tipos de cambio oficiales. Esto es, las entidades de crédito y los establecimientos de cambio de moneda pueden aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de aplicar los tipos que ha publicado para operaciones inferiores a 3.000 euros.

Por otra parte, existen unos tipos oficiales de cambios de divisas, publicados por el Banco Central Europeo en su web. La resolución del Banco de España por la que se hacen públicos esos cambios se publica, a su vez, en el *Boletín Oficial del Estado* (en el apartado «Otras disposiciones»). Estos tipos oficiales de cambio de divisas 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 aplicados por las entidades de crédito, que, como hemos indicado anteriormente, son libres.

Es frecuente también que las entidades publiquen tipos de cambio diferentes para las operaciones de cambio de divisa, por una parte, y para las de compraventa de billetes, por otra, debido a los mayores costes asociados a la manipulación del efectivo, que suponen estas últimas operaciones. Por otra parte, es habitual que las entidades pongan

57 En este sentido, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo —en vigor desde el 25 de septiembre de 2011 y aplicable a consumidores—, establece en su artículo 20.4 lo siguiente: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo [descubierto tácito] un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.»

tipos mínimos para las operaciones de compra y tipos máximos para las operaciones de venta, es decir, que pagan menos por comprar de lo que cobran por vender una determinada divisa o billete.

Asimismo, resulta pertinente mencionar la normativa de transparencia vigente a este respecto. Así, la Circular del Banco de España 5/2012 regula en su norma cuarta la información al público sobre tipos de cambio, y establece que:

- 1 Las entidades que realicen con su clientela operaciones de compraventa de divisas contra euros o de billetes extranjeros contra euros deberán publicar los tipos mínimos de compra y los máximos de venta, o, en su caso, los tipos únicos que aplicarán en operaciones de contado, cuando el importe de la compraventa no exceda de 3.000€.
- 2 La publicación de los tipos de cambio en la forma indicada se acompañará, cuando proceda, de la correspondiente a las comisiones y gastos que apliquen en las operaciones citadas, explicando el concepto al que responden cuando este no se derive de la propia denominación adoptada por la comisión.

d. Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos

En relación con las comunicaciones con los clientes, la orden de transparencia recoge en su artículo 8.1 que toda comunicación, en los términos previstos por la normativa correspondiente, referida a cualquiera de los servicios bancarios deberá:

Comunicaciones a clientes.
Requisitos

- a) reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios;
- b) no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes a este;
- c) resultar suficiente para que el destinatario más habitual de aquella comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y
- d) no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.

Documentos de liquidación.
Requisitos y modelos normalizados

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo 8 establece que las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios (en este caso en particular, nos referimos a los depósitos) un documento de liquidación, en el que se expresarán con claridad y exactitud:

- a) El tipo de interés nominal aplicado en el período ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el período que se inicia.
- b) Las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo.
- c) Cualquier otro gasto incluido en la liquidación.
- d) Los impuestos retenidos.
- e) Y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

Asimismo, en los casos establecidos en la Circular del Banco de España 5/2012, deberá igualmente reflejarse el rendimiento (o coste, cuando se trate de operaciones de activo) efectivo remanente de la operación, conforme a las indicaciones que aquel establezca; de tal manera que en el caso de liquidaciones de depósitos a plazo con pago de intereses periódicos se indicará el rendimiento efectivo remanente (RER).

La Circular del Banco de España 5/2012 ha establecido los modelos normalizados de liquidaciones, en su norma undécima en relación con el anejo 4, de obligada entrega desde el pasado 1 de julio de 2013. Hasta dicha fecha, y de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la circular, las comunicaciones a clientes sobre liquidaciones de intereses y comisiones se ajustarán a lo dispuesto en la Circular del Banco de España 8/1990, en su anejo VI.

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.

En relación con dichos documentos de liquidación y con las eventuales obligaciones de remisión periódica de información, se hará una referencia específica en los apartados correspondientes de las cuentas a la vista y en el de los depósitos a plazo, para ver las particularidades en uno y otro caso y según el tipo de cuenta de que se trate.

Modelo de documento-resumen
anual de comisiones e intereses

Con efectos desde enero de 2014 —esto es, fuera del ámbito temporal cuyo contenido abarca la presente Memoria, por lo que durante aquel no han existido controversias al efecto—, las entidades deben remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior, debiendo ajustarse dicha comunicación al modelo establecido en el anejo 5 de la circular (modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses).

En el caso de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares), dicho documento debe comunicarse de forma individualizada a cada uno de ellos, en lo que respecta a las operaciones que les afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación. No obstante, en cada producto en el que haya más de un titular se debe indicar el número total de cotitulares.

e. Publicidad de los depósitos

La orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios recoge en su artículo 5 que «toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y en la Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios».

Además, específicamente en relación con los depósitos, el artículo 17 (publicidad y documentación contractual) preceptúa que la publicidad realizada por las entidades de crédito para la comercialización de depósitos deberá incluir una referencia al fondo de garantía de depósitos al que se encuentra adherida la entidad, cuando este sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

Ante determinadas reclamaciones en las que la parte reclamante pretende que este DCMR emita un pronunciamiento acerca del alcance de determinadas campañas comerciales abordadas por las entidades referidas a las condiciones aplicables a ciertos depósitos, y, en definitiva, que interprete los términos en los que se hallan redactadas, en orden a determinar la eventual existencia de un incumplimiento de las condiciones recogidas en la publicidad cuestionada (con relación de forma específica a la rentabilidad que recoge, a los regalos ofrecidos, a las comisiones u otras similares), procede señalar:

- En relación con el contenido de los anuncios publicitarios de los depósitos, conforme se establece en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y en la Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa. Además, recoge que la publicidad que realicen las entidades de crédito sobre depósitos y créditos en los que se aluda explícitamente a su coste o rentabilidad para el público deberá expresar su coste o rendimiento en términos de TAE; y que cuando la publicidad de una entidad de crédito englobe cualquier tipo de oferta de operaciones, productos o servicios que han de ser realizados por otra empresa, deberá contener la mención expresa de esta empresa. El Banco de España tendrá la potestad administrativa de requerir la cesación o rectificación de la publicidad que no se ajuste a la normativa reguladora de los productos y servicios bancarios a los que se refiere la orden o a lo dispuesto en ella.
- Por el contrario, de estimarse que las propagandas cuestionadas pudieran hallarse, en su caso, incardinadas en los supuestos previstos por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE del 15), General de Publicidad, la cual en su artículo 3 determina lo que constituye publicidad ilícita, incluyendo «la publicidad engañosa»; y conforme a lo establecido en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la controversia deberá dirimirse ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, para que conozcan sobre la naturaleza de la publicidad ofertada y, en su caso, se pronuncien sobre su ilicitud y sobre los efectos derivados de tal declaración.

De esta manera, el cambio de enfoque con la orden y la circular de 2010 supone la desaparición de la autorización previa ante el Banco de España, pasando a una supervisión *a posteriori*, y se extiende el ámbito de aplicación a toda la publicidad sobre servicios bancarios (no solo cuando se haga referencia a su rentabilidad o coste).

Aparte de lo anterior, se ha de recordar que la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012 regula la información pública sobre tipos de interés y comisiones, en la forma ya expuesta.

4.2.3 DEPÓSITOS A LA VISTA

a. Cuestiones generales

El contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato mixto, ya que participa de elementos del mandato o la gestión de negocios ajenos, en cuanto que el banco se obliga a prestar un servicio de caja realizando operaciones de pago y cobros por cuenta y en interés de su cliente, y también de elementos propios del contrato de cuenta corriente mercantil, pues el resultado de todas las operaciones se traduce contablemente en una cuenta corriente. No obstante, ofrece un carácter autónomo y diferenciado respecto de este

último, pues la cuenta corriente bancaria nace de un depósito irregular y unilateral, sin que suponga una mutua concesión de crédito entre los contratantes, y tampoco produce la indisponibilidad de los créditos anotados hasta que llegue el momento de su cierre, pudiendo el cliente disponer en cualquier momento de las sumas en que consista su crédito, las cuales se compensan automáticamente con las deudas reflejadas en la cuenta. Como consecuencia de ello, el saldo resultante de la cuenta es fruto de la compensación entre los activos y pasivos de las partes, resultando en un crédito exigible en cada momento, bien a favor del cuentacorrentista, bien a favor del banco, siendo facultad de ambas partes dar por terminado el contrato, mediante la cancelación unilateral de la cuenta.

El servicio de caja es la causa del contrato de cuenta corriente bancaria, además de ser privativo y exclusivo de ella. Así, el contenido que lo define está relacionado con el servicio de caja, correspondiendo a los usos bancarios fijar en cada momento en qué se concreta, variando dicho contenido según las entidades han ido aumentando sus servicios al cliente, ya que desde el inicial servicio de ventanilla, en el que el cliente dispone por sí o por un tercero de su cuenta, mediante la negociación de cheques, se ha pasado a una etapa intermedia en la que se utiliza como medio de domiciliación de títulos-valores o de simples recibos, y, posteriormente, las tarjetas han sustituido en gran medida el servicio de ventanilla.

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, cuyo objeto es la regulación de los servicios de pago que detalla y que se presten en territorio español, define a efectos de aquella como «cuenta de pago» «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 a la cuenta a la vista bancaria (bajo la forma tanto de cuenta corriente como de libreta de ahorros con carácter general), en la que se practican diversos adeudos (ordenante) y abonos (beneficiario).

La norma regula también la información requerida en las operaciones de pago, la cual deberá ser proporcionada a las necesidades de los usuarios y comunicarse de modo normalizado, siendo diferentes los requisitos en materia de información aplicables a una operación de pago individual de los aplicables a un contrato marco que contemple una sucesión de operaciones de pago (como sería el caso del contrato de cuenta corriente bancaria o, en terminología de la regulación de los servicios de pago, de un contrato marco de una cuenta de pago; si existe una cuenta de pago, se requiere un contrato marco).

Además de ello, cada cuenta de pago deberá ir asociada a un «identificador único», que se define en la ley como una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, y que este deberá proporcionar al otro usuario del servicio de pago a fin de identificar de forma inequívoca su cuenta de pago, al otro usuario, o a ambos.

De esta manera, la cuenta corriente es un producto que permite ingresar dinero en la entidad, quedando esta obligada a su devolución en cualquier momento en que lo solicite su titular. Por lo general, aunque no siempre, la entidad ofrece al cliente una remuneración o tipo de interés por el dinero depositado, y suele cobrar una comisión por alguna de las operaciones de este «servicio de caja», si bien a veces lo hace gratuitamente.

Finalmente, el contrato de cuenta corriente puede establecerse para un tiempo determinado, si bien ello es excepcional, pues, al estar basado, como contrato de comisión, en la

mutua confianza, en prácticamente todos los contratos de este tipo y en los formularios bancarios relativos a la apertura de la cuenta corriente se suele establecer que tiene una duración indefinida, con facultad por ambas partes de darlo por terminado en cualquier momento, debiendo seguir para ello el procedimiento establecido en el contrato, que debe respetar en todo caso lo establecido en la normativa de aplicación.

Lo anterior es, de forma resumida, lo que pormenorizadamente se verá a continuación.

b. Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia

La apertura de una cuenta requiere el consentimiento expreso de todos los titulares, y la aceptación de las condiciones por las partes que lo formalizan, siempre dentro del principio fundamental de la libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, y sin perjuicio de esta, la normativa de aplicación establece una serie de requerimientos que las entidades deben observar, en relación tanto con la información previa como con el contenido del contrato, toda vez que, como aquella indica, el proveedor de servicios de pago debe facilitar al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que se fijen en desarrollo de la LSP (artículo 18 de la LSP), si bien teniendo en cuenta que la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información establecidos recaerá en todo caso sobre la entidad (artículo 20 de la LSP).

Explicaciones adecuadas e información precontractual

Estos son dos de los elementos esenciales que en la nueva normativa se configuran como elementos esenciales de la información que se ha de prestar a los clientes con carácter previo a la contratación de las cuentas, pero no son los únicos, pues también pertenecen a dicha fase tanto la información pública sobre los tipos de interés y comisiones como la publicidad sobre los depósitos, cuestiones que ya han sido expuestas en los puntos anteriores (4.2.2.b, c y e).

Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Ni la orden ni la circular de transparencia exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas, si bien tampoco la excluyen. Así, las «explicaciones adecuadas», según están concebidas en la orden y en la circular, se facilitarán normalmente de forma verbal durante el proceso de comercialización, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.

La Circular del Banco de España 5/2012 establece en su norma quinta (en relación con la norma 9 de la orden) que las entidades deben facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado. La norma se refiere posteriormente a algunos casos particulares de operaciones en las que pueda ser preciso hacer hincapié en determinados aspectos, pero no alude en concreto de forma específica a cuestiones relacionadas con las cuentas a la vista. En estos casos, este DCMR considera que dichas explicaciones deben extenderse en particular a aquellos casos en que en la apertura de la cuenta se ofrecen determinados premios o regalos, vinculados o no a la realización en la cuenta de determinadas operaciones, así como a los costes asociados (por los diferentes tipos de comisiones que se han de soportar, en su caso) y a su remuneración, forma de disponer del saldo y limitaciones establecidas al respecto, entre otras.

Información precontractual

La OSP, en su artículo 11 —que se refiere a la información general previa a la celebración de un contrato marco—, ha dado rango normativo a la exigencia de entrega de informa-

ción previa para este tipo de servicios, al exigir a las entidades que faciliten, en papel o en otro soporte duradero, la información y condiciones que deben figurar en los contratos con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por ellos, y en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible. Si el contrato se ha celebrado a través de un medio de comunicación a distancia que no permita a la entidad cumplir con la obligación indicada, habrá de hacerlo inmediatamente después de la celebración del contrato marco.

Además de lo anterior, la normativa general de transparencia consagra la exigencia de entrega de la correspondiente información precontractual, introducida inicialmente por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁵⁸. Así, la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012 regula la específica información precontractual exigible, señalando que las entidades deben 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. Añade que esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa. Especifica que, cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez.

Por otra parte, 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 —ofreciéndose al cliente, de forma igualmente gratuita, una vez proporcionada dicha información, la posibilidad de desistir de la operación—, y detallando el apartado 2.1 de dicha norma el contenido mínimo de dicha información precontractual en el caso de los depósitos a la vista o de ahorro. Así:

- Debe resaltarse (norma séptima en relación con el anejo 3) la duración del contrato, la circunstancia de que la retribución ofrecida por el depósito se condiciona a la contratación o uso de uno a varios servicios accesorios, así como cada uno de estos servicios, en su caso la TAE (solo cuando la remuneración supere el 1 %), y cuando el fondo de garantía de depósitos al que se encuentra adherida la entidad sea distinto al previsto en el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, se resaltará esta circunstancia, así como, entre otras cuestiones, su denominación.
- También se indicarán las circunstancias en que su titular podrá disponer del saldo, la forma en que podrá realizar los ingresos y, en general, las operaciones de pago que se pueden llevar a cabo en la cuenta —y si conjuntamente se ofrecen determinados servicios asociados, tales como tarjeta de débito, talonarios de cheques u otros instrumentos de pago—, todas las comisiones o gastos de cualquier naturaleza, la retribución que devengue con todas sus características; si la retribución ofrecida consiste total o parcialmente en la entrega de un bien, se identificará con claridad y se indicará el valor que se le atribuye; en los contratos de duración indefinida, los derechos que corres-

⁵⁸ Su artículo 29, apartado 1, establece: «[...] las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.»

pondan a las partes en orden a su resolución, así como el procedimiento al que deban ajustarse las modificaciones contractuales; y el fondo de garantía de depósitos al que se encuentra adherida la entidad y el importe máximo garantizado.

Tanto la OSP como la circular señalan que la obligación de facilitar información previa a la contratación se podrá cumplir proporcionando al interesado una copia del borrador del contrato marco, que incluya los requerimientos que se indicarán en el apartado relativo a la contratación (véase apartado siguiente).

Formalización de contrato. Contenido

Contenido del contrato

Los contratos bancarios se encontraban sometidos fundamentalmente al principio de autonomía privada, de tal forma que se regían por lo previsto en el Código Civil, en el Código de Comercio y en algunas leyes especiales. Con la normativa que se ha aprobado desde 2009 se ha establecido una detallada regulación de su contenido mínimo, por lo que el principio fundamental de autonomía de la voluntad solo entraría en juego tras respetar el contenido mínimo que establecen las normas (y que es bastante detallado).

En el caso particular que nos ocupa, de los depósitos a la vista, el régimen de transparencia se recoge en la Orden EHA/1608/2010 (OSP), al que se remite expresamente la norma octava de la circular, que contempla en su artículo 12 el contenido mínimo que ha de tener este tipo de contratos cuando el cliente sea un consumidor o cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen. Nos remitimos aquí, por su extensión, a dicho artículo, si bien, de forma resumida, aquel debe contener los datos esenciales sobre:

- El proveedor de servicios de pago, es decir, la entidad contratante.
- La utilización de la cuenta, con descripción de sus principales características, la especificación del identificador único que el usuario ha de facilitar para la correcta ejecución de las órdenes de pago que pretenda realizar.
- Los gastos y comisiones que debe abonar el titular, con su desglose y, en su caso, los tipos de interés y de cambio que se aplicarán.
- La forma en que debe facilitarse o ponerse a disposición la información sobre la operativa desarrollada prevista y la frecuencia de dicha información.
- Sobre las responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución, la forma y plazo de comunicación de las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas de forma incorrecta, requisitos para la devolución.
- Sobre modificaciones contractuales y rescisión del contrato marco.
- Sobre la ley aplicable y los procedimientos de reclamación.

Además, de conformidad con el artículo 17.2 de la orden y el apartado 2.e) de la norma décima de la circular, deberán incluir una referencia al fondo de garantía de depósitos al que se encuentra adherida la entidad, indicando, cuando sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito, su denominación debidamente traducida, su domicilio y, en su caso, la página electrónica.

Las entidades deberán entregar al cliente el correspondiente ejemplar de documento contractual, conservarlo y ponerlo a su disposición, siempre que este lo solicite. El titular del contrato tendrá derecho, en definitiva, a recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales, en cualquier momento de la relación contractual.

En relación con esta cuestión, se han emitido pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades reclamadas por incumplimiento de la normativa de transparencia cuando no se acredita que han formalizado debidamente el contrato, o cuando este no contiene las menciones necesarias.

Cuentas en divisas

Este DCMR estima que en estos casos las entidades deben velar por que el contenido de los contratos formalizados se adapten a lo establecido en la normativa de servicios de pago en relación con su utilización, de tal forma que se incluyan todas las menciones aludidas en el apartado anterior y, sobre todo, recoger las particulares condiciones de estas cuentas en cuanto a la forma de disposición de su importe y los costes que ello podría suponer, según la modalidad de reembolso elegida (transferencia, obtención de billetes de esa moneda, conversión a otras divisas). Véase más adelante (apartado 5.2.3.c, Liquidación de la cuenta. Cobro de comisiones. Casuística) a este respecto la comisión de manipulación.

Se han analizado recientemente por parte de este DCMR contratos —formalizados ya bajo la vigencia de la normativa de servicios de pago— que no cumplían dichos requisitos informativos al no recoger las particularidades de dichas cuentas en relación con los posibles costes en que se podría incurrir al llevar a cabo la disposición de los fondos, sino tan solo aspectos generales de las cuentas corrientes.

Integridad de los contratos

Las entidades deben asegurarse de la integridad de los contratos que suscriben con sus clientes, de modo que contemplen y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación. De no ser así, las buenas prácticas exigen que, en el momento de constatarse la ausencia de un preciso pacto contractual, las entidades deberán tratar de llegar a un acuerdo con sus clientes para que estos presten su consentimiento a alguna de las posibles formas de actuación en esos casos.

Oscuridad de las cláusulas

El artículo 1288 del Código Civil establece que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

Por su parte, 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 tribunales de justicia), el DCMR considera que la actuación de las entidades de acuerdo con las interpretaciones de los contratos que le resulten más favorables, sin haber tratado de llegar a un acuerdo previo con sus titulares sobre el alcance de lo pactado, debe considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias.

Adaptación de los contratos
(formalizados antes de la normativa
de servicios de pago)

Lo expuesto en este apartado en relación con el contenido de los contratos de cuentas a la vista se refiere a los que se formalicen partir de la entrada en vigor de la nueva normativa (que, como se ha indicado anteriormente, para la LSP fue el 4 de diciembre de 2009 y para la OSP fue el 8 de julio de 2010). Para los ya vigentes, como contratos de duración indefinida que normalmente suelen ser, hay que tener en cuenta lo establecido en la disposición transitoria tercera de la LSP, al señalar que los contratos que las entidades de crédito tengan suscritos con su clientela, para la regulación de las condiciones en las que ha de tener lugar la prestación de los servicios de pago, seguirán siendo válidos una vez entre en vigor, sin perjuicio de la aplicación, a partir de dicho momento, y en caso de que la contraparte sea una persona física, de las condiciones más favorables para el cliente que puedan derivarse de sus normas.

Además, señala un plazo de adaptación de los contratos de este tipo a los preceptos de la ley, de 12 meses contados desde la fecha de su entrada en vigor. Para ello, continúa indicando la disposición transitoria tercera, «las entidades remitirán a sus clientes, a través del medio de comunicación pactado, las modificaciones contractuales derivadas de la aplicación de esta ley y su normativa de desarrollo, a fin de que puedan otorgar su consentimiento a los cambios introducidos. Este consentimiento se considerará tácitamente concedido si, transcurridos tres meses desde la recepción de la comunicación, el cliente no hubiera manifestado su oposición a dichos cambios. Igual presunción cabrá si el cliente solicitara, transcurrido un mes desde aquella recepción, un nuevo servicio amparado en dicho contrato [...]». Finalmente, el párrafo 2 indica que «cuando el cliente muestre su disconformidad con las nuevas condiciones establecidas, podrá resolver, sin coste alguno a su cargo, los contratos hasta entonces vigentes».

Por su parte, la OSP, en su disposición transitoria única (régimen transitorio de los contratos marco), establece que, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria de la ley, las disposiciones relativas a la transparencia de los contratos marco que los proveedores de servicios de pago tengan suscritos con su clientela a la fecha de entrada en vigor de la orden ministerial seguirán siendo válidas una vez entre en vigor aquella, sin perjuicio de la aplicación, a partir de ese momento, cuando la contraparte sea una persona física, de las condiciones más favorables para el cliente que puedan derivarse de sus normas. Con independencia de ello, las disposiciones a las que se refiere dicho apartado deberán haberse adaptado a lo previsto en la orden antes del 5 de diciembre de 2010, siguiendo el mismo procedimiento que se establece en la ley.

Es esencial la realización de dichas comunicaciones por parte de las entidades a sus clientes, así como su debida acreditación ante este DCMR. De esta manera, cuando se han planteado controversias sobre este tipo de contratos de cuentas a la vista (cuentas corrientes o de ahorro), se ha concluido, caso de no haberse acreditado dichas comunicaciones, que el proceder de la entidad se apartó de la normativa de transparencia. Además, es necesario recordar que, en el supuesto de clientes personas físicas, las condiciones más favorables recogidas en dichas normas serán aplicables desde su entrada en vigor, al margen de que se haya comunicado o no dicha adaptación.

Entrega de documento contractual
y conservación de documentos

Las entidades están obligadas a entregar al cliente copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, y a conservar copia del contrato firmada por aquel, debiendo poner a disposición del cliente copia del contrato siempre que este lo solicite (artículos 12 y 13 de la OSP, en relación también con el 20 de la LSP).

Además, deben conservarlo no solo durante el tiempo previsto por la normativa mercantil (seis años, según el artículo 30 del Código de Comercio), sino durante el plazo de prescripción de las acciones civiles.

En efecto, este DCMR entiende, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, que las entidades han de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción (15 años para las acciones personales, en virtud del artículo 1964 del Código Civil o el plazo previsto por las normas forales), puedan resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas (sentencias n.º 277/2006, de 24 de marzo, y n.º 1046/2001, de 14 de noviembre).

Consecuencia de lo hasta aquí dicho es que, cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos, son las entidades las que deben acreditar que sus clientes las conocían y/o aceptaron (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...). Y, en este sentido, la misma Ley 16/2009, de servicios de pago, expresamente hace recaer en la entidad la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información que le son legalmente exigidos (artículo 20). Por ello, en los casos en los que no se ha acreditado debidamente ante este DCMR la debida formalización de los contratos, se ha concluido, a la luz de las buenas prácticas bancarias, bien que estos no se formalizaron, bien falta de la debida diligencia en la custodia de documentos justificativos de las relaciones jurídicas mantenidas con sus clientes, bien falta de colaboración con el propio DCMR.

Además, la necesaria acreditación debe facilitarse tan pronto como la soliciten sus clientes, pues no se considera una buena práctica bancaria demorar la respuesta hasta que se plantee reclamación ante este DCMR, pues en tales casos la actuación de la entidad podría interpretarse como un ejemplo de desinterés hacia sus clientes, que contradice los principios de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las partes.

c. Vida. Operativa
y funcionamiento
de la cuenta

La LSP recoge los conceptos de operación, servicio e instrumento de pago, los cuales serán el origen de los diversos apuntes que se den en una cuenta, aparte de los derivados de la repercusión de comisiones, intereses, gastos, etc.

A continuación se detallan algunos de los supuestos que han dado lugar a reclamaciones a lo largo de 2013 en relación con los apuntes practicados por distintos conceptos en las cuentas de los clientes.

Disposición de fondos. Posibles
incidencias

El titular de un depósito de dinero efectuado en una entidad de crédito es acreedor de esta en cuanto al saldo resultante, pudiendo disponer de los fondos por los medios expresamente acordados en el contrato, debiendo incorporar, no obstante, estas disposiciones la autorización del interesado como manifestación de su voluntad dispositiva.

Autorización de operaciones

Así, de conformidad con la LSP (artículo 25), las operaciones de pago se considerarán autorizadas cuando el ordenante haya dado su consentimiento para su ejecución. A falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada.

Generalizando lo anterior, cualquier anotación en cuenta debe realizarse con el preceptivo consentimiento de su titular, por lo que, antes de proceder a efectuar un apunte, las enti-

dades tienen que verificar que el titular lo haya autorizado expresamente o comprobar que disponen de una autorización para el adeudo de documentos específicos de cobro de determinada entidad emisora y concepto.

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.

Además, en el caso de la prestación de consentimiento a operaciones de pago por el usuario en el ámbito de la banca electrónica, se ha de acreditar con carácter previo que el cliente tenga firmado, además del específico de la cuenta, un contrato de adhesión a los servicios de banca electrónica (tanto a través de Internet como por teléfono). Lo habitual en estos casos es que el cliente tenga que autenticar la operación mediante la introducción de unas claves facilitadas por la entidad.

En cualquier caso, en la medida en que la actuación solicitada va a tener trascendencia jurídica tanto para el cliente como para terceros, las entidades deben poder acreditar fehacientemente el consentimiento de sus clientes y los exactos términos de sus instrucciones en los casos en que se planteen discrepancias sobre ellos.

Autorizados en cuenta

La disposición de los fondos depositados en una cuenta corresponde, con carácter general, a su titular, por sí mismo o por su representante legal, si careciese de capacidad de obrar. Pero también puede existir el supuesto de representación voluntaria (los autorizados o «firmas autorizadas», en terminología bancaria).

Los autorizados son las personas a las que los titulares autorizan para que, en su nombre y representación, puedan disponer, sin limitación, del saldo existente en la cuenta, pudiendo a tal fin firmar los cheques, reintegros y cuantos documentos sean necesarios. Por el contrario, no están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni realizar disposiciones contra la cuenta tras el fallecimiento del titular, por extinción del mandato.

En cualquier caso, es esencial estar al contenido y extensión de la autorización que se firma, de tal forma que, en principio, y salvo acreditación en contrario, los poderes dispositivos de las personas autorizadas se suelen asimilar a los que tiene el propio titular, recogándose en el contenido de algunos contratos que se han aportado a los expedientes que han sido resueltos que podrán disponer de los fondos existentes, incluso en descubierto.

Por ello, y dadas las controversias que se pueden plantear en esta cuestión, por lo que supone una apertura de crédito de la que deberá responder no el autorizado sino el titular o titulares de la cuenta, es conveniente que los contratos de cuenta que incluyen autorizados recojan de forma clara tanto la extensión de la autorización como las operaciones de pago o instrumentos de pago que dicho autorizado podrá utilizar para llevar a cabo las disposiciones. Sin embargo, y como se ha indicado, salvo que conste lo contrario, en el supuesto de autorizaciones generales, el autorizado puede llevar a cabo disposiciones con la misma amplitud que el titular o titulares.

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 en las llamadas «fichas de reconocimiento de firmas» o en los correspondientes registros de firmas, cuya finalidad es permitir a cualquier empleado de la entidad realizar las comprobaciones oportunas que eviten disposiciones de fondos fraudulentas. En la práctica bancaria, al tratarse de un problema que se suscita frecuentemente, algunos formularios bancarios suelen contener previsiones en este sentido.

Si la cuenta es mancomunada o conjunta, la designación del autorizado podrá ser realizada por cualquiera de los cotitulares, lo cual no supondrá ningún perjuicio para el resto, pues sin ellos el autorizado no podrá disponer de la cuenta. En las cuentas de titularidad indistinta o solidaria, en cambio, dependerá de lo pactado en el contrato de cuenta. A falta de previsión contractual en contrario, se entiende que la solidaridad activa que se establece para disponer parte de una confianza *intuitu personae*, que no podría hacerse extensiva a un autorizado por uno de ellos, por lo que se precisaría el consentimiento de todos los titulares. Por ello, en estos casos se considera necesario que, en aras de la transparencia que debe presidir la actuación de la entidad con sus clientes y en defensa de sus intereses, si uno de los cotitulares confiere una autorización sin contar con el resto, la entidad informe de modo fehaciente a los otros cotitulares para que puedan obrar en consecuencia, esto es, prestando su consentimiento —tácito o expreso— al nombramiento o mostrando su disconformidad con este, rompiendo el vínculo contractual que les unía con el otro cotitular.

En cuanto a su revocación, sea la cuenta indistinta o mancomunada, bastaría con que cualquiera de los titulares manifestase por escrito al banco su voluntad en ese sentido para que la revocación sea operativa.

El mandato se extingue por la muerte del poderdante, de tal forma que, ante el fallecimiento de la persona que ha apoderado a otra para llevar a cabo disposiciones en su cuenta, el autorizado ya no podría seguir realizándolas. No obstante, hay que tener presente que, para valorar y calificar la actuación de la entidad en los casos en los que se denuncia, por parte de los herederos del titular de la cuenta, la realización de disposiciones indebidas por haber sido realizadas por el autorizado con posterioridad al fallecimiento del poderdante, es fundamental tener acreditado el momento en que la entidad tuvo conocimiento de dicho fallecimiento, pues es posible que fuera desconocedora de la extinción del mandato por dicha circunstancia, por lo que no siempre en estos supuestos se considerará el proceder de la entidad apartado de las buenas prácticas bancarias.

Además, en relación con la extinción del mandato, y salvo que se pueda acreditar que el autorizado lo era tan solo del titular fallecido, el fallecimiento de uno de los cotitulares en una cuenta indistinta no extingue la autorización, si no consta que el resto de los titulares la ha revocado de forma expresa ante la circunstancia del fallecimiento.

La existencia de autorizados a disponer puede suscitar las siguientes cuestiones, según se ha verificado a lo largo del ejercicio objeto de esta Memoria:

- Extensión de sus facultades de actuación: en general, la amplitud o limitación de las facultades del autorizado dependerá del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta en la misma forma que el titular.

- Revocación de la autorización: en cualquier momento puede el titular de la cuenta anular la autorización dada, con el único requisito de comunicarlo a la entidad. Resulta aconsejable que quede constancia escrita de la orden de revocación, para que exista certeza del momento en que el autorizado deja de poder disponer legítimamente de la cuenta. Si la cuenta es solidaria o indistinta, bastaría con las instrucciones de uno solo de los cotitulares, salvo que en el contrato se prevea otra cosa.
- Derecho de información del autorizado. Este caso es muy habitual en comunidades de bienes, en las que este DCMR entiende que una cosa son los actos de apertura, disposición y cierre de la cuenta (que, obviamente, requieren el concurso y consentimiento de los representantes de la comunidad de bienes según el régimen acordado contractualmente) y otra cosa bien distinta es que, sin justificarse documentalmente que la condición de autorizado se restringiera en el momento de otorgarse, o con posterioridad, a la mera disposición de fondos, cualquier acto relacionado con la comunidad, sea del tipo que fuere y aunque no tenga consecuencias jurídico-patrimoniales para aquella, como es la petición de información sobre los movimientos existentes en la cuenta, tenga que venir refrendado por el conjunto de firmas preciso para la movilización de fondos.
- Facultad para utilizar medios de disposición que conlleven un mayor riesgo de reintegro fraudulento de los fondos (tarjetas de crédito y banca por Internet). En estos casos es conveniente recabar el consentimiento del titular de la cuenta, mediante la firma del correspondiente documento contractual, o al menos ponerlo en su conocimiento para que pueda actuar de la forma que considere defienda mejor sus intereses, esto es, aceptando la utilización de ese nuevo canal por el autorizado —de manera expresa o tácita— o condicionando su nombramiento a que no opere a través de estos canales.

Cuestión distinta de la existencia de autorizados para disponer se plantea cuando uno de los titulares (o el titular) de la cuenta ha apoderado a una persona para la realización de diversos actos de administración con carácter general. En tal supuesto, este DCMR considera que la exhibición de ese poder general no sería suficiente para que la entidad permitiera disponer de los fondos de una determinada cuenta corriente, pues para ello sería preciso que se diera también una específica autorización para disponer de la cuenta (en la forma habitual que se emplea para los autorizados en cuenta), o bien que el poder general identificara de forma específica la concreta cuenta sobre la que se podían llevar a cabo los actos de disposición. No obstante, de darse este último supuesto, este DCMR no consideraría que concurre una mala práctica bancaria si la entidad invocara razones de seguridad para, por ejemplo, verificar la vigencia de ese poder o adoptar cualesquiera otras cautelas que estimara convenientes en orden a verificar que entrega los fondos a persona con poder para ello. De lo contrario, las entidades se encontrarían en tales supuestos ante la inseguridad, por ejemplo, de que dicho poder se mantuviera aún vigente o, por el contrario, hubiera sido revocado, extremo que no se encontrarían en condiciones de verificar.

1 Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta

Es criterio reiterado de este DCMR que, con carácter general, y salvo pacto contractual expreso, los clientes pueden solicitar el reintegro de sus fondos a la entidad en cualquiera de sus oficinas. Si aquella en la que lo solicitaran fuera diferente a la de apertura de su

cuenta, será preceptivo que, una vez se hayan identificado perfectamente empleando los medios habilitados al efecto, las entidades efectúen previamente las comprobaciones necesarias para asegurarse de que entregan los fondos legítimamente, ya que el principal interés tutelable en estos casos es el del propio titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición.

A la vista de lo anterior, este DCMR considera que, cuando las entidades no puedan acreditar (por el procedimiento que consideren oportuno) que existan dudas razonables acerca de la veracidad de la identificación de sus clientes, no parece ajustado a las buenas prácticas bancarias que se opongan a los reintegros solicitados alegando limitaciones recogidas en sus normas internas, establecidas únicamente por haberse ordenado el reintegro en una oficina distinta a la de origen de la cuenta.

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.

Se han planteado casos ante este DCMR por la negativa de alguna entidad a permitir el reintegro en efectivo en oficina distinta de la sucursal de la que es cliente el reclamante, a pesar de llevar su DNI, argumentando que por normas internas no puede disponer en metálico por no tener chequera, tarjeta o libreta. En tales supuestos, para la resolución de las controversias planteadas es esencial la acreditación por parte de las entidades de lo establecido en el contrato a estos efectos, pues, si bien se pueden establecer contractualmente limitaciones de ese tipo, estas deben ser en todo caso acreditadas, por lo que se han dado pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades reclamadas ante situaciones de este tipo por falta de justificación del contenido del contrato al respecto.

En relación con el posible cobro de comisiones en determinados supuestos de este tipo, véase el apartado «Liquidación de la cuenta. Cobro de comisiones. Casuística».

2 Restricción del importe en los reintegros de efectivo

Como ya hemos señalado anteriormente, los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en forma de cuentas corrientes bancarias u otras modalidades de depósitos a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares, cuando estos últimos disponen de tales fondos, utilizando alguno de los medios previstos en el contrato.

Tras la derogación del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero (BOE de 1 de febrero) por la Ley Orgánica n.º 1/1992, de 21 de febrero (BOE del 22), de seguridad ciudadana, no existe disposición alguna que limite los pagos en efectivo que realicen las entidades de crédito, debiendo estas, en consecuencia, atender, mediante billetes y monedas de curso legal, las órdenes de pago que cursen sus clientes con cargo a los fondos que tengan disponibles, sea cual sea el importe de estas, no existiendo, por otra parte, normativa alguna del Banco de España que establezca la obligación de comunicar con carácter previo a las entidades de crédito las disposiciones con cargo a las cuentas que excedan de una determinada cuantía.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, resulta obvio que, en determinados supuestos, puede perfectamente darse la circunstancia de que la entidad no disponga de efectivo

suficiente en caja para cumplir con estas órdenes, sobre todo si estas son de importante cuantía. En estos casos, en opinión del DCMR, la entidad debe informar a su cliente de la imposibilidad de hacer frente al pago que se le requiere, explicándole el motivo en el que se funda —insuficiencia de fondos en metálico—. Además, podrá intentar convencer a este para que retrase la disposición pretendida el tiempo necesario para conseguir el efectivo y, caso de no ser aceptado por su cliente, debe ofrecer al interesado medios sustitutivos de la entrega en efectivo —emisión de cheque bancario por parte de la entidad, transferencia, abono en cuenta, etc.— que permitan a aquel obtener el cobro sin que intervenga el dinero, debiendo ofrecerse estas alternativas, por supuesto, libres de gastos para el interesado, al no venir prestado el servicio por una solicitud específica de su cliente, sino en cumplimiento de una obligación que tiene asumida la entidad, por disposición legal o contractual —servicio de caja—.

3 Limitaciones en los canales que se utilicen para el reintegro (oficina, cajero...)

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Servicio de pago; en concreto, el apartado 5.3.6, Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja, punto f.

Ingresos en la cuenta. Posibles incidencias
Efectivo ingresado en una cuenta de pago

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Servicios de pago; en concreto, el apartado 4.3.6, Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja, punto b.

Ingresos en cajeros automáticos

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Servicios de pago; en concreto, el apartado 4.3.6, Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja, punto f.

Repercusión de comisiones por la realización de ingresos

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Servicios de pago; en concreto, el apartado 4.3.6, Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja, punto e.

Otras cuestiones y posibles incidencias en los apuntes en cuenta

Además de autorizadas o consentidas por el titular de la cuenta, las operaciones se habrán de ejecutar adecuadamente, según los términos pactados por la entidad con su cliente, por lo que se ha de diferenciar entre operación no autorizada y operación ejecutada incorrectamente (en el artículo 29 de la LSP se recoge que el cliente deberá notificar unas y otras a la entidad sin tardanza injustificada, y dentro del plazo máximo de trece meses desde el adeudo o el abono⁵⁹, a fin de obtener su rectificación. Cuando el usuario no sea un consumidor, se podrá pactar un plazo inferior).

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

En todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y de valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar sin demoras ni retrasos las órdenes de los clientes, empleando para ello la máxima diligencia. Igual diligencia será exigible en la corrección de los errores detectados, sea por la entidad o por sus clientes (artículo 13 de la orden).

Por ello, y si bien de la ley se deduce que la carga de verificar las operaciones se impone al cliente, el cual debe ser el primer interesado en llevar a cabo un control periódico de sus

⁵⁹ Dicho plazo resulta de aplicación salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago.

posiciones en la entidad, de lo anterior se ha de concluir que, si la entidad conoce en cualquier momento, por cualquier medio, que se han dado operaciones sobre la cuenta que no han sido consentidas o que no se han ejecutado correctamente, ha de proceder a su rectificación, pero preservando siempre la debida salvaguarda de los derechos y el deber de información para con las partes que puedan resultar afectadas.

De acuerdo con el criterio de este DCMR en casos similares, consideramos que los apuntes practicados en las cuentas corrientes bancarias y debidamente comunicados a su titular, frente a los cuales este último no manifiesta su disconformidad dentro de un plazo razonable, deben considerarse conformes por haber sido tácitamente aceptados, de forma que no queden sometidos indefinidamente a una situación de pendencia que colisiona con las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica.

*Fecha de ejecución
y de disponibilidad de los fondos
(fecha de valor)*

En la ejecución de órdenes de pago, hasta el 1 de enero de 2012 el cliente ordenante y la entidad podían acordar un plazo de hasta tres días hábiles para abonar en la cuenta de la entidad del beneficiario, que se reduciría a dos días si la operación se originó y recibió en España. En todo caso, podía prolongarse un día hábil más si la operación se inicia en papel.

Sin embargo, después de esa fecha, recibida una orden de pago en un día hábil (si el momento de la recepción no lo fuera, se considerará recibida el siguiente día hábil) para la entidad del ordenante, el abono de la operación en la cuenta de la entidad del beneficiario se producirá, como máximo, al final del día hábil siguiente —dos días si la operación se inicia en papel—, debiendo darse fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario en ese mismo día hábil, estando a disposición del beneficiario inmediatamente después.

A estos efectos, la entidad en la que tenga su cuenta el ordenante podrá establecer, poniéndolo en conocimiento de este, una hora máxima a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

Para las operaciones de pago que deban ejecutarse en una fecha específica o al final de un período determinado, o cuando el ordenante haya puesto fondos a disposición de su entidad, el momento de recepción de la orden será el día hábil acordado.

En el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, la fecha de valor y la disponibilidad de los abonos descritas solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta de la entidad.

No obstante, de no producirse el abono en firme, es decir, en caso de impago del documento, la entidad podrá resarcirse de la devolución por medio del correspondiente adeudado en la cuenta del cliente.

Divisa de la operación

Conforme a la OSP, los pagos se efectuarán en la divisa acordada por las partes.

Cuando, con anterioridad al comienzo de una operación de pago, se ofrezca un servicio de cambio de divisa, la parte que lo ofrece deberá informar al ordenante de todos los gastos, así como del tipo de cambio que se empleará para la conversión de la operación (artículo 3.2 de la OSP), debiendo prestar su consentimiento sobre el servicio de cambio de divisa en estas condiciones.

Las entidades que ofrezcan servicios de cambio de divisa con anterioridad al comienzo de una operación de pago establecerán y harán públicos en la forma establecida en la Circular del Banco de España 5/2012 (véase epígrafe 4.2.2.c, Tipos de cambio. Información al público) los tipos de cambio, comisiones y gastos aplicables a estas operaciones (artículo 3.3 de la OSP). Además de ello, en los correspondientes contratos marco deberán recogerse, como ya se ha indicado, los tipos de cambio que, en su caso, vayan a aplicarse, o si van a utilizarse tipos de cambio de referencia.

Limitaciones de los canales que se utilicen y de los horarios para realizar operaciones en las cuentas a la vista

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Servicios de pago; en concreto, el apartado 4.3.6, Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja, punto f.

Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente

Como consecuencia de la vinculación que une a las entidades con sus clientes titulares de depósitos a la vista, que se caracterizan principalmente por ser contratos de gestión, aquellas deben limitarse a cumplimentar las órdenes que estos puedan darle, bien sea de manera directa, concreta y específica, bien de forma genérica, en cuanto a la realización de cobros y pagos a terceros se refiere.

En tal sentido, el DCMR ha venido entendiendo que, para poder proceder legítimamente al adeudo de una cuenta, se precisa de forma ineludible, bien el consentimiento expreso de su titular o autorizado, bien una explícita previsión contractual o legal en tal sentido, o bien la existencia de mandato judicial.

Así, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 25 de la LSP ya citado en relación con la prestación del consentimiento, debemos hacer referencia a la responsabilidad de la entidad de depósito en el caso de las operaciones de pago no autorizadas. En estos supuestos, como se ha indicado anteriormente —de conformidad con el artículo 29 de la LSP—, el usuario de servicios de pago deberá notificar a la entidad la operación de pago no autorizada sin tardanza injustificada, y siempre dentro del plazo máximo de trece meses desde el adeudo o el abono, a fin de obtener su rectificación.

En tal caso, según establece el artículo 31 de la LSP, la entidad del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse autorizado dicha operación de pago no autorizada. No se precisa en la norma el plazo para llevar a cabo dicha devolución, pero en tales casos la entidad deberá estar en condiciones de aportar prueba de la existencia de la orden del cliente. De darse esta, la operación permanecerá, pues ha sido autorizada, y solo en caso de que la entidad no pueda aportar acreditación de dicha orden de disposición debería devolver el importe adeudado por el usuario.

En los casos de discrepancias entre las partes, en los que el cliente niega haber realizado una operación sobre una cuenta pese a que la entidad aporta la orden (del tipo que sea), en apariencia firmada por él, este DCMR no puede emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, pues solo se podrá dirimir la controversia ante los tribunales de justicia mediante la práctica de los medios de prueba que correspondan.

Adeudos para corregir abonos indebidos

1 Cargos por retribuciones en especie (regalos, etc.)

Véase respecto de esta cuestión lo indicado en el apartado Liquidación de la cuenta, en relación con las retribuciones en especie pactadas en algunas cuentas.

Son frecuentes las reclamaciones en las que titulares de cuentas discrepan con el cargo unilateral, como penalización, del precio estimado de una retribución en especie (un regalo promocional) cuando, de acuerdo con las condiciones del contrato, se han dejado de atender los requisitos exigidos para obtener aquella (por ejemplo, no se ha cumplido con el tiempo de fidelización). En esos casos, si bien este DCMR reconoce el derecho de las entidades a proceder al adeudo pactado, igualmente exige a estas una actuación diligente, de modo que el cargo se produzca inmediatamente después de conocida la incidencia, requiriendo en caso contrario que se informe de ello previamente al cliente.

Considera este DCMR que una actitud acorde con las buenas prácticas bancarias exige, por una parte, que las entidades aclaren y acrediten con exactitud cuáles eran los requisitos exigidos en la respectiva campaña de que se trate y que el reclamante no cumplía, justifiquen debidamente la previsión contractual sobre la forma de proceder en tales supuestos de incumplimiento y, finalmente, acrediten documentalmente las razones que existan para cargar en la cuenta de su cliente la penalización prevista en el contrato.

Y ello sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de transparencia en materia de publicidad por parte de la campaña, debiéndonos de remitir, a este respecto, a lo ya indicado en el apartado «Publicidad de los depósitos» anterior.

2 Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social

Las entidades financieras pagadoras de pensiones y otras prestaciones periódicas están en la obligación de comunicar a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengán satisfaciendo mediante abonos en cuenta. Ello se hace particularmente importante para las entidades de crédito en la medida en que estas devienen responsables de la devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) de las mensualidades que pudieran abonarse correspondientes al mes o meses siguientes al de la fecha de extinción, por fallecimiento, del derecho a la prestación de que se trate, sin perjuicio del derecho de la entidad financiera a repetir el importe de las prestaciones devueltas a la TGSS de quienes las hubieren percibido indebidamente. A la hora de remitir dichas comunicaciones, ninguna norma obliga a las entidades de crédito a hacerlo por un medio certificado, siendo lo habitual el hacerlo por correo ordinario.

Por lo expuesto, las entidades financieras deben establecer determinados procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la vivencia del pensionista, ya que, en caso contrario, puede ocurrir que la TGSS efectúe abonos a pensionistas fallecidos, que estos sean cobrados por personas a las que no corresponda su percepción y que la entidad deba responder de los importes indebidamente cobrados ante la TGSS. El establecimiento de dichos procedimientos supone una necesaria medida de prevención en la responsabilidad con la TGSS a que se refiere la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1996.

En efecto, la Orden de 22 de febrero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, establece en el apartado 1 de su artículo 17 («Pagos de pensiones y otras prestaciones económicas a través de entidades financieras») lo siguiente:

«1 Una vez elegida la entidad financiera o la agrupación o asociación de tales entidades pagadora de su prestación, los pensionistas y otros perceptores de

prestaciones económicas periódicas podrán optar entre el cobro directo por ventanilla o el abono en cuenta. En este último caso, la cuenta o libreta abierta al efecto podrá adoptar, a elección de la entidad financiera, alguna de las modalidades siguientes:

- a. Cuenta corriente o libreta de ahorro restringidas, de titularidad del perceptor y necesariamente individual, con la única finalidad del abono de la pensión y de disposición exclusiva por el titular.
- b. Cuenta corriente o libreta de ahorro ordinarias, de titularidad del perceptor, que podrá ser individual o conjunta, figurando el beneficiario o, en su caso, su representante legal como uno de sus titulares. En este supuesto, la entidad financiera deberá hacerse responsable de la devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social de las mensualidades que pudieran abonarse correspondientes al mes o meses siguientes al de la fecha de extinción, por fallecimiento, del derecho a la prestación de que se trate, sin perjuicio del derecho de la entidad financiera a repetir el importe de las prestaciones devueltas a la Tesorería General de la Seguridad Social de quienes las hubieren percibido indebidamente. Todo ello se entiende sin perjuicio asimismo del derecho de la Seguridad Social a descontar el importe de las prestaciones indebidamente percibidas o a exigir su reintegro directamente de quienes las hubieren percibido indebidamente en los términos establecidos con carácter general, con los efectos procedentes respecto de la entidad financiera que las hubiere devuelto a la Tesorería General.»

Además de lo anterior, nuestro criterio es que las medidas que impliquen restricciones a los derechos de los clientes (como el bloqueo de abonos que decide adoptar la entidad a consecuencia de no haber pasado el cliente el control de vivencia) deben no solo estar debidamente justificadas, sino también ser notificadas a los clientes antes de su adopción, al objeto de que no se les produzcan perjuicios de difícil subsanación.

Bloqueo de la cuenta

Con carácter general, para que las entidades procedan legítimamente al bloqueo o indisponibilidad de las cuentas de sus clientes se precisa necesariamente una autorización judicial, la conformidad de todos los titulares o la concurrencia de una causa debidamente justificada, circunstancias que en todo caso deberán ser debidamente acreditadas y advertidas a su titular.

Véase a estos efectos lo recogido en el apartado «Régimen de disponibilidad de las cuentas en relación con las cuentas plurales con régimen de disposición indistinto».

Algunos supuestos que se han analizado en relación con esta cuestión:

- Bloqueo ante la falta de entrega de la documentación identificativa requerida: la entidad, dentro de su discrecional política comercial, puede aceptar entablar relaciones comerciales con quienes se interesan por ello, en función de la documentación e información que sobre aquellos recabe a partir de las exigencias establecidas por el marco normativo y de sus normas de funcionamiento interno, y también puede decidir continuar o no la relación previamente establecida, siempre en función de lo convenido contractualmente y mediando la oportuna comunicación al titular en tal sentido con el plazo de preaviso estipulado. Lo

que no resulta admisible en buena práctica financiera es que, una vez establecida la relación comercial, ante la falta de entrega de la documentación pertinente, proceda a efectuar el bloqueo de las cuentas, con los consiguientes perjuicios a sus clientes, sin mediar la debida comunicación sobre la circunstancia del bloqueo y sus causas, reputándose la actuación de la entidad reclamada como poco diligente en la medida en que no acredite que llevó a cabo dicha notificación.

- Bloqueo de la cuenta, por existir discrepancias entre los cotitulares que hacían inviable su continuidad: si se hace sin avisar previamente a su cliente y sin adoptar las medidas cautelares necesarias, se emite un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada.

Compensación de cuentas

Por lo que se refiere a los traspasos por parte de las entidades entre cuentas para compensar los saldos deudores, hay que recordar, en primer lugar, que uno de los principios que, desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, debe regular la relación de la entidad 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 aquellas tiene la entidad. Siendo ello así, este DCMR entendía y sigue entendiendo que los contratos bancarios deben incorporar una cláusula que informe a los clientes, desde un primer momento, de la posibilidad de que sea aplicada a sus cuentas la controvertida compensación.

No obstante, en un principio, este DCMR vino considerando que esa información sobre la posibilidad de aplicar la compensación de saldos entre cuentas del mismo titular no se satisfacía, sin más, con la inclusión de una condición general en el contrato que así lo previera, siendo necesario que el cliente fuera informado de forma más específica sobre ello.

Ahora bien, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó, el 16 de diciembre de 2009, sentencia de resolución de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por varias entidades respecto a la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid dictada en grado de apelación, señalando en su exposición:

«[...] no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (artículo 1255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación *ad intra* con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente.»

Consecuentemente con esta sentencia, si bien se reitera la necesidad de que las partes conozcan el alcance de lo que contratan, no se infiere que sea preciso — más allá de una redacción transparente, clara, concreta y sencilla de las cláusulas en que se plasme este acuerdo— que esta información deba constar en un apartado distinto del que recoge las condiciones generales del contrato.

Nada obsta, pues, a que un contratante pacte expresamente con el banco que este pueda compensar los saldos positivos con los negativos de varias cuentas, así como a que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya una adecuada información al respecto. Caso distinto sería que la deuda correspondiera solo a parte de los cotitulares, pero no se hubieran comprometido todos ellos a responder solidariamente o a autorizar la compensación de las deudas de cualquiera de ellos entre los activos de los demás.

Para saber si la compensación está bien o mal operada, por tanto, hay que estar, pues, al contenido de las cláusulas contractuales de los respectivos contratos que en cada expediente se aporten.

Cuentas con varios titulares
o cuentas plurales

En la contratación bancaria se dan con bastante frecuencia relaciones obligatorias con una de las partes, integrada por varios sujetos. Este sería el caso de las cuentas plurales, en las que la titularidad corresponde a dos o más personas, sin que esto implique, por sí solo, que la propiedad de los fondos allí depositados pertenezca ni a todas ellas ni por partes iguales, ya que la propiedad viene determinada únicamente por los pactos internos establecidos por los titulares, con independencia de la titularidad plural de la cuenta. El contrato que los titulares suscriben con la entidad regula exclusivamente la titularidad de la cuenta o depósito, su régimen de disposición, con independencia de quién sea el propietario de los fondos que se ingresan.

Régimen de disposición

Esta titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición (caso de las cuentas a la vista), por lo que es recomendable 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 es una cuenta conjunta, por aplicación de las normas civiles para las obligaciones plurales establecidas en el artículo 1137 del Código Civil.

Cuentas indistintas o solidarias

Cuando una cuenta es indistinta o solidaria, cualquiera de los titulares puede disponer de la totalidad del saldo de aquella con su sola firma. Normalmente, la apertura de una cuenta indistinta responde a la existencia entre sus titulares de unas determinadas relaciones internas (familiares o de otra índole). Es evidente que estas relaciones internas solo producen efectos entre los titulares y no frente a la entidad de crédito, a la que no le afectan ni comprometen (hasta el punto de que en la mayoría de los casos la entidad ni siquiera conoce su contenido).

Por lo tanto, en principio, la cuenta se rige exclusivamente por el contrato que las partes han suscrito, existiendo una clara separación entre las relaciones contractuales de los titulares con la entidad de crédito y las relaciones extrañas al contrato que aquellos puedan tener en su esfera privada.

Cuentas mancomunadas
(o conjuntas)

Cuentas corrientes conjuntas o mancomunadas son aquellas en las que los titulares, aunque pueden efectuar ingresos en cuenta por sí solos, necesitan el consentimiento de todos los demás para poder efectuar reintegros u operaciones que disminuyan el saldo.

También pueden existir cuentas mancomunadas en las que para la disposición de fondos se pacte la firma de una pluralidad de titulares (por ejemplo, dos de tres). Las entidades de crédito deben procurar que no se produzca ninguna disposición de fondos sin que conste el consentimiento expreso de los titulares necesarios. En caso de no establecerse

previsión contractual alguna sobre el régimen de disposición al abrir una cuenta plural, debería entenderse que es una cuenta conjunta.

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

No hay duda de que, si la cuenta es mancomunada, para su transformación en indistinta constituye requisito necesario el consentimiento expreso de todos los titulares. Pero la controversia puede plantearse para el supuesto de transformación de la cuenta solidaria en mancomunada. También puede darse la hipótesis de que uno de los titulares de una cuenta abierta de forma indistinta solicite el bloqueo de la cuenta, entendido exclusivamente como una modificación del régimen de disposición de la cuenta, que pasa de indistinta a mancomunada.

En la práctica bancaria, pese a tratarse de un problema que se suscita frecuentemente, los formularios bancarios no suelen contener previsiones en este sentido. En los casos en que los contratos de cuenta indistintos no recogen la cláusula de modificación del régimen de disposición, se plantea el problema de quiénes deben consentir esos cambios del tipo de cuenta, esto es, si basta con que uno de los titulares comunique, en forma, a la entidad de crédito su oposición a que la cuenta siga funcionando de ese modo para que se transforme en mancomunada o si, por el contrario, debe considerarse válido el reintegro de los fondos a un titular que realice la entidad, pese al requerimiento de bloqueo formulado por otro titular (o sus herederos), mientras que no sea demandado judicialmente.

En principio, podría argumentarse que, siendo la transformación de la modalidad dispositiva una modificación del contrato, debe ser consentida por todas las partes, esto es, por la entidad de crédito y por todos los titulares del contrato.

Este planteamiento, no obstante, debe ser rechazado teniendo en cuenta que pueden existir circunstancias extraordinarias que, en su caso, podrían suspender, al menos temporalmente, la anterior regla. Así, cuando se presentan diferencias entre los titulares —por romperse la confianza o por producirse determinados eventos que justifican la suspensión del funcionamiento normal de la cuenta (separaciones o divorcios...)—, parece poco razonable forzar a un titular de la cuenta a realizar lo que no quiere (la retirada de fondos) cuando estaría dispuesto a conformarse con una solución menos gravosa para los demás titulares, consistente en bloquear la cuenta de modo que solo puedan disponer de ella conjuntamente y, mientras tanto, solventar las diferencias y hacer las liquidaciones pertinentes o, en último extremo, de no lograrse un acuerdo amistoso, que se resuelvan aquellas judicialmente.

Este DCMR mantiene que, en caso de discrepancias internas de los cotitulares indistintos que se traduzcan en instrucciones contradictorias, es preferible que las entidades adopten una postura neutral, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

En determinados casos, a juicio de este DCMR, la mejor manera de proteger los intereses de todos los titulares es no permitiendo que cobre todo el primero que lo solicite. Desde esta perspectiva, se impondría como solución cautelar más razonable el reconocer la libre revocabilidad de las facultades indistintas de disposición, siendo este el mejor y más prudente modo de atender los intereses de todas las partes cuando en situaciones conflictivas, de continuar intactas las facultades dispositivas de los titulares, pueden producirse consecuencias dañosas.

En resumen, y siempre salvo previsión contractual en contrario, debe entenderse que una actuación conforme a las buenas prácticas bancarias exige que la entidad de crédito, desde que reciba la comunicación de uno de los titulares de la cuenta (comunicación que deberá ser convenientemente acreditada) manifestando su oposición a que la cuenta siga funcionando de forma indistinta (o pida su bloqueo), no puede cumplimentar operación alguna que no venga ordenada por todos los titulares, que deben ser informados cuanto antes de la situación producida. Siendo una medida restrictiva de los derechos de los clientes, deberá adoptarse con una serie de cautelas, como el preaviso a todos los cotitulares.

Descubierto en cuentas indistintas

Véase también a este respecto el apartado «Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo».

Convenimos, pues, en que en las cuentas solidarias cualquiera de los cotitulares puede realizar actos de disposición del saldo de aquellas, a través de cualquiera de los medios disponibles para hacerlo (emisión de cheques o transferencias, domiciliación de recibos, uso de tarjetas, domiciliación de las cuotas derivadas de operaciones de activo, tales como préstamos hipotecarios o financiación al consumo). Ahora bien, cuestión diferente sería la facultad de cada uno de ellos para generar descubiertos en cuenta, y la responsabilidad del cotitular que no los ha provocado. Esta última, en particular —es decir, valorar si resulta o no ajustado a las buenas prácticas y usos financieros el que la entidad exija a un cotitular indistinto el descubierto que presenta la cuenta y que obedece a actos de disposición efectuados únicamente por el otro cotitular indistinto—, no resulta pacífica, al no haber sido objeto de un tratamiento uniforme, ni por parte de la doctrina, ni por parte de los tribunales de justicia.

Así, algunos autores y una de las líneas jurisprudenciales sostienen que cada uno de los cotitulares indistintos, según la confianza que tiene con el resto de cotitulares, puede actuar en relación con la cuenta como si fuera un único titular; de lo que se inferiría que cualquiera de los titulares se encontrarían facultados para emitir órdenes que supongan cargos en la cuenta sin ninguna limitación, por lo que, si el banco se aviene a cumplimentar dichas órdenes sin existir saldo suficiente para ello, todos serían responsables solidarios del descubierto (al margen de quién lo hubiera producido).

Esta corriente encuentra su apoyo, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1994, dictada, eso sí, en relación con un autorizado, facultando a este para producir descubiertos en la cuenta con su sola firma, por lo que, reconociéndosele dicha facultad al autorizado, resultaría extraño restringir esta a quien es titular de la cuenta.

Frente a ello, otros autores y líneas jurisprudenciales defienden que la responsabilidad solidaria de los titulares indistintos por los descubiertos en cuenta tiene como límite el que todos los titulares hayan consentido el descubierto, entendiéndose que, salvo que existiera un pacto expreso que así lo autorizase, un cotitular indistinto no puede por sí solo efectuar disposiciones colocando la cuenta en posiciones deudoras, a no ser que la disposición que motiva el cargo obedezca a una deuda de la que sean también responsables los demás titulares; por lo que, de no ser así, la deuda será personal de quien da la orden y el banco solo puede reclamar su pago al titular ordenante, pero no al resto de titulares.

Esta corriente doctrinal se apoya, entre otras, en las siguientes sentencias:

– Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.^a, de 7 de octubre de 1996.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 6 de junio de 2005.

Así las cosas, el DCMR considera que, cuando se dan controversias en relación con la responsabilidad solidaria de los titulares indistintos por los descubiertos ocasionados por uno solo de ellos, y a falta normalmente de determinados extremos que resultarían esenciales para adoptar una decisión fundada, ha de abstenerse de emitir opinión sobre el fondo de la cuestión sometida a su consideración, debiendo los interesados someter aquella, de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

Esta cuestión no resulta pacífica ni para la doctrina ni para nuestros tribunales de justicia, como se ha visto, por lo que normalmente el DCMR considera que estos últimos son los que, en su caso, debieran resolver la cuestión, pues son los únicos con competencias y medios para valorar, en sus justos términos y a la luz de los principios de la buena fe: el alcance de los pactos contractuales suscritos por las partes; el origen del descubierto; la cuantía del descubierto y su reiteración; el grado de conocimiento que sobre las disposiciones habidas en descubierto tenía el otro cotitular; la existencia, o no, en otras ocasiones de descubiertos en la cuenta y su regularización; si la parte reclamante fue, o no, parte en el contrato u operación de pago con la que se generara el descubierto, así como cualesquiera otras circunstancias que tengan a bien considerar para alcanzar un pronunciamiento sobre la cuestión, poniendo así fin a la controversia de manera definitiva.

Algunos casos concretos que este DCMR ha resuelto en relación con esta cuestión se derivaban de las disposiciones realizadas con la tarjeta de crédito emitida a nombre de uno de los titulares, o también a las cuotas periódicas de una financiación en la que el prestatario era uno solo de los titulares o no todos ellos, sin que los restantes tuvieran conocimiento de que en la cuenta común se habían domiciliado esos pagos; o también del pago de letras de cambio y pagarés firmados solo por uno de los titulares.

En tales casos, lo primero que habrá que tener presente es la existencia o no de una previsión contractual en ese sentido en el contrato de cuenta, de tal forma que, a falta de previsión contractual que autorice los adeudos en tales casos y siendo el contrato de préstamo una obligación autónoma (o el de tarjeta, como casos más frecuentes), en la que no es parte el otro cotitular, admitir que se pudiera realizar el cargo en cuenta de las cuotas en descubierto supondría, de facto, que este pudiera convertirse en una suerte de avalista involuntario y, a su pesar (pues reclama), de la financiación, lo cual se ha considerado en esos supuestos por este DCMR alejado de las buenas prácticas bancarias.

Sin embargo, si se da la circunstancia de que exista una previsión contractual en tal sentido, recogiendo la posibilidad de admitir el cargo de cualquiera de los titulares, incluso en descubierto, o contemplando expresamente la solidaridad pasiva, ello no llevará necesariamente a que se pueda concluir que la actuación de la entidad se ha ajustado a lo pactado y a las buenas prácticas, pues habrá de valorarse en la resolución del supuesto de hecho también la particular relación obligatoria de la que el cargo en cuenta (y, por tanto, el descubierto) trae su causa. No podría, así, considerarse ajustado a las buenas prácticas bancarias que con amparo en dicha previsión contractual la entidad pudiera efectuar cualquier tipo de cargo en cuenta, aunque procediera de uno solo de los titulares (caso de un préstamo hipotecario formalizado posteriormente por uno solo de los titulares, y en el que

se indicara como cuenta vinculada una con varios cotitulares no prestatarios, por citar solo un ejemplo).

Embargos en cuentas plurales

Véase el apartado 4.2.5, Embargo del saldo de depósitos en entidades.

Modificaciones contractuales

Es esta una de las cuestiones que la normativa de servicios de pago ha regulado de una forma precisa, al determinar en sede legal y reglamentaria la forma y plazo en que las modificaciones referidas deben ser comunicadas, superándose así la indeterminación del concepto jurídico de «antelación suficiente o razonable» que las entidades debían precisar contractualmente.

Formalidades y plazos

Así, y hasta la entrada en vigor de la nueva normativa de servicios de pago, la entidad debía comunicar los cambios operados en la forma establecida en el contrato, siendo suficiente con que se hiciera con antelación suficiente o razonable a su aplicación, mientras que en el caso de los contratos de duración indefinida (supuesto habitual en las cuentas a la vista) se había venido considerado que podría también ser realizada mediante su publicación en el tablón de anuncios de sus oficinas durante los dos meses siguientes a la referida modificación, no pudiendo aplicarlas hasta transcurrido ese plazo —salvo en aquellos casos en los que la percepción de comisiones y/o gastos supusiera una situación nueva para el cliente, en cuyo caso deberán notificarse con antelación suficiente a los interesados, de forma individualizada, las nuevas condiciones que van a aplicarse a la cuenta, de modo que se respete su derecho indiscutible a conocer y tener, cuando menos, la oportunidad de decidir de antemano sobre el coste de las comisiones y gastos que le van a ser repercutidos por la entidad, para obrar en consecuencia—.

La nueva normativa de servicios de pago ha cambiado sustancialmente este proceso dotándolo de determinadas garantías que refuerzan su transparencia, a través del artículo 22 de la LSP y su desarrollo reglamentario por el artículo 17 de la OSP.

Así, conforme al artículo 22.1 de la LSP, se distinguen dos tipos de modificaciones: las que se podrán aplicar de forma inmediata —que son todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente—, debiendo, en cualquier caso, informar sobre ellas en la primera comunicación que se le dirija, y las restantes modificaciones contractuales, que deberán seguir el procedimiento establecido en la normativa o, si consta, en el contrato, el cual deberá contemplar necesariamente por imperativo legal, en todo caso, la necesidad de efectuar la comunicación en papel u otro soporte duradero, de forma individualizada, con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

En cuanto a la forma de proceder a la comunicación, el artículo 22.1 de la LSP establece que todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad, y el artículo 17 de la OSP aclara que las modificaciones a las que se refiere el artículo 22 de la LSP deberán proponerse de modo idéntico al establecido en el artículo 11.1 de la OSP —contemplado, inicialmente, para determinar la forma en que debe de procederse al suministro por parte de la entidad de la información previa a la celebración de un contrato marco—. Dicho artículo añade a lo anterior el hecho de que la información y las condiciones que se van a modificar deberán estar redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio de pago, o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.

Además, el artículo 22.1 de la LSP señala que, si así se ha establecido contractualmente, la entidad informará a su cliente de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de condiciones de que se trate en caso de no comunicar su no aceptación antes de la fecha propuesta para el inicio de la aplicación de la modificación. También, en tal caso, la entidad deberá indicar al titular que tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno antes de ese momento.

De otro lado, el artículo 22.2 de la LSP determina que, si así se ha acordado en el contrato, las modificaciones de los tipos de interés y de cambio que se basen en los de referencia acordados podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso. En cualquier caso, el cliente deberá ser informado de dichas modificaciones por el procedimiento y con la frecuencia establecidos en el contrato y, si no consta, lo antes posible, salvo que sean unos tipos más favorables para el cliente. Finalmente, el artículo 22.3 de la LSP concluye puntualizando que las modificaciones de los tipos de interés o de cambio utilizados en las operaciones de pago se aplicarán y calcularán de una forma neutra y que no resulte discriminatoria con respecto a los usuarios de servicios de pago.

Además, la Circular del Banco de España 5/2012 precisa (norma undécima, Comunicaciones al cliente, apartado 6) 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.

Se ha de aclarar tan solo, finalmente, que la orden establece en su artículo 8.2 un plazo de comunicación de las modificaciones contractuales de un mes, pero que este no es aplicable a los servicios de pago, y en concreto a las cuentas a la vista objeto de este epígrafe (artículo 34 de la orden).

Modificación de titulares

Los titulares originarios de una cuenta pueden variar a lo largo del curso del contrato, y no solo por las lógicas mutaciones que pueden surgir en la vida de los pactos con vocación indefinida, como es el contrato de cuenta corriente, sino también por lo establecido en el artículo 400 del Código Civil: «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». En estos supuestos, las entidades se reservan la opción de modificar la cuenta primitiva o abrir una nueva.

El DCMR entiende que, en caso de que la modificación de la titularidad esté motivada por la renuncia de uno de los titulares, la entidad deberá comunicar al resto de los titulares de la cuenta la modificación pretendida, a fin de que estos decidan lo que estimen pertinente, pues es criterio sostenido que la renuncia efectuada por uno de los titulares tiene el carácter de acto unilateral que no precisa el consentimiento de la entidad —salvo que se hubiera acordado un plazo— ni de los otros cotitulares.

Por ello, este DCMR considera que el proceder de las entidades resulta contrario a las exigencias que demandan las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que no hayan atendido la solicitud de baja cursada por sus clientes sin mediar una causa, para lo cual tan solo han de efectuar la oportuna comunicación a los cotitulares de la cuenta.

Sin embargo, puede ocurrir que la entidad invoque para ello razones tales como la existencia de saldo deudor en la cuenta o la existencia de contratos vinculados con saldo, cuya titularidad corresponda a la persona que pretende darse de baja, en cuyo supuesto

habrá que valorar las circunstancias invocadas para poder emitir un pronunciamiento sobre el proceder de la entidad reclamada.

Liquidación de la cuenta

Cobro de comisiones. Casuística

Una de las cuestiones que se ponen de manifiesto con mayor frecuencia en las discrepancias de los clientes con el proceder de las entidades en relación con los depósitos a la vista se refiere a la repercusión de comisiones, bien por conceptos que los clientes no comprenden, bien por conceptos no incluidos en los contratos, o por importes distintos a los allí recogidos. De hecho, las comisiones son el elemento fundamental del coste de las cuentas corrientes y de ahorro, por lo que son uno de los elementos que los clientes tienen más presentes para comparar las distintas ofertas de las entidades y elegir aquella en la que abrir su cuenta. Nos remitimos en este apartado a las cuestiones generales sobre la repercusión de comisiones que se recogen en el capítulo 4, apartado 4.2.1, de esta Memoria, citando aquí algunas de las más habituales en relación con las cuentas a la vista.

Tras la entrada en vigor de la normativa de servicios de pago, el requisito de que la comisión de que se tratara estuviera incluida en las tarifas de la entidad registradas en el Banco de España no se podía exigir en el ámbito de la LSP, dada la exclusión de la aplicación de la Orden de 12 de diciembre de 1989 por la disposición adicional segunda de la OSP. Aunque el régimen de tarifas no fuera derogado expresamente — como sí ha ocurrido con el régimen de las fechas de valor —, este no resultaba de aplicación en lo relativo a la prestación de los servicios de pago. Además de ello, y desde enero de 2013, el régimen de información pública de las comisiones aplicadas por las entidades se debe adaptar a lo establecido en el apartado 4.2.2.c, «Tipos de cambio. Información al público».

Comisión de mantenimiento

El mantenimiento de una cuenta bancaria no puede considerarse aisladamente del contrato que la genera, sino que tiene lugar por el mero hecho de su existencia, como un elemento intrínseco a este, por lo que debe entenderse aceptado por el cliente mientras subsista dicho contrato, pudiendo afirmarse que la entidad está legitimada para aplicar estas comisiones, cumpliendo los correspondientes requisitos establecidos en la normativa (y que son, como se puede verificar en el apartado de esta Memoria referido a las comisiones, la puesta a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, de las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestaron con mayor frecuencia en el trimestre anterior, su inclusión en la información precontractual y, por supuesto, en el contrato; aunque también cabe, en el caso de contratos de duración indefinida, su introducción posterior cumpliendo el plazo y procedimiento establecido en el contrato).

Debe añadirse que la comisión de mantenimiento de cuenta vendría a remunerar el servicio prestado, consistente en el mantenimiento de dicha cuenta. Este incluye una serie de operaciones que podemos definir como «servicio de caja básico», así como otros servicios o apuntes que, por su propia inherencia a la cuenta corriente, se viene considerando por el Banco de España que se incluyen necesariamente en el servicio de mantenimiento del depósito a la vista en cuenta corriente o de ahorro.

Así, se suele pagar para compensar a la entidad de crédito por:

- La custodia del dinero.
- El mantenimiento de los registros necesarios para el funcionamiento del depósito.
- El derecho a ordenar cargos y abonos en la cuenta.

- El servicio de caja básico asociado a la cuenta, que en la mayor parte de las entidades, pero no en todas (dependerá de lo pactado entre las partes en el contrato), incluye los ingresos y reintegros en efectivo o disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta y la entrega de los medios de disponibilidad habitual del depósito: talonarios de cheques o libretas.
- La emisión de documentos (extractos y liquidaciones) que deben facilitar a sus clientes.

Así, en los casos en que los reclamantes discrepan con las cantidades que las entidades están cobrando en concepto de comisiones de mantenimiento, se deberá acreditar que no son superiores a las recogidas inicialmente en el contrato o modificadas posteriormente conforme al procedimiento establecido.

Además:

- En caso de que la comisión haya sido objeto de modificación a lo largo de la vida del contrato (bien porque se ha variado su importe, bien porque se ha introducido su cobro), la entidad deberá observar las formalidades y plazos necesarios para ello. Las comisiones de mantenimiento, salvo que se diga otra cosa, se consideran pospagables y de devengo lineal durante su período de aplicación. Es decir, que, si una comisión se carga semestralmente, la fecha de la comisión de mantenimiento de referencia a efectos de cómputo de los dos meses de antelación que establece el artículo 22.1 de la Ley 16/2009 para proponer al cliente su aplicación o modificación (véase el apartado de modificación de condiciones contractuales) será la fecha en la que se inicie dicho período de devengo y no la de adeudo de la comisión en la cuenta.
- En aquellos casos en los que, al margen de lo establecido en el contrato, y dentro de su libre política comercial, la entidad ha decidido retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, este DCMR ha venido estableciendo que, para que la entidad pueda variar dicho régimen, aunque conste contractualmente la comisión, las buenas prácticas y usos bancarios exigirían, en todo caso, una comunicación previa e individualizada a los clientes afectados en la que se explicaran convenientemente las nuevas condiciones aplicables y, muy particularmente, el cese de la gratuidad de que hasta entonces venía disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad. Y, en todo caso, respetando el plazo y la forma de su determinación que se menciona en el párrafo anterior.

Del mismo modo que la decisión de la exención es individual, y atendiendo a cada tipo de cliente en particular, el cambio en dicha situación ha de ser comunicado, en buena práctica bancaria, de forma concreta respecto a este extremo e individualizada.

De otro lado, en los casos en los que los titulares de cuentas renunciaran a mantener estas, cancelándolas, las entidades deberán restituir —de haberse cobrado por anticipado— la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al tiempo en que no hubiera usado la cuenta.

Otra discrepancia que se ha manifestado en ocasiones es el hecho de que, con motivo del cierre o cancelación de la cuenta, la entidad cobre la parte proporcional de la comisión de mantenimiento (caso de cobro por vencido), entendiéndose a veces los clientes que se da en dicho caso una comisión por cancelación que, como se indica, y se trata de aclarar en los informes emitidos, no sería tal, sino la parte proporcional de la comisión de mantenimiento por el tiempo en que la cuenta ha permanecido activa.

Respecto al cobro de comisiones de mantenimiento en el caso de cuentas inactivas, una cosa es que una cuenta presente saldo cero o no registre movimientos y otra cosa bien distinta que esté cancelada. En estos casos, en los que la cuenta no está cancelada, la entidad puede legítimamente, pese a que no registre movimiento alguno, repercutir comisiones de mantenimiento, dentro de los límites del contenido del contrato formalizado o de las modificaciones introducidas posteriormente de conformidad con el procedimiento establecido (véase a este respecto lo establecido en el apartado «Cuentas inactivas»).

Comisión de administración

Generalmente está vinculada al funcionamiento de la cuenta, es decir, al uso que se haga de ella. Se establece como el pago de una cantidad fija por cada apunte que se realice durante el período de liquidación. Es común excluir de su aplicación un número determinado de apuntes (por ejemplo, los diez primeros) y/o un tipo (excluir todos los ingresos en efectivo). Esta comisión es compatible con la de mantenimiento, pues suele pagarse cuando la entidad presta servicios de cargo y abono adicionales a los cubiertos por la comisión de mantenimiento, tales como adeudos e ingresos por conceptos diferentes (por ejemplo, los adeudos de recibos, los apuntes de transferencias ordenadas o recibidas).

Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas

El DCMR ha venido tradicionalmente considerando que, cuando las cuentas se mantienen por imposición de la entidad y son utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo hipotecario o personal, o a los pagos derivados de cualquier otro tipo de operativa, no correspondería a los clientes soportar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración. Ciertamente, en tales situaciones el cliente estaría pagando por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, lo cual se valoraba contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios.

En este sentido, en las operaciones de depósito, de préstamo o de crédito anteriores a la entrada en vigor de la nueva normativa, las entidades deben conformar su actuación al referido criterio, según el cual no es posible el cobro de comisiones en las cuentas instrumentales de los depósitos, de los préstamos o de los créditos (o de otro tipo de productos, bancarios o no), siempre que estas se usen exclusivamente para la gestión de dichos productos, circunstancia que deberá ser valorada y acreditada en cada caso en que se manifiesten discrepancias respecto de dicha cuestión. Esto obedece al hecho de que los prestatarios o depositantes no gozaron de las garantías derivadas de la nueva normativa —que se expone en los párrafos siguientes— en el momento de la contratación del producto o servicio bancario correspondiente.

Por ello, en las referidas operaciones anteriores a la entrada en vigor de la expresada nueva normativa, la controversia que se ha planteado con mayor frecuencia ante este DCMR es la relativa a si la cuenta se utiliza o no únicamente para gestionar los pagos de un servicio comercializado por la entidad, pues las partes suelen mantener versiones enfrentadas al respecto, por lo que esa comprobación será la clave para emitir un pronunciamiento en relación con la actuación de la entidad. Se ha de indicar a este respecto que:

- No se consideran ajenos a la propia gestión del contrato de préstamo o crédito vinculado los ingresos que el cliente efectúe con el objeto específico de atender los pagos derivados de aquel, así como otros pagos y domiciliaciones relacionadas, como, por ejemplo, el pago del recibo del seguro o de los seguros asociados.
- Si bien se comparte la argumentación que efectúan algunas entidades, en el sentido de que no se puede dejar la cuenta exenta del cobro de la comisión desde un principio y con carácter general, pues se ha de verificar en cada ocasión si la cuenta se ha utilizado exclusivamente como soporte de los pagos del producto o servicio bancario correspondiente, en cambio no puede considerarse adaptado a una práctica bancaria diligente el que exijan en todo caso, y a pesar de dicha comprobación, que sea su cliente el que solicite de forma expresa la retrocesión de la comisión previamente repercutida. El que la exención de aplicación no pueda automatizarse dada la necesidad de la aludida comprobación, no debe obstar a que, una vez realizada esta —la cual compete en exclusiva a la entidad y no a su cliente—, sea la propia entidad la que proceda a su retrocesión sin necesidad de que el cliente cumpla ningún otro requisito adicional. Pues no podemos olvidar que:
 - La comprobación del uso dado a la cuenta, como señalamos, corresponde a la entidad, no siendo responsabilidad de su cliente la prueba de aquel.
 - La retrocesión de la comisión en estos supuestos no se trataría de una mera cuestión de política comercial —en la que este DCMR no podría en ningún caso inmiscuirse—, de tal forma que los procedimientos operativos internos de la entidad no pueden suponer una carga adicional para los clientes.

Sin embargo, la entrada en vigor de la nueva normativa general de transparencia y de crédito al consumo ha impuesto la revisión del criterio que venía amparado en la valoración citada, que se encontraba fundamentado, entre otras cuestiones, en la falta de una regulación que garantizara mayor información al cliente a este respecto.

De esta manera, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios —en vigor, a estos efectos, desde el 29 de abril de 2012—, establece en su artículo 12, «Servicios bancarios vinculados», de forma general, un necesario deber de información previa en estos supuestos, de la siguiente manera:

«Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

En caso de que solo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11⁶⁰, de la parte del coste total que corresponde a

60 Este artículo indica, en esencia, que toda la información, documentación y comunicaciones dirigidas a los clientes de servicios bancarios se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio o en cualquier otra lengua acordada entre las partes, pudiendo ser exigible el empleo de un formato o tipo de letra específico para destacar a los clientes los elementos esenciales de determinada información.

cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.»

En consecuencia, y centrándonos en los servicios bancarios más frecuentemente ligados a esta problemática —préstamos o créditos hipotecarios, créditos al consumo y depósitos a plazo—, debe indicarse que la nueva normativa aprobada que les afecta ha tenido en cuenta dos aspectos en materia de transparencia relativos a esta cuestión: la información previa que se ha de suministrar respecto al cobro de la comisión y la inclusión de este elemento en el cómputo que se debe efectuar para la determinación del coste o rendimiento del servicio.

Así, respecto a los préstamos hipotecarios, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios —en vigor, a estos efectos, desde el 29 de julio de 2012—, prevé que en los documentos de información previa⁶¹ relacionados en la sección II, «Información precontractual», del capítulo II, «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios», se haga concreta mención a estas comisiones⁶².

Añadido a ello, el artículo 31 de la referida orden, respecto del cálculo de la TAE, prevé:

«Cuando sea obligatorio abrir una cuenta para obtener el préstamo, los costes de mantenimiento de dicha cuenta [...] así como otros costes relativos a las operaciones de pago, se incluirán en el coste total del crédito para el cliente, salvo que los costes de dicha cuenta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de préstamo o cualquier otro contrato suscrito con el cliente.»

Por lo que se refiere a los créditos al consumo, la Ley 16/2011, de 24 de junio, en vigor desde el 25 de septiembre de 2011, establece en su artículo 10.3.i), en relación con la información previa al contrato que se ha de suministrar por parte de las entidades, que esta deberá incluir:

«En su caso, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas, si fuera necesario para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea facultativa, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, así como cualquier gasto derivado del contrato de crédito y las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse.»

Asimismo, el artículo 32.2 de la ley, respecto al cálculo de la TAE de dichos créditos, prevé que deberán de tenerse en cuenta «Los costes de mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, los costes relativos a la utilización de un medio de pago que permita ambas operaciones, así como otros costes relativos a las operaciones de pago [...] salvo en caso de que la apertura de la cuenta sea opcional y los costes de esta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de crédito o cualquier otro contrato suscrito con el consumidor.»

61 En este sentido, la Circular 5/2012 del Banco de España, 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, en su norma sexta, apartado 2.4, se remite a la información precontractual suministrada a este respecto por aplicación de la orden.

62 Tanto la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) como la Ficha de Información Personalizada (FIPER) reguladas, respectivamente, en los artículos 21 y 22 de la orden, contemplan dichos gastos. Así se hace constar en los anexos I y II de la orden, que determinan el contenido de dichos documentos.

Finalmente, en relación con los depósitos a plazo, la Circular del Banco de España 5/2012, por su parte, en su norma sexta, apartado 2.2.d), en relación con la información precontractual que se ha de prestar, señala que «[...] Cuando la retribución ofrecida se condicione a la contratación o uso de uno o varios servicios accesorios, tales como la exigencia de apertura de una cuenta vinculada al depósito, deberá indicarse expresamente esta circunstancia y detallarse la naturaleza, las características y el coste de los servicios cuya contratación se requiera al cliente [...]».

De forma análoga a los anteriores servicios bancarios analizados, respecto al cálculo de la TAE de los depósitos a plazo, la norma decimotercera de la circular, en su apartado octavo, indica, de forma más amplia, que «En el cálculo de la tasa anual equivalente de las operaciones pasivas, se incluirán tanto los intereses pagados por la entidad como las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por los servicios inherentes a la operación contratada [...]».

A estas garantías —información previa y cómputo en el coste o rendimiento del servicio— se añade la imposibilidad de que el gasto que supone dicha comisión pueda ser modificado unilateralmente por parte de la entidad. Ello se debe a que este DCMR, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, extiende esta salvaguardia —si bien inicialmente prevista exclusivamente para los préstamos o créditos enteramente excluidos tanto del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011 como de la Orden 2899/2011— a todos los servicios bancarios que pudieran verse afectados por esta circunstancia. Así, la Circular 5/2012 del Banco de España establece expresamente en su norma sexta, apartado 2.5.j):

«[...] Cuando la apertura de una o varias cuentas sea obligatoria para el cliente, los gastos de mantenimiento de ellas no podrán ser modificados unilateralmente por la entidad, siempre que la cuenta o cuentas se utilicen exclusivamente para las operaciones de pago o de disposición del crédito.»

Conforme a ello, en el caso de préstamos, créditos o depósitos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa —o en aquellos préstamos o créditos que hubieran sido objeto de novación con posterioridad a dicha fecha—, se consideraría acorde con las buenas prácticas bancarias el que una entidad cobre comisiones en las cuentas vinculadas a dichos servicios, aunque se utilizaran exclusivamente para la gestión de estos, siempre que, en todo caso, se cumplan con las exigencias establecidas en la respectiva normativa (según se encuentren vinculadas a la gestión de un producto o de otro), esto es: i) que se haya informado previamente a los clientes, en el documento de entrega obligatoria previa según la operación de que se trate, acerca de la exigencia —en su caso— de contratar la cuenta vinculada; ii) que se informe de la parte del coste total que corresponda al mantenimiento de dicha cuenta; iii) que tanto la contratación como su coste se recojan expresamente en el contrato, y iv) que dicho coste no pueda ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del préstamo, crédito o depósito.

Si no se contemplaran todas y cada una de las referidas exigencias, la actuación de la entidad se consideraría apartada de las buenas prácticas bancarias o, en su caso, de la normativa de transparencia de aplicación.

Comisión por reclamación de descubierto (o por reclamación de posiciones deudoras)

Nos remitimos al apartado específico de este punto en relación con los descubiertos.

Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta

Algunas entidades cobran una cantidad cuando se presenta al cobro un cheque en una oficina que no es en la que se encuentra abierta la cuenta, en concepto de gastos de comprobación de firma y la existencia de fondos.

Hay que tener en cuenta que, según la Ley Cambiaria y del Cheque, la única sucursal obligada al pago del cheque es la sucursal librada —la que figura como pagadora en este—, por lo que la entidad no tendría obligación legal de pagarle un cheque contra su cuenta o un reintegro contra su libreta. No obstante, la mayor parte de las entidades estarán dispuestas a prestar dicho servicio.

Igualmente, cabe concluir que, en la medida en que esa oficina realice gestiones de comprobación de la firma y de verificación del saldo, podrá percibir una comisión por la prestación del servicio, siempre y cuando esta se haya informado debidamente al cliente⁶³.

Comisión por ingresos en efectivo

Por definición, la aceptación de ingresos en efectivo para abono en una cuenta de la propia entidad receptora constituye una prestación del servicio de caja, inherente al contrato de cuenta y, por tanto, no puede ser remunerado de forma independiente. Es decir, dado que el servicio de caja en estos supuestos se retribuye a través de la comisión de mantenimiento, el adeudo de cualquier otra comisión se considera improcedente.

En consecuencia, siempre que el ordenante del ingreso no pretenda un servicio adicional al del simple ingreso de efectivo en la cuenta de un tercero, como, por ejemplo, identificar el concepto del ingreso o el nombre del ordenante, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por prestar este servicio.

Se han planteado ante este DCMR controversias en relación con el cobro de dicha comisión cuando el ingreso es efectuado por un tercero, distinto del titular de la cuenta, y también, particularmente, en los casos en los que se efectúan ingresos en cuentas de comunidades de propietarios por alguno de los comuneros. En efecto, en los ingresos en efectivo efectuados en las cuentas (también las de las comunidades) aparecen los campos cuenta, titular de la cuenta, persona que efectúa el ingreso, importe, fecha y firma, sin que en estos, en principio, conste otro concepto diferente. Por ello, en los casos en que el cliente o usuario desea que conste el concepto de pago (por ejemplo, recibo mensual agosto, derrama, etc.), las entidades, y con el fin de que aparezca el concepto de pago si ese es el deseo del ordenante, pueden proporcionar un justificante adicional, por el que estarían habilitadas a percibir una comisión, siempre que se verifiquen los requisitos para ello (véase a este respecto lo establecido en relación con las comisiones con carácter general).

Al margen de ello, en algunas ocasiones, determinadas entidades han aplicado las comisiones contempladas bajo el concepto «transferencias, giros y otras órdenes de pago» a un ingreso de efectivo realizado en una sucursal distinta a aquella donde estaba abierta la cuenta, al entender que esta operación debía ser considerada como de esa naturaleza.

⁶³ En este sentido, y dado que supone una novedad a este respecto, debemos señalar que, de conformidad con la norma sexta, apartado 2.6, de la Circular 5/2012 —de aplicación desde el 1 de enero de 2013—, antes de la cesión en gestión de cobro de un cheque a la entidad, esta facilitará al cliente, entre otras cuestiones, información sobre todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la prestación de este servicio.

Contrariamente a lo sustentado por esas entidades, el DCMR entiende que el supuesto de hecho no puede ser conceptualizado como una transferencia, al faltar una orden contra una cuenta abierta en la entidad que lleve aparejada la movilización de fondos con destino a otra cuenta determinada. Por el contrario, se considera que se trata propiamente de ingresos de efectivo a favor de una cuenta, inherentes al contrato de esta, siendo irrelevante que tengan lugar desde la propia sucursal en que se encuentra abierta la cuenta o desde cualquiera otra de la entidad, pues, en ambos casos, no existe propiamente un movimiento efectivo de fondos y las operaciones informáticas que debe efectuar la entidad son básicamente las mismas. Por tanto, al aplicar una comisión contemplada para un supuesto de hecho diferente, el DCMR ha considerado en los expedientes resueltos que dichas entidades no se habían ajustado a las buenas prácticas y usos bancarios.

Comisión de manipulación (cuenta en divisas)

En ocasiones, los titulares de cuentas en divisas han manifestado su disconformidad con el hecho de que todas las opciones de que disponen en estos casos para obtener el reembolso de los fondos de la cuenta suponen para ellos un elevado coste (nos remitimos a lo indicado en el apartado de «Cuentas en divisas»).

A este respecto, se han de indicar las diferencias existentes entre las divisas y los billetes:

- Las divisas representan una promesa de pago sin reserva de los bancos emisores. Es decir, son un derecho de cobro, representado mediante una «anotación en cuenta», sobre el país de origen de dicha divisa.
- Los billetes no constituyen más que un instrumento de pago legal. Esto es, el billete constituye un derecho de cobro representado en un título físico (el propio billete), sin el cual desaparece tal derecho.

Por tanto, 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. Ello conlleva que, como instrumento de cobros y pagos internacionales, el billete resulte poco adecuado, por una serie de razones, entre las que se pueden citar, a título enunciativo, las siguientes:

- Su transporte es caro y conlleva riesgo de pérdida o extravío.
- Su utilización en pagos o cobros internacionales carece de agilidad, al menos en comparación con los modernos medios de liquidación de transacciones existentes en los mercados internacionales de divisas.
- Constituye, a menudo, un elemento fundamental en el tráfico ilegal de moneda extranjera.

Como consecuencia de todo lo anterior, las operaciones con billetes tienen unos gastos propios que no tienen las operaciones con divisas, motivo por el cual la cotización de los billetes es inferior a la de las divisas. Por ello, cuando una entidad transforma una divisa en billetes para realizar un reintegro al cliente, o toma billetes para ingresarlos en una cuenta en la misma divisa, incurre en unos gastos de los que se resarce, bien a través del cobro de una comisión de ingreso o reintegro, bien transformando el valor de la divisa de que se trate a euros, para luego con esos euros comprar los billetes de que se trate.

En cuanto a la procedencia del adeudo de comisiones de manipulación de divisas, y como ya ha quedado expuesto, la normativa de transparencia aplicable reconoce la libertad de pacto de las entidades a la hora de establecer las comisiones que cobren por operaciones o servicios prestados. No obstante, para proceder a su cobro, deben responder a servicios efectivamente prestados y aceptados o solicitados en firme por el cliente, y además deben haber sido incorporados al contrato.

Así, aquellas entidades que contemplan la posibilidad de que se ingrese o se disponga del saldo de una cuenta en divisas a través de billetes deberían recoger en dichos contratos en divisas expresamente el coste que supone la transformación de los ingresos (reintegros) de los billetes a divisas (o de divisas a billetes), a fin de que sus clientes conozcan las exactas condiciones en las que dichos contratos se celebran de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa que han de presidir las relaciones de las entidades con sus clientes.

La entidad que, en el ámbito de sus discrecionales criterios comerciales, admite la apertura de cuentas en divisas conoce de antemano que, en el marco del servicio básico de caja que comporta todo contrato de cuenta corriente, se está obligando a admitir las disposiciones o ingresos en efectivo en los billetes correspondientes a la moneda de la cuenta, sin que en esos casos quepa de ningún modo la aplicación de un inexistente tipo de cambio o comisión de cambio (salvo, claro está, que el reintegro se pretendiera hacer en otra moneda, lo cual se trata de otra cuestión), sino, exclusivamente, una comisión por la manipulación de billetes extranjeros.

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.

Tras la entrada en vigor de la LSP, no se adeudarán estos gastos a los clientes por el cumplimiento de sus obligaciones de información, cuando estén referidos a este tipo de servicios o contratos que los sustentan (artículo 19.1). No obstante, podrá acordarse su cobro por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre que hubiera sido solicitada por el titular del contrato y los gastos fueran adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados (artículos 19.2 y 19.3). Esta última mención supone que no se pueda identificar gastos (suplidos) con comisiones, las cuales son libres y constituyen el precio por un servicio que efectivamente se esté prestando al cliente.

Fuera de estos supuestos, cuando las entidades carguen gastos de correo, por estar legitimadas para ello, deberán indicarse estos con la máxima claridad.

En cualquier caso, este DCMR considera que, dado que la entidad no puede repercutir más que los costes efectivamente incurridos, por cuenta de terceros, en cada envío, no sería admisible que:

- Se adeudaran tantos gastos de correo como documentos remitidos en el mismo envío, pues aceptarlo implicaría un lucro improcedente para la entidad.
- Se hiciera recaer en el cliente el importe íntegro del gasto, si el envío es aprovechado por la entidad para incluir información adicional a la pactada o información no requerida ni aceptada previamente por el cliente.

Tampoco se considera un buena práctica bancaria que las entidades repercutan los gastos de correo a sus clientes cuando estos han dado instrucciones inequívocas de que no se les remita ninguna comunicación por este medio.

La normativa sectorial de transparencia, al igual que ocurría bajo la vigencia de la Orden de 12 de diciembre de 1989, establece como principio básico la libertad para la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas, como ya se ha indicado en las cuestiones comunes del apartado que estamos analizando.

Los tipos de interés son libres, esto es, las entidades de crédito pueden aplicar en sus operaciones (tanto de activo como de pasivo) los tipos de interés que acuerden con sus clientes. El artículo 4 de la orden de transparencia recoge que «los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósito como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad de la operación».

En consecuencia, respecto de esta cuestión, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito, a la vista en este caso.

No se trata de un aspecto que suela ser origen de reclamaciones, dada la reducida o nula remuneración que suelen tener este tipo de cuentas, cuya finalidad es atender los cobros y pagos de su titular. El contenido de la normativa al respecto señala que:

- Respecto a la información previa que se ha de suministrar, la OSP incluye, dentro de la información general previa que debe suministrarse al usuario, los tipos de interés y de cambio que se aplicarán a la cuenta o, si van a utilizarse los tipos de interés y de cambio de referencia, el método de cálculo del tipo de cambio o de interés que se aplicará a la operación, así como la fecha correspondiente y el índice o referencia empleado en dicho método de cálculo. Por otra parte, la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, en su apartado 2.1, indica que esta debe incluir la retribución que devengue el depósito para su titular, con indicación de los supuestos y condiciones que determinen su cuantía, su potencial variación y la periodicidad y forma en que aquella se liquidará y se abonará al depositante. Asimismo, si la retribución ofrecida consiste en un interés periódico, se deberá indicar el tipo acreedor y, en su caso, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo acreedor inicial y la forma en que le afectarán.
- El tipo de interés que remunere la cuenta, así como, en su caso, el procedimiento para su modificación, ha de venir recogido en el correspondiente contrato, de tal forma que, si van a utilizarse tipos de interés de referencia, deberán indicarse el método de cálculo, la fecha correspondiente y la referencia o índice empleado, debiendo indicar también si se efectuará una aplicación inmediata de las variaciones en tales supuestos y los requisitos de información en tales supuestos.
- Las entidades deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizados, los tipos de interés aplicados a los servicios que presten con mayor frecuencia, en un formato unificado, según se ha detallado en el apartado 2.2.

- En la letra B), puntos 3 y 4, del anejo 1 de la circular se hace referencia a las operaciones de depósito a la vista; en concreto, en el 3 a los depósitos a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) que no admitan disposiciones mediante tarjeta ni domiciliación de pagos o recibos, y en el 4 a otros depósitos a la vista, siempre que no remuneren los saldos en efectivo o lo hagan con un tipo de interés igual o inferior al 1 % (diferenciando, a su vez, en este caso varios supuestos), detallando la información que en uno y otro caso se deberá hacer pública.
- Será obligatoria la inclusión de la TAE, solo cuando el tipo acreedor sea superior al 1 %, en la información previa, en los documentos contractuales formalizados, en la publicidad de las cuentas en la que se alude explícitamente a su coste o rentabilidad para el público y en los documentos de liquidación de las cuentas.
- La cuestión relativa a los tipos de interés de los descubiertos se aborda en el apartado dedicado a estos (véase Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo).

Fecha de valoración

Véase el apartado Otras cuestiones y posibles incidencias en los apuntes en cuenta.

Retribución en especie

Más habitual que el establecimiento de una remuneración atractiva en este tipo de cuentas es que las entidades oferten por formalizarlas, o por vincular a aquellas una serie de operaciones, unos determinados regalos.

Este DCMR no resulta competente para entrar a valorar las decisiones que adoptan las entidades de crédito en los programas o campañas de fidelización de los clientes por la utilización o mantenimiento en determinadas condiciones de los productos contratados, cuentas de pasivo en este caso, por incluirse dicha cuestión en su política comercial y de asunción de riesgos e incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

En materia de publicidad, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, considera la publicidad «engañosa» como uno de los supuestos de publicidad ilícita previstos en el artículo 3.º de aquella, cuya determinación compete, de conformidad con 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, a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Respecto de esta cuestión, nos remitimos a lo indicado en el apartado 4.2.2, «Aspectos comunes», de este epígrafe de pasivo.

No obstante lo anterior, este DCMR considera, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, que es obligación de las entidades informar a sus clientes de una manera veraz sobre los regalos y 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.

Por ello, deberán estar en condiciones de acreditar, en estos casos, que sus clientes tuvieron la debida información sobre las condiciones a las que estaba sujeta la obtención de un determinado regalo promocional vinculado a la apertura o mantenimiento de una cuenta y a la domiciliación, en ocasiones, de una serie de ingresos y pagos (nómina, domiciliación de recibos de suministradores, de pagos derivados del uso de las tarjetas, etc.).

En este sentido, este DCMR ha considerado en los informes emitidos que las entidades han incurrido en una mala práctica bancaria cuando:

- Diseñan una campaña publicitaria en la que se prevea un determinado obsequio promocional, sin que se acredite que se hubiera proporcionado al cliente información relevante al efecto en los correspondientes contratos o por otra vía de cara al cumplimiento de los requisitos que se establezcan.
- No acreditan haber informado desde el principio a aquellos clientes de que ya claramente no podían beneficiarse de la promoción, por lo que aquellos desarrollan una serie de actuaciones, tales como cambios de domiciliaciones de nóminas o de pagos de recibos, que no pueden obtener el efecto pretendido; o no justifican haber informado de la fecha de vencimiento de la campaña, de tal forma que los traspasos no podían tramitarse a tiempo.
- Deniegan la entrega del regalo, por haberse acabado las existencias, sin justificar debidamente el orden de adjudicación.

Véase además, respecto de esta cuestión, lo recogido en el apartado «Otras cuestiones y posibles incidencias en los apuntes en cuenta» precedente en relación con los cargos por retribución en especie.

Finalmente, respecto de esta cuestión, se ha de indicar que, conforme a la nueva normativa, desde enero de 2013 dicha información es una de las que se debe incluir no solo en el correspondiente contrato, sino también en la información precontractual [norma sexta, 2.1.f, de la circular].

Descubierto en cuenta. Ley
de Contratos de Crédito al Consumo

El descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas, por lo que, salvo pacto expreso en contrario, son aquellas y no estos las que deciden si se adeuda en cuenta una determinada partida, a pesar de que el saldo no sea suficiente.

Por tanto, una vez admitida por las entidades la apertura del descubierto, no cabe duda de que estarán en su legítimo derecho a exigir el pago de los intereses y comisiones estipulados en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores.

A este respecto, se debe distinguir lo que propiamente constituye la liquidación del descubierto (intereses y comisiones de descubierto) de la comisión que, en su caso, se pueda cobrar, de cumplir los requisitos para ello (véase a este respecto el apartado general sobre «Comisiones», epígrafe 4.2 de esta Memoria) en concepto de reclamación del saldo que se adeude (comisión por reclamación de posiciones deudoras). Con motivo de las reclamaciones analizadas en los últimos ejercicios, se ha comprobado la confusión que puede darse en los clientes en ocasiones entre ambos conceptos.

Respecto a la normativa de aplicación en estos supuestos, cabe recordar que la LSP indica que aquella se entenderá, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de crédito al consumo, en aquellos casos en que un servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esta naturaleza (artículo 1.4 de la LSP).

Ya ha quedado expuesta en el apartado 5.1.2, letra f, de esta Memoria una reseña de la LCCC, a la que nos remitimos. Se debe indicar aquí, a los efectos que nos ocupan, que el ámbito subjetivo de aplicación de aquella 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.

Se considera descubierto tácito (artículo 4.2 de la LCCC) aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual el prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierta convenida. En este caso, señala que solo serán aplicables las disposiciones generales, y en particular el artículo 20.

Este segundo caso es el que es objeto de este apartado, pues en el primero estaremos ante una concesión de crédito hasta el límite que en cada caso se haya pactado (nos remitimos al apartado correspondiente de la Memoria). Dicho artículo 20, en relación con el «descubierto tácito», recoge que:

- En el caso de un contrato para abrir una cuenta a la vista, donde existe la posibilidad de que se permita al consumidor un descubierto tácito, el contrato contendrá la información sobre el tipo deudor, las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables y, en su caso, las condiciones en las que puedan modificarse.
- Además, la entidad proporcionará en cualquier caso esa información de forma periódica.
- En caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, la entidad informará al consumidor sin demora de los siguientes extremos:
 - a) Del descubierto tácito.
 - b) Del importe del descubierto tácito.
 - c) Del tipo deudor.
 - d) De las posibles penalizaciones, gastos e intereses de demora aplicables.
- En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos tácitos (a consumidores) un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Además del contenido al respecto de la LCCC, que se declara aplicable específicamente a las entidades de crédito, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sectorial que corresponda, la orden y la Circular del Banco de España 5/2012 contienen varias previsiones en relación con aquellos. Así:

- Las entidades que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito deberán publicar, en la forma establecida en la Circular del Banco de España

5/2012, las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos. Dichos tipos serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores, debiendo las entidades hacer constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a que se refiere el artículo 20 de la LCCC (artículo 4.3 de la orden).

- Las entidades deberán facilitar a los clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud el tipo de interés, las comisiones aplicadas, cualquier otro gasto incluido en la liquidación y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio (artículo 8.3 de la orden). A este respecto, la norma undécima de la Circular del Banco de España 5/2012 establece en su anejo 4 los modelos normalizados de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por las entidades en dichas comunicaciones. Así, el punto 1.1.3 de dicho anejo determina el contenido de los documentos de liquidación en el caso de los descubiertos tácitos:

«La justificación de los intereses deudores, y en su caso de las comisiones liquidadas, se hará indicando los datos siguientes:

- a) Período a que corresponde la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.
- b) Importe del descubierto, o de los descubiertos, si hubiera habido varios en el período de liquidación.
- c) Duración del descubierto, o de cada uno de los descubiertos, si hubiera habido varios.
- d) Saldo medio deudor del período.
- e) Tipo de interés contractual aplicado.
- f) Importe de los intereses que resulten.
- g) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de comisión.
- h) Gastos que la entidad pueda haber aplicado con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios.
- i) Tasa anual equivalente (TAE).»

Liquidación de descubierto. Intereses y comisiones de descubierto. Límites

Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, no cabe duda de que está en su legítimo derecho a exigir el pago de los intereses y comisiones estipulados en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores. En el caso de cuentas corrientes con

consumidores (personas físicas), la aplicación de ambos conceptos —comisiones y tipo de interés— no puede dar lugar a una TAE, como se ha indicado, que supere 2,5 veces el interés legal del dinero.

A este respecto, debemos referirnos al criterio mantenido tradicionalmente por esta institución, ya desde el año 1997, para el cálculo de la TAE del descubierto, y que fue publicado en la Memoria de este DCMR correspondiente a dicho año. Según este criterio, la TAE del descubierto se compone de dos sumandos: la TAE de los intereses y la TAE de las comisiones. La primera sí debería calcular siempre los intereses liquidados sobre el saldo medio deudor durante el período de liquidación; pero para la segunda (TAE de las comisiones) se viene admitiendo que las entidades la calculen sobre el mayor saldo deudor durante el período de liquidación, en lugar de hacerlo sobre el saldo medio deudor. Ahora bien, dado que el cálculo del coste efectivo de los descubiertos en cuenta corriente con consumidores, conforme al contenido de la anterior normativa de transparencia, producidos en los períodos de liquidación, se haría aplicando «las normas sobre créditos en cuenta corriente», y resultando que en estos casos «las comisiones de apertura u otros gastos iniciales» se integrarán «como componente de coste efectivo anual», esta institución ya indicó, según se recoge en la citada Memoria del año 1997 —páginas 181 y siguientes—, que «al aplicar la (última) disposición citada [...], el saldo que sirva de base para la determinación de dicha comisión se mantiene durante todo el período de liquidación».

Este extremo se recoge ahora específicamente en la normativa sectorial, de tal forma que la letra e) del apartado 7 de la norma decimotercera de la Circular del Banco de España 5/2012, en relación con los criterios específicos que se deben tener en cuenta en el cálculo de la tasa anual equivalente de las operaciones de activo, establece que «en los descubiertos tácitos en cuenta a la vista, la tasa anual equivalente se calculará teniendo en cuenta los intereses devengados y las comisiones adeudadas a causa de la concesión del descubierto, y el saldo medio deudor del período de liquidación». Añadiendo que, como excepción a lo anterior, cuando las comisiones giren sobre el mayor descubierto, la tasa anual equivalente se obtendrá como sumatorio de:

- I. la tasa anual equivalente de los intereses devengados por el descubierto durante el período de liquidación de este, y
- II. la tasa anual equivalente de las comisiones que, a causa de la concesión del descubierto, se adeuden durante el período de liquidación de este.

Para la obtención de los dos sumandos anteriores, se observará lo siguiente:

- La tasa anual equivalente de los intereses se calculará teniendo en cuenta el saldo medio deudor del período de liquidación.
- La tasa anual equivalente de las comisiones se calculará teniendo en cuenta el mayor saldo deudor que se hubiese producido durante el período de liquidación y considerando que dicho saldo se ha mantenido en ese nivel durante todo ese período.

Además, finaliza indicando que en los descubiertos no podrá reiterarse la aplicación de comisiones a causa de la concesión del descubierto en otros descubiertos tácitos que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta, ni podrán tampoco exigirse dichas comisiones en los descubiertos por valoración.

Comisión distinta es la que responde a la reclamación de descubiertos como consecuencia de haber quedado las cuentas en esa situación, y que podrá únicamente adeudarse si se dan los requisitos que se citan en otro apartado de esta Memoria (en relación con las tarjetas, 5.3.3.a) y que son (además de, por supuesto, su previsión en el documento contractual), esencialmente, los siguientes: deben responder a una reclamación formal de posiciones deudoras, de tal forma que se acredite la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente; no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin; su cuantía sea única, sin que sean admisibles tarifas porcentuales; y que no se dé un automatismo en su aplicación, por lo que la entidad habrá de tener en cuenta en su repercusión las circunstancias particulares de cada descubierto y de cada cliente.

En expedientes resueltos más recientemente, los reclamantes, en su condición de consumidores, entendían que, teniendo en cuenta todos los conceptos que se habían cobrado, incluyendo tanto la liquidación del descubierto como la comisión de reclamación de saldo, se excedía el límite máximo establecido en la normativa. Como ya se ha indicado, se ha de distinguir la liquidación de las posiciones deudoras habidas en la cuenta (intereses y comisiones de descubierto, según lo pactado en el contrato, y siempre que se cumplan todas las condiciones ya reseñadas) de la repercusión de cantidades en concepto de «comisión por reclamación de posiciones deudoras», compatible en principio con la liquidación de posiciones deudoras, siempre, claro está, que se cumplieran las condiciones y limitaciones que han quedado expuestas en el párrafo anterior, que tienen por objeto la recuperación de los costes incurridos en el proceso de recobro y que no se computarían, por tanto, dentro del mencionado límite que establece la LCCC (2,5 veces el interés legal del dinero, siempre que estemos ante un consumidor).

Resta añadir, tanto en relación con esta comisión e intereses de descubierto como con la reclamación de posiciones deudoras, que, en aquellos casos en los que una vez firmado el contrato se invoca el carácter abusivo de la cláusula o se plantea la existencia de cualquier eventual vicio en el consentimiento prestado, corresponde a los tribunales de justicia emitir un pronunciamiento al respecto, haciendo uso, a tal fin, de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Los criterios de este DCMR en relación con esta cuestión han quedado expuestos en el apartado «Cuentas con varios titulares o cuentas plurales», en relación con las cuentas con varios titulares.

Los criterios de este DCMR en relación con esta cuestión han quedado expuestos en el apartado «Apuntes en cuenta. Disposición de fondos», en relación con los autorizados en cuenta.

El contrato que regula el funcionamiento de la cuenta y las obligaciones de cada una de las partes es el elemento fundamental de información al cliente sobre las condiciones de aplicación a cada una de las operaciones de pago que se asienten en aquella.

Siempre sin perjuicio de la información que se ha de incluir en el correspondiente contrato de cuenta a la vista, y dado que frecuentemente no se contemplan en ellos todas las posibles operaciones que se han de realizar y las condiciones y gastos que se aplicarán a aquellas, la OSP determina la información que las entidades han de aportar a sus clientes con carácter previo a la ejecución de operaciones de pago a partir de la previa existencia de un contrato de cuenta, en este caso disposiciones de fondos de un contrato de depó-

sito a la vista, indicando (artículo 14 de la OSP) que «cuando se produzca una operación de pago sujeta a un contrato marco iniciada por el ordenante, a solicitud de este, el proveedor de servicios de pago deberá suministrarle información explícita sobre el plazo máximo de ejecución y sobre los gastos que debe abonar el ordenante añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los posibles gastos».

La OSP obliga a las entidades a facilitar al titular de la cuenta de pago, ya intervenga como ordenante o como beneficiario, después de la ejecución de cada operación, sin demoras injustificadas, en papel u otro soporte duradero, la siguiente información (artículos 15.1 y 16.1 de la OSP):

- Una referencia que le permita identificar la operación y, cuando sea posible, a la otra parte de esta (ordenante o beneficiario de la operación).
- El importe de la operación en la moneda en que se haya cargado o abonado en la cuenta, según el caso.
- El importe de cualesquiera gastos de la operación y, en su caso, el desglose de los gastos e intereses que deba abonar el cliente.
- En caso de que la operación incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio utilizado y el importe de la operación de pago tras/antes de dicha conversión.
- La fecha de valor del adeudo o la de la recepción de la orden de pago y, si se trata del beneficiario, la fecha de valor del abono.

Dicha obligación se recoge también en la orden general de transparencia (artículo 15.1, párrafo segundo) y en la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012, al señalar que, en todo caso, se deberá proporcionar al cliente una copia de la información relativa a cualquier operación realizada a través de cualquier depósito a la vista, poniendo a su disposición los datos necesarios para que pueda apreciar las características básicas de la operación asentada en la cuenta.

Entiende este DCMR que, según el tipo de operación de que se trate, y en función de lo estipulado en el contrato, dicha obligación se puede entender cumplida con la puesta a disposición del cliente —ordenante o beneficiario de las operaciones— de dicha información, como acreditación de cada operación realizada; y haciendo efectiva su entrega siempre que el cliente lo solicite.

Extractos

El DCMR, haciendo suya la línea jurisprudencial marcada en diferentes sentencias, ha venido considerando que la remisión de extractos tiene en el uso bancario gran relevancia, por cuanto en ellos se solicita la conformidad del cliente con la información remitida y se prevé su silencio como prestación tácita de conformidad una vez transcurrido determinado plazo, pues tal abstención o silencio puede ser considerado como expresión de consentimiento en aras de la buena fe.

Conforme a lo establecido en el artículo 15.1 (párrafo primero) de la orden de transparencia, en relación con los depósitos a la vista, y la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012 (en vigor desde el 6.10.2012), y también en los artículos

15.2 y 16.2 de la OSP, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes, si los hubiera, con información relativa a la fecha, concepto e importe de la operación, en la forma convenida por las partes, siempre que permita almacenar la información y reproducirla sin cambios. El modelo de comunicación se deberá adaptar a lo establecido en el anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, apartado 1.1.2 (extractos de cuenta).

Lo indicado por primera vez en los artículos 15.2 y 16.2 de la OSP se trata de una novedad legal que afecta a la rendición de cuentas de las entidades con sus clientes, pues hasta entonces esa obligación se concretaba en el contrato suscrito, de acuerdo con las reglas genéricas del mandato y de la comisión mercantil.

La comunicación podrá ser de forma activa, mediante su envío o mediante la puesta a disposición del usuario de la información, lo cual deberá constar en el contrato, con el único requisito adicional de que el titular de la cuenta pueda almacenar la información y reproducirla sin cambios.

En cualquier caso, la transparencia que debe inspirar la relación de las entidades con sus clientes exige que los conceptos que identifiquen los movimientos registrados en una cuenta sean suficientemente clarificadores sobre la naturaleza de la operación.

Para el caso de que se planteen controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de información en relación con la remisión de extractos anteriores a la entrada en vigor de la normativa citada (8 de julio de 2010 para la OSP y 6 de octubre de 2012 para la circular de transparencia, que detalla en su anejo 4 el contenido de dicha información mensual), habrá que estar al contenido de la Circular del Banco de España 8/1990, anexo VI, que recogía, en relación con las operaciones de pasivo, que «las entidades entregarán a sus clientes extractos de cuenta, con la periodicidad que convenga, según el movimiento de las cuentas».

Documentos de liquidación (hasta el 1 de julio de 2013, y a desde el 1 de julio de 2013)

Nos remitimos aquí a lo indicado en el apartado Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos.

En particular, el modelo al que deben adaptarse los documentos de liquidación de comisiones e intereses de depósitos a la vista se recoge en el punto 1.1.1 del anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012. Para el caso de las liquidaciones de descubiertos, la información que deben incluir se detalla en el punto 1.1.3 de aquel.

Como también se ha indicado en los extractos, se ha de tener en cuenta la fecha concreta a la que se refiera la cuestión planteada en cada expediente en relación con la remisión de los documentos de liquidación, de tal forma que, para supuestos anteriores al 1.7.2013, habrá que estar a lo establecido al respecto en la Circular del Banco de España 8/1990 (anexo VI, que contiene los modelos de los documentos de liquidación).

Resumen anual de comisiones e intereses (1 de enero de 2014)

Nos remitimos aquí a lo indicado en el apartado Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos.

En particular, el modelo al que debe adaptarse el documento-resumen anual de comisiones e intereses en el caso de los depósitos a la vista, aplicable desde enero de 2014, se recoge en el punto 2.1 del anejo 5 de la Circular del Banco de España 5/2012, separadamente para cada cuenta, si se mantienen varias.

Carácter gratuito de las informaciones

No se podrá cobrar al usuario (artículo 19.1 de la LSP), como ya se ha visto en el apartado «Liquidación de la cuenta», por el suministro de la información indicada en la LSP y «su normativa de desarrollo».

Así, el artículo 19.1 se estaría refiriendo a la entrega (o a la puesta a disposición, si se accede a la información por medios electrónicos) por parte de la entidad de la información previa o posterior a la cumplimentación de las diversas operaciones que en la cuenta se pueden realizar, pero íntimamente relacionada con dichas operaciones desde la perspectiva de las normas de transparencia, no necesariamente con la dinámica general de la ejecución del contrato que da cobertura a las operaciones, la cuenta. Por esta razón, se permite el cobro al usuario por facilitar no solo información adicional, sino también más frecuente, siempre que medie pacto expreso, y que en ningún caso podrá ser la información periódica regulada en la OSP [véase apartado anterior, sobre los extractos].

Por información adicional, por tanto, se ha de entender la que excede de la prevista en la OSP (y normativa de desarrollo; en este caso, la circular de transparencia).

Prueba del envío

De acuerdo con la línea jurisprudencial ya citada, «[...] la mecanización bancaria hace que pueda presumirse genéricamente el cumplimiento de dicho acuerdo (envío de extractos) y, aunque el envío es indemostrable al hacerse por medios que no permiten tener constancia de la recepción, solo en caso de negarse este y poder apreciarse un motivo razonable (varios titulares de la cuenta, separación matrimonial) debe atenderse la negativa».

En consecuencia, si bien es cierto que el sistema ideal de remisión de extractos y demás información pasaría por el correo certificado, u otro sistema que permitiera dejar constancia fehaciente de su recepción, el evidente alto coste que ello generaría, frente a los beneficios que se derivarían de dicha actuación, hace que este DCMR venga considerando que los conductos fehacientes no son necesarios.

En todo caso, es relevante el hecho de que cada vez es utilizado con más frecuencia el canal telemático para la consulta de movimientos de las cuentas bancarias por parte de sus titulares, canal que ya promovía la propia normativa de transparencia anterior —concretamente, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela— cuando señalaba que «la remisión de los documentos de liquidación de operaciones [...] podrá realizarse mediante su envío en soporte electrónico duradero cuando el cliente así lo solicite o cuando este haya sido el procedimiento utilizado en la contratación y así esté previsto en el documento contractual».

Libretas de ahorro

Se exponen a continuación algunas de las cuestiones que normalmente se ponen de manifiesto en relación con aquellas y sus posibles diferencias con las cuentas corrientes.

Contrato

Como ya se ha indicado en el apartado relativo a la formalización del contrato, las entidades están obligadas a entregar al cliente copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, y a conservar copia del contrato firmada por aquel, debiendo poner a su disposición copia del contrato siempre que este lo solicite (artículos 12 y 13 de la OSP, en relación también con el 20 de la LSP).

Tradicionalmente, y en relación con el caso particular de las libretas de ahorro, este DCMR ha venido indicando que la obligación de entrega del documento contractual en el que se formalizaba el depósito a la vista se exceptuaba en el caso de depósitos instrumentados en libretas de ahorro cuando estas constituyan el documento contractual.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en todo caso, se han de verificar, en el caso de las cuentas de ahorro que se instrumentan en una libreta para llevar a cabo las disposiciones, las obligaciones de información recogidas en la OSP en relación con el contenido de los documentos contractuales. Del mismo modo, y según se ha indicado en el apartado de adaptación de los contratos, las entidades deberán estar en condiciones de acreditar haber comunicado a sus clientes titulares de libretas de ahorro las adaptaciones relacionadas con la entrada en vigor de dicha normativa.

Información mensual. Extractos

Una de las diferencias fundamentales entre las cuentas de ahorros y las cuentas corrientes es que en las primeras el soporte fundamental es una libreta en la que se registran todos los movimientos, en tanto que en la cuenta corriente ese soporte es el extracto periódico. Sin embargo, a efectos prácticos, y como consecuencia de la propia evolución del negocio bancario, las diferencias entre ambos productos son, normalmente, en la actualidad no especialmente relevantes, y relacionadas frecuentemente con el instrumento que el titular desea utilizar para efectuar disposiciones habitualmente (libreta o tarjeta).

Así, la mayoría de la doctrina entiende que el deber de proveer información de forma activa, además de predicable de ambos productos, está siendo desplazado por el de puesta a disposición de información. Con el uso de la banca electrónica, no es preciso el envío por correo ordinario en papel de los listados de operaciones, pues ello se puede entender cumplido con el envío de un correo electrónico a la dirección designada por el cliente, o la puesta a disposición en Internet con el acceso de usuario del cliente, de acuerdo con lo previamente pactado en los respectivos contratos (de cuenta y de banca electrónica).

De esta manera, y si bien debemos tener en cuenta las particularidades propias de las libretas de ahorro, este DCMR estima que la obligación de entrega de copia de la información relativa a cualquier operación realizada también se aplica a aquellas, del mismo modo que la obligación de información mensual de todas las operaciones cargadas o abonadas en la cuenta que se recoge en la OSP (artículos 15.2 y 16.2).

La OSP se refiere a las cuentas de pago en general, por lo que dicha obligación también afectaría a las cuentas de ahorro con carácter general. Dado que las entidades habrán de estar en condiciones de acreditar también en este caso la comunicación de la adaptación a los preceptos de la LSP y de la OSP, en aquella habrá de estar recogida la forma en que se entenderá cumplida dicha obligación de información mensual.

Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que en la norma undécima, apartado 6, último párrafo, de la Circular del Banco de España 5/2012 se recoge que no podrán utilizarse los documentos de liquidación con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras, pero establece una excepción en el caso de los documentos que contengan la liquidación de un instrumento de pago, de tal manera que, en tales supuestos, en el documento de liquidación se podrá incluir el resumen de movimientos realizados en el período correspondiente.

Uso fraudulento

Las libretas de ahorro con banda magnética o cualquier otro mecanismo que permita a su titular la disposición de efectivo en cajeros automáticos u otro tipo de dispositivos electró-

nicos habilitados al efecto se incluirían dentro del concepto de instrumento de pago que recoge la LSP.

Por tanto, resulta de aplicación a las operaciones fraudulentas efectuadas con libretas de ahorro lo establecido en los artículos 29, 31 y 32 de la LSP. Respecto de esta cuestión, nos remitimos a lo recogido en esta Memoria en relación con el uso fraudulento de tarjetas.

Cuentas inactivas

Los titulares de las cuentas deben ser los primeros interesados en llevar un correcto control de sus posiciones y de sus productos bancarios, de tal manera que, si lo que desean es cancelar su cuenta, esa es la actuación que deben llevar a cabo, no siendo suficiente a estos efectos la retirada total de saldo, pues en tales casos la cuenta seguiría habilitada para soportar movimientos.

- La entidad, en tales supuestos en que la cuenta no está cancelada, puede legítimamente, pese a que no registre movimiento alguno, repercutir comisiones de mantenimiento, dentro de los límites del contenido del contrato formalizado (y, mientras estas se encontraron vigentes, de las tarifas registradas). El compromiso de la entidad de prestar el «servicio de caja» sigue vigente, a no ser que se cancele el contrato, por lo que, si en el contrato tiene pactado el cobro de comisiones de mantenimiento, la entidad las podrá continuar cobrando, aunque no tenga movimientos la cuenta. Transcurrido un tiempo sin que el cliente realice movimientos en la cuenta, algunas entidades la pueden clasificar como «inactiva», pero solo a efectos internos, y la entidad podría seguir cobrando comisiones por el mantenimiento. Sin embargo, se considerará legalmente «abandonada» si no se ha efectuado ninguna gestión durante 20 años, de manera que su saldo pasaría a ser propiedad del Estado (artículo 18.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas).

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 documentos (de movimientos y/o liquidaciones) que obligatoriamente deban facilitar a sus clientes. Por su parte la comisión de administración suele retribuir, cuando se cobra, los servicios de caja adicionales al básico cubierto por la comisión de mantenimiento.

- 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, conociendo la voluntad de su cliente de cancelar la cuenta, no le informe adecuadamente sobre el hecho de que debía liquidar los gastos pendientes de su cuenta tras haber quedado esta con saldo cero, lo cual merecería, si se da tal supuesto, nuestro pronunciamiento desfavorable.
- Igualmente, una cosa es que la entidad se encuentre legitimada para el cobro de las mencionadas comisiones en supuestos como el que nos ocupa, y otra es que gire en esa cuenta por tal motivo liquidaciones por el descubierto. Ade-

más, la entidades deberán estar en condiciones de acreditar que han continuado con la remisión de los extractos informativos exigibles al domicilio correspondiente, y que han reclamado periódicamente el saldo pendiente a sus clientes, evitando así que el cliente se vea sorprendido después de largo tiempo con la exigencia de cantidades cuya existencia y reclamación desconocía.

Por último, en relación con esta cuestión, la norma quinta, apartado 4.b), de la Circular del Banco de España 5/2012, de transparencia, establece que el deber de diligencia a que se refiere el artículo 13 de la orden comprenderá igualmente:

«Sin perjuicio de la normativa especial que regule los saldos en presunción de abandono, 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.»

Cancelación de la cuenta

El contrato de depósito a la vista puede ser resuelto en cualquier momento, tanto por el titular como por la entidad (artículo 21, apartados 1 y 3, de la LSP).

A iniciativa de la entidad

La Ley 16/2009, de servicios de pago, contempla que las entidades únicamente pueden instar la resolución de los contratos marco que amparan esos servicios si estos fueran de duración indefinida y esta posibilidad se hubiera acordado en ellos, debiendo, no obstante, avisar al usuario con una antelación mínima de dos meses y en idénticos términos a los previstos en el artículo 11.1 de la OSP —esto es, en la forma establecida para las modificaciones contractuales, que fue analizada en el epígrafe «Modificaciones contractuales» anterior, al que nos remitimos— (artículos 21.3 de la LSP y 18 de la OSP).

A iniciativa del cliente. Caso particular de la cancelación por uno de los titulares

Por el contrario, el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, salvo que se hubiera pactado un preaviso —que nunca podrá exceder del mes—, debiendo asumir en todo caso los gastos derivados de la resolución, que tendrán que ser apropiados y acordes con los costes. Sin embargo, la resolución será gratuita si el contrato fuera de duración indefinida o por un plazo superior a 12 meses y se hubiera resuelto transcurridos estos (artículos 21.1 y 21.2). En cualquier caso, de cobrarse periódicamente gastos por el mantenimiento de la cuenta (artículo 21.4), el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

De esta manera, con anterioridad a la efectiva cancelación de la cuenta, la entidad debe poner a disposición del titular el saldo que aquella presentase a su favor y el titular debe, a su vez, entregar a la entidad, para su inutilización, todos los medios de pago asociados a la cuenta, tales como talonarios de cheques o tarjetas.

En ese sentido, este DCMR entiende que, si las entidades, con carácter general, han de ser absolutamente diligentes en el cumplimiento de las órdenes que les sean impartidas por sus clientes, más aún deben serlo en supuestos en los que se pretende la terminación de la relación contractual que une a las partes, con el consiguiente cese de la posibilidad de generar obligaciones económicas para una u otra parte. Además, dado que los principios inspiradores que deben regular la relación de las entidades con sus clientes son la transparencia y la claridad, de modo que en todo momento puedan conocer, entre otras cosas, los motivos de la actuación de las entidades (autorizaciones, denegaciones, modificaciones...) hacia ellos, en estos casos, la negativa de la entidad a llevar a cabo la actuación solicitada debe estar fundada siempre en justa causa.

Así, no se ha apreciado la concurrencia de una mala práctica bancaria en los supuestos concretos en los que la entidad no ha cancelado la cuenta a instancias del cliente, alegando para ello, y acreditando debidamente, aspectos tales como la existencia de saldo deudor en la cuenta o la existencia de contratos vinculados vigentes.

Este DCMR se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, en el sentido de considerar que, al igual que para que nazca una relación jurídica es necesario que concurra el consentimiento de todos los titulares, adquiriendo también todos ellos los correspondientes derechos y obligaciones, para su cancelación se estima igualmente necesario que concurra el consentimiento de todos ellos, salvo que se acredite la existencia de pactos o condiciones en otro sentido.

De este modo, el régimen solidario de titularidad faculta a los titulares para disponer de los fondos a su exclusivo criterio, incluso de la totalidad del saldo existente (en las cuentas a la vista, la ausencia de saldo no supone la cancelación), pero, a menos que existan pactos específicos que añadan a dicha facultad la de cancelación unilateral, esta requerirá, como se ha indicado, la concurrencia de la voluntad de todos los titulares.

En relación con estos posibles pactos, el DCMR considera que deberían contribuir a crear o a aumentar la seguridad jurídica en la relación, respetando las diferentes posiciones jurídicas de los interesados, dando respuesta a los potenciales conflictos entre los intervinientes que se pudieran identificar, e incorporando la flexibilidad suficiente para permitir aplicaciones casuísticas, de modo que se evite que una aplicación rígida de las reglas determine situaciones de desequilibrio en detrimento de las personas afectadas o de sus legítimos intereses. En cualquier caso, no se consideraría procedente que los autorizados en cuenta, a los que la práctica generalizada atribuye únicamente facultades de disposición, procedieran a dar instrucciones de cancelación de la cuenta que fueran atendidas por la entidad.

Otra cuestión diferente sería que, ante la falta de acuerdo entre los cotitulares respecto al mantenimiento o no de la cuenta, la entidad pueda ejercer las facultades de rescisión que en el contrato se le atribuyan.

Reapertura de cuentas canceladas

Se considera una mala práctica bancaria la reapertura de cuentas previamente canceladas para adeudar importes pendientes. En estos casos, las entidades pueden negarse a la pretendida cancelación si hubiera liquidaciones pendientes de adeudo, pero, si acceden a la cancelación de la cuenta, no estarían en modo alguno posteriormente habilitadas para reabrir la.

Deber de colaboración activa en el traslado a otra entidad de operaciones que empleen como soporte una cuenta a la vista

Además de lo anterior, se ha de tener en cuenta lo establecido en la orden general de transparencia, artículo 15.2, que establece que las entidades de crédito deberán colaborar activamente e intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre sí y con el propio cliente, al objeto de facilitar el traslado eficaz y ágil a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que empleen como soporte un depósito a la vista, tales como domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencia y transferencias periódicas recibidas.

En este sentido, se reitera también la Circular del Banco de España 5/2012, norma quinta, apartado 5, al indicar que las entidades desempeñarán con la máxima diligencia el deber de colaboración activa exigido en el artículo 15.2 de la orden.

4.2.4 DEPÓSITOS A PLAZO
CON GARANTÍA
DEL PRINCIPAL

Los depósitos a plazo, siempre que tengan garantizada la devolución del principal a su vencimiento, están sometidos a la normativa de transparencia bancaria general, y la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen corresponderá al DCMR del Banco de España⁶⁴.

La regulación de la transparencia de los depósitos a plazo, incluidos los depósitos estructurados o híbridos, se encuentra actualmente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre⁶⁵, y más en particular en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio⁶⁶.

Respecto de aspectos tales como la publicidad, la información pública sobre tipos de interés y comisiones, y las comunicaciones a clientes e información periódica sobre los depósitos a plazo, nos remitimos a lo indicado en el comienzo de este apartado de pasivo (epígrafe 2.1) en relación con las cuestiones comunes, debiendo tener presente en cada caso la efectiva fecha de aplicación de cada una de las informaciones.

a. Contratación. Información
previa, formalización y
contenido de los contratos

En las reclamaciones que se han planteado en este tipo de depósitos, en ocasiones los reclamantes denuncian que no han sido debidamente informados sobre las características del depósito contratado, no cumpliendo la entidad con aquello a lo que se había comprometido en relación con su rentabilidad, las comisiones, la penalización por cancelación anticipada, etc. Sin embargo, y dado que normalmente no se disponía en los expedientes de elementos de acreditación de la información previa al contrato de depósito, no se podía valorar dicha circunstancia en la resolución del expediente, sino solo el contenido del contrato respecto de los extremos controvertidos, aunque ya en determinados casos las entidades han venido elaborando y entregando a sus clientes documentos de solicitud de este tipo de operaciones en los que se contenían sus características esenciales, los cuales han sido aportados como elemento de acreditación documental de la información prestada.

La entrada en vigor de la nueva normativa de transparencia modifica de forma importante tanto esta cuestión como la relativa al propio contenido del contrato, regulándose ambas de forma exhaustiva.

Explicaciones adecuadas

Una de las novedades introducidas en relación con los depósitos por la orden y luego desarrollada con mayor precisión en la circular —y que resulta exigible a las cuestiones que se plantean sobre actuaciones desarrolladas con posterioridad a enero de 2013— es la relativa a la obligación de las entidades de aportar explicaciones adecuadas sobre las características de los depósitos que se han de contratar, muy particularmente en el caso de los depósitos estructurados o híbridos (véase «Contratación de depósitos estructurados o híbridos»).

64 En tal sentido, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su artículo 16, así como su normativa de desarrollo, se refiere únicamente a los «Depósitos a plazo con garantía del principal».

65 En vigor, con carácter general, desde el 29 de abril de 2012.

66 En vigor, con carácter general, desde el 6 de octubre de 2012, si bien, para cuestiones específicas, entró en vigor el 1 de enero de 2013 (explicaciones adecuadas y deber de diligencia, entrega de información precontractual, informaciones que se deben resaltar, y políticas y procedimientos de préstamo responsable), el 1 de julio de 2013 (en relación con el contenido de los contratos y con las comunicaciones que se han de efectuar a los clientes) y en enero de 2014 (para la remisión del documento resumen anual de comisiones e intereses). Por su parte, la información sobre las comisiones más frecuentes (norma tercera, apartado 1, y norma decimosexta, apartados 1 y 2) comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2013.

Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son, como ya se ha expuesto en relación con los depósitos a la vista, dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Ni la orden ni la circular de transparencia exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas, si bien tampoco la excluyen. Así, las «explicaciones adecuadas», según están concebidas en la orden y en la circular, se facilitarán normalmente de forma verbal, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.

Información precontractual

La orden ha dado rango normativo a la exigencia de entrega de información previa para este tipo de servicios, al establecer (artículo 6) que las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre el servicio bancario (un depósito a plazo en este caso) y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva, 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 y oferta.

Además de lo anterior, la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012 regula la específica información precontractual exigible —que entró en vigor respecto de este extremo el 1 de enero de 2013—, 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, y detallando el apartado 2.2 de la citada norma el contenido mínimo de dicha información precontractual en el caso de los depósitos a plazo con garantía del principal.

Nos remitimos a su contenido, destacando aquí la información que debe resaltarse (norma séptima, en relación con el punto 1.2 del anejo 3): la duración del contrato (si al vencimiento de este el depósito se renueva tácitamente, deberán resaltarse, junto con el plazo, las demás condiciones a que aquel quedará sujeto); la existencia o no del derecho a cancelar anticipadamente el depósito y, en su caso, la comisión o penalización que dicha cancelación suponga, la cual no podrá ser, en ningún caso, superior a la retribución que el depósito hubiese devengado hasta esa fecha (criterio de buena práctica mantenido por este DCMR y que ahora se recoge expresamente en la norma); la circunstancia de que la retribución ofrecida por el depósito se condiciona a la contratación o uso de uno o varios servicios accesorios, así como cada uno de estos servicios; la tasa anual equivalente; y, cuando el fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad sea diferente del previsto en el Real Decreto-ley 16/2011, se resaltarán esta circunstancia, así como su denominación debidamente traducida, su domicilio y, en su caso, la dirección de su página electrónica.

Formalización del contrato. Contenido

En relación con la información que las entidades debían proporcionar a sus clientes sobre imposiciones a plazo y certificados de depósito y otros depósitos con intereses pospagables, que se enmarcaba bajo la normativa de transparencia anterior dentro de la obligación genérica de rendición de cuentas, las obligaciones sobre esta materia aparecían reguladas en el anexo VI de la derogada Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que determina el contenido mínimo de la información que se debe facilitar:

«Cada liquidación se comunicará al cliente mediante carta de abono en cuenta con indicación de la misma, o, en su caso, poniendo a su disposición el importe de la liquidación. En dichas comunicaciones deberá consignarse:

- Clase de depósito.
- Fecha de constitución.
- Plazo.
- Importe.
- Período a que corresponde la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.
- Tipo de interés contractual aplicado.
- Importe de los intereses que resultan.
- Impuestos retenidos con expresión del tipo y base de cálculo.»

No obstante, teniendo en cuenta los principios de claridad y transparencia, este DCMR considera que cualquier otra información que las entidades proporcionen a sus clientes, como puede ser a través de su web, debe ser exacta y rigurosa, puesto que de otra manera puede llevar a confusión al cliente sobre las condiciones reales que se están aplicando a su depósito.

Ahora bien, sin perjuicio de los criterios anteriormente expuestos, que han sido aplicados por este DCMR a las reclamaciones presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa de transparencia, el artículo 7 de la vigente orden, relativo a la información contractual, establece la obligación de las entidades de entregar al cliente el documento contractual en el que se formalice el depósito, así como de conservarlo y poner a disposición del cliente copia de aquel, siempre que lo solicite.

En relación con su contenido, establece en su apartado 3 que los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos, siempre sin perjuicio de las que en el desarrollo normativo realizado mediante la circular se han establecido:

- a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.
- b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de aquellos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.
- 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.

- d) La duración del depósito y, en su caso, la condiciones para su prórroga.
- e) Las normas relativas a las fechas de valor aplicables.
- f) Los 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.
- g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.

Además, en la Circular del Banco de España 5/2012 se recoge la obligación de las entidades de retener y conservar una copia del documento contractual firmada por el cliente, así como el recibí de este a la copia del documento, que podrá constar en el propio documento contractual (apartado 3 de la norma novena).

Por su parte, el contenido de los documentos contractuales (desde julio de 2013) aparece regulado con todo detalle en la norma décima, a cuyo contenido nos remitimos, y del que destacamos (además de lo relativo a los depósitos estructurados, que se verá en el apartado siguiente) la necesidad de recoger específicamente los gastos que el cliente deba soportar o las compensaciones que haya de recibir por la cancelación anticipada, así como, cuando se prevea la prórroga del contrato, de especificar la forma y condiciones en que el cliente podrá prestar su consentimiento a aquella; y, en cualquier caso, recogerá la obligación de la entidad 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 siempre que se otorgue al cliente la posibilidad de retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde que se comuniquen las nuevas condiciones.

Para el caso de controversias planteadas en relación con depósitos formalizados bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de todas las precedentes memorias de este DCMR sobre la cuestión, debiendo recordar que la Circular del Banco de España 8/1990 establecía la obligación de entrega del documento contractual en estos casos cuando superaran un determinado importe, pero este DCMR, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, lo ha venido haciendo extensivo a todas las operaciones de este tipo.

Algunas de las cuestiones que se han resuelto antes de la entrada en vigor de la nueva normativa de transparencia por parte de este DCMR en este aspecto, y que dieron lugar a un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada, se pueden sintetizar así:

- Falta de aportación de copia de los documentos contractuales en los que se debió formalizar la apertura de cuenta (porque originalmente no se formalizaron o porque no se conservaron adecuadamente), lo que supuso que no se pudieron acreditar los derechos/obligaciones de las dos partes de la relación.
- Falta de inclusión en el documento de apertura de una imposición a plazo fijo de menciones que eran preceptivas, tales como el tipo de interés o la TAE. También en ocasiones, por no establecer de forma clara en el contrato de

depósito a plazo fijo cuáles eran el tipo de interés aplicable o la forma de su determinación.

b. Contratación de depósitos estructurados o híbridos

Los instrumentos financieros híbridos son contratos que incluyen simultáneamente un contrato principal diferente de un derivado (y que en este caso sería un depósito a plazo) junto con un derivado financiero, denominado «derivado implícito», que no es individualmente transferible y que tiene el efecto de que algunos de los flujos de efectivo del contrato híbrido varían de la misma manera en que lo haría este considerado aisladamente.

Así, un depósito estructurado o híbrido es un depósito a plazo determinado, con un rendimiento (en todo o en parte) vinculado a la evolución de un determinado índice o referencia bursátil, o de otra naturaleza diferente a un tipo de interés (depósito híbrido). El rendimiento podrá ser únicamente de ese tipo, o bien mixto, en los casos en que, además de dicha remuneración, se contempla una remuneración con un interés fijo a lo largo de un determinado período o incluso a lo largo de todo el plazo del depósito.

Respecto de dichos depósitos, la nueva normativa de transparencia establece unas específicas obligaciones de información diferenciadas de las relativas a los depósitos a plazo ordinarios, que se pasan a detallar.

Explicaciones adecuadas

La Circular del Banco de España 5/2012 establece en su norma quinta (en relación con el artículo 9 de la orden de transparencia) que las entidades deben facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado. La norma se refiere posteriormente a algunos casos particulares de operaciones en las que pueda ser preciso hacer hincapié en determinados aspectos, la mayoría de ellos aplicables fundamentalmente al caso de los depósitos estructurados o híbridos.

Así, las entidades deberán extremar la diligencia en las explicaciones que han de facilitar al cliente al que se ofrezcan productos o servicios bancarios que reúnan algunas de las características que se enumeran a continuación, con el fin de que aquel pueda comprender las características del producto y sea capaz de adoptar una decisión informada sobre productos:

- Que impliquen riesgos especiales, como, por ejemplo, el de una remuneración nula en los depósitos estructurados o híbridos.
- Que para su correcta apreciación por parte del cliente requieran la evaluación de múltiples aspectos, tales como la evolución (pasada o futura) de índices de referencia o del precio de productos vinculados cuya contratación resulte necesaria.
- Que, como resultado de su cuantía y duración, entrañen obligaciones para el cliente que puedan resultar especialmente onerosas.
- Cuya comercialización se acompañe de una recomendación personalizada, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva de productos o servicios.

Entiende este DCMR que en parte de estos supuestos citados se incluirían los depósitos estructurados o híbridos, los cuales, por tanto, deberán ser debidamente explicados en

todas sus características, para que el cliente pueda evaluar, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, la adecuación del producto ofrecido a sus intereses. A tal fin, la citada norma quinta de la Circular del Banco de España 5/2012 establece que las entidades recabarán del cliente la información adecuada sobre sus necesidades y su situación financiera, y ajustarán la información que le suministren a los datos así recabados.

Se debe precisar, no obstante, que el enfoque que se contiene en la regulación es que:

- Compete a la entidad dar información adecuada sobre el producto.
- Pero compete al consumidor evaluar si los productos que se le ofrecen se ajustan a sus intereses, necesidades y situación financiera.

Información precontractual

Por su parte, la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012 regula la específica información precontractual exigible (con fecha de entrada en vigor respecto de este extremo a partir del 1.1.2013), y cuyo contenido ya se ha reseñado de forma resumida en el apartado precedente.

En cualquier caso, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del resto de menciones que se recogen para los depósitos a plazo, se indicarán:

- De forma explícita y clara, la obligación de la entidad de reembolsar el principal al vencimiento (lo que se debe incluir también en el contrato).
- Las circunstancias de las que dependerá su remuneración, especificando, cuando existan, los diferentes supuestos y los elementos que puedan influir en su percepción, e incluyendo una estimación de su TAE, calculada de acuerdo con las indicaciones contenidas en la norma decimotercera, apartado 8.5, que establece en esos casos que la TAE deberá reflejar el tipo de interés efectivo que le corresponda al contrato principal una vez segregado el derivado implícito, así como el valor en el momento del contrato de dicho derivado.
- Los riesgos de que tal remuneración no se produzca o de que sea inferior a la equivalente ofrecida por la entidad, en términos de TAE, para un depósito con interés periódico (información que deberá resaltarse).
- La forma en que se calculará el coste de cancelación del depósito, si lo hubiese.

También en este caso de los depósitos estructurados o híbridos, se facilitarán al cliente varios ejemplos representativos de la remuneración del depósito estructurado y varios ejemplos representativos del coste de su cancelación, contruidos unos y otros en función de distintos escenarios posibles de evolución del derivado implícito, que sean razonables y estén respaldados por datos objetivos.

Contenido del contrato

Además, y en relación con el contenido de los documentos contractuales relativos a depósitos a plazo estructurados o híbridos, de forma adicional a las menciones referidas para los depósitos en general, el artículo 16 de la orden recoge que aquellos deberán recoger de forma explícita y clara la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente de la remuneración total efectiva en términos de intereses anuales, conforme al

contenido que se ha desarrollado por la Circular del Banco de España 5/2012 (y que resulta exigible desde el 1 de julio de 2013), teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito (véase a este respecto la norma décima).

De otro lado, y en relación con las reclamaciones resueltas antes de la entrada en vigor de la nueva normativa de transparencia por controversias en relación con este tipo de depósitos estructurados (en las que aún no se ha aplicado, por no estar vigente dicha normativa), se ha de indicar que, ante la afirmación de los reclamantes de que los contratos no se correspondían con lo solicitado y con lo informado por la entidad, no obrando en el expediente documentación sobre la forma en que fue explicado el producto (por operaciones comercializadas antes del 1 de enero de 2013), se ha remitido a los clientes a los tribunales de justicia, entrando este DCMR a valorar si se recogían debidamente en el contrato las características específicas (por ejemplo, en relación con la posibilidad o no para las partes de llevar a cabo una cancelación anticipada) y la rentabilidad del depósito estructurado, y si la entidad había actuado conforme a lo pactado.

c. Vigencia del depósito

En cuanto a la regulación aplicable a los tipos de interés y comisiones de los depósitos a plazo, debemos señalar que esta viene constituida, ante todo, por el principio general de libertad de pactos que establece el artículo 1255 del Código Civil:

Liquidación

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.»

Además, la normativa sectorial de transparencia actual, al igual que ocurría bajo la vigencia de la Orden de 12 de diciembre de 1989, establece como principio básico la libertad para la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas, como ya se ha indicado en otros puntos del apartado que estamos analizando.

Las entidades de crédito pueden aplicar en sus operaciones bancarias los tipos de interés que acuerden con sus clientes. El artículo 4 de la orden de transparencia recoge que «los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósito como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad de la operación».

En consecuencia, respecto de esta cuestión, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito a plazo.

Discrepancia entre el tipo del contrato y el de la publicidad

El establecimiento en las imposiciones a plazo de unas condiciones de remuneración peores que las publicitadas en prensa e Internet por la entidad para captar dinero de otras entidades, que algunos clientes denuncian ante este DCMR, no supone necesariamente que las entidades se estén apartando de la transparencia debida con sus clientes.

Nos remitimos aquí a lo indicado en el apartado «Publicidad de los depósitos».

Base de cálculo 360

La utilización de la base de cálculo 360 en los depósitos a plazo se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada de este por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de octubre de 1950 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del

Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las memorias del Servicio de Reclamaciones —ahora, DCMR— correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que:

«La aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario.»

Puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas informáticos que venían a justificar dichos usos hace que carezcan en la actualidad de razón técnica. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y el alcance de las cláusulas de los contratos.

Falta de abono del interés
complementario en un depósito
bonificado

Al contrario de lo que ocurre en el caso de los depósitos a la vista, las reclamaciones en relación con la remuneración de los depósitos a plazo son de las más frecuentes en este tipo de productos, al entender los clientes que la entidad no ha abonado el interés contractualmente previsto.

Así, en los últimos años se han planteado, entre otras discrepancias, una que destacamos por su recurrencia y que se refiere a la falta de abono del interés bonificado de la imposición, que es remunerada solo con el tipo básico pactado. En varias reclamaciones, el cliente discrepaba con el hecho de que la entidad hubiera abonado solo el interés básico, pero no el complementario o bonificado, pese a sostener que se cumplían todos los requisitos para ello. En ocasiones, dichos requisitos se referían al mantenimiento de determinadas domiciliaciones (nóminas, recibos, etc.) o a la utilización de una tarjeta emitida por la entidad; en otras, al mantenimiento de un determinado volumen de saldos en otras posiciones en la misma entidad, al incremento de estas, etc.

En dichos casos, se precisa que este DCMR no resulta competente para entrar a valorar las decisiones que adoptan las entidades de crédito en los programas o campañas de fidelización de los clientes por la utilización o mantenimiento en determinadas condiciones de los productos contratados, por incluirse dicha cuestión en su política comercial y de asunción de riesgos e incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

A partir de ahí, y dado que la base para emitir nuestra opinión se encuentra en los contratos suscritos por las entidades con sus clientes, y que el principio fundamental en estos casos es la libertad de pacto, en esos casos es esencial la verificación de la forma en que se incluyen dichas condiciones en el contrato, así como que la entidad acredite ante este DCMR las condiciones que alega incumplidas. Así, se ha concluido, en los informes emitidos en relación con estas cuestiones, lo siguiente:

- Las condiciones de la operación que habrían sido incumplidas están recogidas (o no) en la documentación contractual aportada, donde se han de explicitar las condiciones de bonificación del tipo de interés retributivo; así como si la entidad los ha acreditado o no, extremos ambos que determinarán el pronunciamiento de este DCMR.

- En relación con las explicaciones ofrecidas con carácter previo a la formalización de la operación, invocadas en ocasiones por los reclamantes como diferentes a las formalizadas, en la mayoría de las ocasiones este DCMR no ha dispuesto de medios de acreditación en los expedientes que permitieran determinar la forma en que los hechos se desarrollaron, remitiendo en esas ocasiones para aclarar dichas circunstancias a los tribunales de justicia. No obstante, se ha planteado algún supuesto en el que se ha podido verificar la discrepancia entre lo indicado respecto a la retribución complementaria y la forma de obtenerla en el documento firmado de solicitud de un depósito bonificado y el documento contractual, por lo que en esos supuestos se ha concluido que el proceder de la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias.
- En todo caso, siempre se le añade al reclamante que, si considerara que firmó los documentos sin pleno conocimiento de su contenido, podríamos encontrarnos ante un caso de vicio de consentimiento, cuya valoración excede la competencia de este DCMR, por ser materia reservada en exclusiva a los tribunales de justicia.
- Y, sobre todo, se pone de manifiesto a la entidad que, en todo caso, y en el ejercicio de la buena fe comercial exigible, ha de informar convenientemente a sus clientes sobre las condiciones del depósito que se va a contratar, advirtiéndoles de forma precisa de la forma de cumplimiento de cada una de las condiciones que les permiten acceder a una mayor rentabilidad, sin dejar abierta a su discrecionalidad dicha valoración, así como de las consecuencias de un eventual incumplimiento (obligación, además, ahora establecida de forma expresa por la vigente normativa de transparencia).

Año bisiesto

En los años bisiestos, como fue el año 2012, son frecuentes las reclamaciones en las que el cliente entiende que las entidades han efectuado una liquidación incorrecta de los intereses, pues se abona un día menos (365 en lugar de 366).

En las condiciones generales del contrato analizadas en estos casos, en el apartado «Intereses, comisiones, retenciones y gastos», se indica que la fórmula para calcular el importe absoluto de los intereses devengados será «Capital × Rédito × Tiempo ÷ 36.500 (36.600 en años bisiestos)». Las partes normalmente aportan, además, la liquidación de los depósitos al vencimiento, de tal forma que se verifica que la entidad liquida los intereses de 365 días (que son los recogidos en el contrato y la duración que realmente tiene el depósito), y teniendo como base la indicada en el contrato para los años bisiestos (366), al tipo correspondiente, pudiendo comprobar este DCMR que la liquidación de intereses que se realiza es la correcta.

Se ha de tener presente que la disponibilidad de sus fondos la tiene el cliente también desde el día que se marca como vencimiento, y hasta esa fecha se efectuará la remuneración del depósito; y, en todo caso, se recuerda a la entidad que ha de incluir en los contratos con toda claridad la forma de determinación y de cálculo del tipo de interés.

Documentos de liquidación (hasta el 1 de julio de 2013, y desde el 1 de julio de 2013)

Nos remitimos aquí al apartado «Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos».

En particular, los documentos de liquidación para el caso de los depósitos a plazo (que se han de entregar desde el pasado mes de julio de 2013) se recogen en el anejo 4 de la

Circular del Banco de España 5/2012, en sus puntos 1.2 (para el caso de que tengan una remuneración dineraria), 1.3 (depósitos con remuneración en especie) y 1.4 (depósitos estructurados o híbridos con garantía del principal).

Se ha de tener en cuenta la fecha concreta a la que se refiera la cuestión planteada en cada expediente en relación con la remisión de los documentos de liquidación, de tal forma que, para supuestos anteriores al 1.7.2013, habrá que estar a lo establecido al respecto en la Circular del Banco de España 8/1990 (el anexo VI contiene los modelos de los documentos de liquidación).

d. Renovación

En los depósitos de duración determinada, en cuyos contratos usualmente se incluyen la posibilidad y las condiciones de su renovación tácita, es fundamental que queden claramente determinados los plazos que las partes se conceden para el preaviso de vencimiento y para que el titular pueda renunciar a la renovación automática, así como la forma y plazo de comunicación, en su caso, de las nuevas condiciones de aplicación.

Además, cabe recordar que, como ya se ha recogido en este apartado, la nueva normativa de transparencia:

- Ha dado rango normativo a la exigencia de información previa en estos casos, debiendo destacar a este respecto, en particular, lo establecido en la norma sexta, apartado 2.2, de la Circular del Banco de España 5/2012, que regula la específica información precontractual exigible (que entró en vigor respecto de este extremo el 1 de enero de 2013); y, en concreto (y tratándose de una de las condiciones que deben resaltarse), si al vencimiento del contrato el depósito se renueva tácitamente, deberá indicarse de forma expresa, junto con el plazo y demás condiciones a que aquel quedará sujeto tras la renovación.
- Regula determinados aspectos que necesariamente (y con vigencia al menos desde el 1 de julio de 2013) se deberán incluir en el contenido de los contratos, destacando respecto de esta cuestión que, cuando se prevea la prórroga del contrato, se especificarán la forma y condiciones en que el cliente podrá expresar su consentimiento a aquella; y que, cuando se conozcan, se detallarán las nuevas condiciones que resultarán de aplicación al producto o servicio una vez prorrogado, o los mecanismos que se utilizarán para su determinación. En cualquier caso, se recogerá la obligación de la entidad de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga, con antelación razonable o, si así se pacta, 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 que se comuniquen las nuevas condiciones (norma undécima, apartado 7).
- En consonancia con lo anterior, si bien de forma más general, la orden, en su artículo 8.2, establece la necesidad de que la entidad comunique, con una antelación no inferior a un mes, las prórrogas de este tipo de contratos y los derechos de que goce el cliente en relación con aquellas.

Entiende este DCMR que con estas exigencias derivadas de la normativa se solventa parte de la problemática más habitual en las renovaciones de depósitos a plazo fijo, pues las reclamaciones más frecuentes en la cuestión se refieren al hecho de que la entidad no haya verificado la preceptiva comunicación previa de las nuevas condiciones, o no lo haga

con la suficiente antelación para que el cliente pueda valorar si son de su interés o si prefiere buscar otra alternativa de rentabilidad en otra entidad o en otros productos con tiempo suficiente para no perder la remuneración de sus fondos durante un determinado número de días.

Así, en los expedientes resueltos en los últimos años se han planteado diversas controversias en relación con esta cuestión:

- Falta de atención de la orden de no renovación del depósito dada por sus clientes en plazo, procediendo la entidad a renovarlo de forma automática, dando lugar a que fuera rechazada la solicitud de traspaso de fondos formulada por otra entidad de crédito; en estos casos, el banco ha de subsanar el error de forma diligente, de manera que no se originen perjuicios para sus clientes; de lo contrario, el pronunciamiento que se emite es que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias. En cualquier caso, las instrucciones al respecto de los clientes deberán encontrarse debidamente acreditadas, de tal manera que, si los clientes alegan que existieron instrucciones verbales de algún tipo, y cualquier otro tipo de instrucción a la entidad que no cuenta con el debido soporte documental, desde el momento en que aquellas no sean reconocidas ante este DCMR por la entidad, no podrán ser consideradas para la emisión de opinión, toda vez que supondría tomar postura por una de las partes en detrimento de la otra.
- Por otro lado, si la parte reclamante considera que las órdenes de traspaso de efectivo cursadas han de considerarse una de las posibles formas de disponer libremente del importe de la imposición dentro de un plazo que al efecto la entidad conceda desde su renovación o inmediatamente antes de ella, se trataría de una cuestión que afectaría a la interpretación de una de las cláusulas de los contratos, la cual solo podrá ser efectuada ante un tribunal de justicia.
- Realización de una renovación automática de la imposición a plazo fijo, sin acreditar haber comunicado a su cliente la modificación del tipo de interés con la antelación establecida en el contrato, merecedora en todo caso de un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada.

e. Modificación

Con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa de transparencia, la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, establecían, fundamentalmente, la necesaria inclusión en los documentos contractuales de los depósitos a plazo de los derechos que correspondían a las partes respecto a la modificación de las condiciones inicialmente pactadas.

Concretamente, el apartado 4 del artículo séptimo de la Orden de 12 de diciembre de 1989 hacía referencia a que en los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que interviniera el tiempo debían recoger de forma explícita y clara, entre otros, «Los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia entidad u otras de su grupo, o a la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación ra-

zponible a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.»

Asimismo, señalaba que «La obligación de comunicación previa a la clientela de las modificaciones podrá sustituirse por la publicación, con anterioridad a su aplicación y en un diario de general difusión, de la modificación del tipo de interés que sirva de referencia, siempre que así se prevea expresamente en el contrato, que deberá en tal caso indicar el diario a utilizar.»

De forma análoga, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en el apartado 6.º de su norma sexta, establece que en los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en las que interviniera el tiempo debían recoger de forma explícita y clara, entre otras cuestiones, «[...] Los derechos que contractualmente correspondan a las partes, en orden a la modificación del interés pactado o de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deban ajustarse tales modificaciones, que, en todo caso, deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación».

De esta manera, si bien se mantienen, en esencia, los aspectos básicos de la normativa anterior, la entrada en vigor de la nueva normativa de transparencia —constituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos— ha tratado de concretar determinadas circunstancias de este proceso, de forma más garantista:

- En primer lugar, de manera similar a la anterior regulación, respecto al contenido del contrato, la orden señala en su artículo 7.3 que los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables (especialmente, depósitos) deberán recoger de forma explícita y clara, entre otros, «Los 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.»
- Posteriormente, la orden incorpora como novedad, respecto a la normativa anterior, un plazo mínimo para comunicar estos posibles cambios, estableciendo en su artículo 8.2 que los términos exactos de tal modificación —y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con aquella— deberán comunicarse al cliente con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo. No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.
- A lo anterior se añaden las previsiones establecidas en el apartado 1 de la norma décima de la circular, que, entre otras cosas, especifica que la comunicación de la modificación debe ser individualizada, así como la manera en que debe realizarse el cómputo del plazo de preaviso del cambio propuesto, al señalar que «En la comunicación previa e individual al cliente de cualquier modificación de condiciones que no resulte más beneficiosa para él y, en particular,

para el adeudo de nuevas comisiones o gastos, o para el incremento de las que ya se viniesen devengando, el plazo de preaviso se computará respecto al momento en el que se prevea la aplicación efectiva de las nuevas condiciones contractuales [...]»

Finalmente, el apartado 6 de la norma undécima de la circular dispone que los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras.

f. Cancelación

A instancia de la entidad

Las entidades, ejerciendo su facultad discrecional de elegir a su clientela, podrán cancelar unilateralmente un contrato de depósito a plazo (llegado este) en el que se contemplan prórrogas tácitas anuales, salvo denuncia de las partes, debiendo estar aquí a lo establecido en el contrato. El ejercicio de estas facultades discrecionales debe respetar siempre el principio de transparencia que debe presidir las relaciones de la entidad con sus clientes, de modo que estos estén siempre informados de las decisiones tomadas para poder actuar en consecuencia, evitándose igualmente situaciones no deseadas.

Asimismo, debe recordarse que las entidades han de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que les incumben.

A instancia del cliente antes del vencimiento

Respecto a la cancelación anticipada de los depósitos, este DCMR mantiene, con carácter general, que las imposiciones a plazo tienen una fecha de vencimiento determinada, que ha de cumplirse. Sin embargo, generalmente, la facultad mutua de cancelar anticipadamente el contrato de depósito a plazo suele encontrarse recogida en aquel. Fuera de esta posibilidad, no cabría la cancelación anticipada por la sola voluntad de una de las partes. En tal caso, debemos entender que aquella solo será posible si se llega a un acuerdo entre las partes, fijando las condiciones en las que pueda tener lugar. Por otro lado, parece razonable pensar que, de alcanzarse un acuerdo, las entidades depositarias, en función de la naturaleza del producto, podrían cobrar una penalización si la cancelación anticipada para ellas implica un coste.

Se contemplan aquí 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), origen de una parte importante de las reclamaciones que se plantearon en relación con este tipo de productos. Así, en ocasiones se argumenta por parte de los clientes que la entidad había indicado verbalmente, antes de formalizar el contrato, que la cancelación anticipada del depósito no supondría ningún tipo de coste o de penalización para el impositor, a pesar de lo cual se cobró la correspondiente comisión o se penalizó por la cancelación anticipada prevista contractualmente o aceptada por ambas partes, pese a no contemplarse de forma expresa en el contrato; o que la penalización o comisión no aparece en el contrato, que es más elevada que la pactada o que, incluso, supera el nominal depositado.

El criterio del DCMR a este respecto, toda vez que solo se puede emitir una opinión a partir de los hechos que queden acreditados en el expediente, ha venido siendo considerar correcto el cobro de la comisión o de la penalización por cancelación anticipada en los casos en los que así estuviera expresamente pactada en el contrato, o bien, sin estar contemplada en él la cancelación anticipada, la entidad hubiera accedido a ella y advertido al cliente expresamente sobre la necesidad de asumir en ese caso la comisión o pena-

lización, siempre que su cuantía no excediera del importe total de los intereses brutos devengados desde el inicio de la imposición hasta la fecha de la cancelación.

Así, y hasta la entrada en vigor de la Circular del Banco de España 5/2012 en la parte relativa a esta cuestión (1.1.2013), no existía ninguna norma que limitara la comisión o la penalización por cancelación anticipada que pueden cobrar las entidades, manteniendo el DCMR el criterio de buena práctica bancaria de que los límites a los que debía ceñirse la aludida penalización eran:

- Su importe no podía superar el máximo declarado por la entidad en su tarifa de comisiones y gastos.
- Conforme a la propia naturaleza del contrato de depósito, la cuantía de la penalización no podía superar el importe de los intereses brutos devengados por la imposición, en el período de liquidación hasta el momento de ser cancelada (pues estamos hablando en todo caso de depósitos a plazo con garantía del principal).

En los informes emitidos se señalaba que, en opinión del DCMR, este límite derivaba de un principio general impuesto por la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio (BOE del 24), General para la Defensa de los Clientes y Usuarios, en cuyo artículo 10 exigía «la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas». De ahí que se haya estimado en numerosas ocasiones que la percepción de una penalización o de una comisión por cancelación anticipada de una imposición a plazo fijo que rebasara los intereses devengados desde el inicio de la operación atenta contra las buenas prácticas bancarias, por suponer un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que perjudica claramente al cliente de las entidades de crédito.

Cabe una posibilidad que puede motivar que la suma restituida anticipadamente al titular sea inferior a la que fue depositada en su origen (el nominal), sin que ello sea incompatible con lo indicado en el punto anterior y con la consideración del depósito a plazo como uno de los de principal garantizado. Ello ocurrirá en los casos en que el importe de la penalización absorba, por ejemplo, la totalidad de los intereses generados hasta entonces, puesto que la entidad está obligada a minorar el principal depositado a causa de la retención que debe practicar a cuenta del impuesto que grava la renta del depositante. Así, la diferencia se deberá a la retención practicada, y cuyo reintegro el cliente obtendrá en su declaración fiscal.

El hecho de no liquidarse en efectivo los intereses devengados a favor del cliente (en caso de tratarse de un depósito con una liquidación única a su vencimiento), por ser compensados con la penalización que este debe pagar a la entidad, no impide que esta última esté obligada a su declaración y, por consiguiente, a practicar la retención tributaria en la forma prevista en la normativa fiscal, pudiendo derivarse de ello, como resultado final de la operación, un líquido inferior al principal depositado inicialmente.

Dicha limitación en cuanto a su importe, establecida, pues, inicialmente como un criterio de buena práctica bancaria, ha sido incorporada de forma expresa, como ha ocurrido con otras cuestiones, en la normativa sectorial de transparencia, en la Circular del Banco de España 5/2012, que, como ya ha quedado expuesto, recoge que las entidades deberán facilitar a sus clientes una información precontractual clara, oportuna, suficiente, objetiva

y no engañosa en los depósitos a plazo; entre otras, sobre la comisión o penalización por cancelación anticipada de imposiciones a plazo fijo, con la debida antelación a la formalización del correspondiente contrato (circunstancia que deberán encontrarse en condiciones de poder acreditar al menos en las comercializaciones posteriores a enero de 2013), y que aquella «no podrá ser, en ningún caso, superior a la retribución que el depósito hubiese devengado hasta esa fecha» [norma sexta, 2.2.c)]; y dicho extremo se trata de una de las informaciones que se deben resaltar y que se han de incluir en el correspondiente contrato de depósito a plazo [norma décima, 1.b)].

Las cuestiones que se han planteado en los últimos años en relación con los casos en los que se daban cancelaciones anticipadas de depósitos a plazo se pueden agregar, resumidamente, en las siguientes:

- 1 Han sido frecuentes las reclamaciones en las que los clientes indicaban que la entidad les había asegurado que no perderían en ningún caso el capital invertido, ni aun en el supuesto de cancelación anticipada, pues la penalización se limitaría al importe de los intereses y, sin embargo, el importe devuelto era inferior al inicialmente depositado.

A este respecto, ya se ha indicado que la limitación se refiere a los intereses brutos, por lo que ello podrá ocurrir, siendo la diferencia el importe de la retención fiscal practicada, que será recuperada en su momento por el titular.

De acuerdo con lo anterior, la penalización aplicada y la liquidación de intereses son dos conceptos diferentes. La liquidación de los intereses practicada es real y, por ello, la entidad ha de practicar la retención fiscal correspondiente a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, pues se trata de una cantidad deducible en su declaración de la renta, al corresponder a un ingreso previo efectuado por la entidad por su cuenta.

Un vez que se ha practicado la liquidación de los intereses (con su correspondiente retención en el abono), es cuando ha de aplicarse la penalización, calculada en la forma prevista en el contrato o en la forma acordada posteriormente por las partes, en caso de falta de previsión. Por tanto, han de distinguirse dos supuestos que se han planteado en estos casos:

- Tratándose de una imposición con liquidación única al vencimiento, y en la que, por tanto, en el momento de producirse la cancelación anticipada aún no se había efectuado ningún abono de intereses y en consecuencia tampoco ninguna retención fiscal para ingreso en cuenta, puede ocurrir que la cantidad reintegrada al cliente sea menor que el importe del depósito. Ello se dará en el supuesto de que la penalización alcance la totalidad de los intereses brutos devengados (como supuesto más habitual), precisamente por la retención fiscal que ha de practicarse, pues la liquidación de los intereses es real.
- Además, cuando han existido liquidaciones periódicas, esos intereses, deducida la correspondiente retención fiscal, se habrán ido abonando al cliente, por lo que, llegado el caso de una eventual cancelación anticipada en la que se aplicara una penalización (total o parcial), nos encontraríamos con que la entidad habría abonado, con la periodicidad de que

en cada caso se tratara, los intereses por importe superior al que finalmente debía abonar, dada la cancelación anticipada. En estos casos, la entidad, en realidad, había aplicado e ingresado en Hacienda unas retenciones superiores a las que hubieran correspondido (circunstancia que no podía prever, pues no podía conocer que el tipo efectivamente aplicado sería finalmente menor, por haberse producido una cancelación anticipada), lo cual dio lugar a que la liquidación de la imposición por la cancelación anticipada supusiera un abono inferior a su nominal. Dicho importe será devuelto al cliente cuando realice la declaración de los intereses que realmente ha devengado, por lo que obtendrá todo el nominal depositado.

- 2 En otros, el reclamante denuncia que la entidad está aplicando una penalización a la cancelación anticipada que entiende que no procede, pues tenía un derecho tácitamente adquirido de no aplicación de aquella a los depósitos cancelados anticipadamente, por ser lo que había venido ocurriendo en todos los casos, y por ser lo ofrecido por el director de la sucursal, al margen de lo pactado.

En estos casos, el DCMR destaca que no puede entrar en consideraciones sobre informaciones, pactos o supuestos acuerdos verbales que hubiera podido haber entre las partes, y que hayan podido inducir al cliente a contratar operaciones cuyas condiciones no hayan sido las esperadas, ni mucho menos analizar y determinar la existencia de un posible vicio en el consentimiento o cualquier otra hipotética irregularidad en la contratación, ya que la interpretación tanto de los contratos como de las conductas en orden a alcanzar una fijación de los hechos ajena a lo que de la documentación se desprende es materia que resulta competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

Por ello, y verificando que el contrato de depósito había establecido el tipo de interés que se liquidaría en caso de cancelación anticipada, sin que procediera en ese caso aplicar el pactado para la imposición si se hubiera mantenido hasta el vencimiento, y siempre a salvo de las posibles interpretaciones de las cláusulas contractuales, que no corresponde realizar a este DCMR, se concluyó en esos casos que el proceder de la entidad reclamada no podía considerarse apartado de las buenas prácticas financieras, al haber aplicado en este caso el tipo de interés previsto en el contrato para el caso de llevarse a cabo una cancelación anticipada (y no el establecido para la duración total pactada).

- 3 También en varios expedientes el reclamante discrepa con el proceder de la entidad reclamada en la repercusión de la penalización por cancelación anticipada de su imposición a plazo, pues hace una interpretación diferente del contenido de la cláusula en la que se recoge o de su forma de cálculo.

En estos casos, se ha comprobado por parte del DCMR si se ha dado la correcta aplicación de la penalización según lo pactado y se ha concluido en cada caso según dicha valoración; siempre, en todo caso, sin perjuicio de las posibles interpretaciones de las cláusulas contractuales, competencia de los tribunales de justicia.

Llegado el vencimiento de una imposición a plazo en la que no se contempla su renovación, o en aquellos casos en los que, contemplándose, el cliente ha decidido no renovarlo (comunicándolo conforme al procedimiento y con el plazo de preaviso que en cada caso venga contractualmente establecido), la entidad deberá proceder a efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro a su cliente del nominal y de los intereses convenidos, sin demoras injustificadas.

Algunos supuestos prácticos que se han dado al respecto, por ejemplo, son aquellos en los que la entidad no permite disponer del saldo resultante de la IPF a su vencimiento, invocando que el día en que vence computaba también como abono de intereses. En ese caso, se indicó que carecía de fundamento la alegación de la entidad reclamada para justificar la no disponibilidad de la IPF el mismo día de su vencimiento, sobre la insostenible base de que «Al computar también como abono de intereses el día que vence, este se mantiene vivo durante las 24 horas del día del vencimiento». Dicho esto, se señaló que, con carácter general, de acuerdo con la normativa en vigor, y salvo que expresamente se hubiera pactado otra cosa, las imposiciones a plazo fijo en euros devengan intereses desde el día de su constitución hasta el día de su vencimiento, debiendo ser abonadas en la cuenta asociada o, en su caso, puesto su importe a disposición de los depositantes en dicha fecha y, consecuentemente, son disponibles ese mismo día. Por tanto, la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias al no permitir a su cliente disponer de la imposición a plazo fijo el mismo día de su vencimiento.

4.2.5 EMBARGO DEL SALDO DE DEPÓSITOS EN ENTIDADES

Las entidades carecen de legitimación para efectuar adeudos en las cuentas de sus clientes sin autorización expresa de estos. De lo anterior se exceptúan los adeudos efectuados en virtud del correspondiente mandato legal o judicial que, con las pertinentes formalidades, así lo dispusiera, por cuanto las entidades actúan, en estos casos, como meros intermediarios, limitándose a cumplir las instrucciones emanadas de tales autoridades. Los supuestos de embargo se enmarcarían dentro de la excepción comentada en el párrafo anterior, debiendo en estos casos las entidades cumplimentar las diligencias de embargo ajustándose al procedimiento que la propia Ley establece.

El embargo, tenga su origen en una deuda de naturaleza civil o lo tenga en una deuda con cualquier administración, no es sino la facultad que se concede a los acreedores para sustraer determinados bienes de la libre disposición del deudor, afectándolos al cumplimiento de una obligación. Dicha afección ha de ser ordenada por la autoridad competente, según el supuesto de que se trate, y recaerá sobre unos determinados y concretos bienes del deudor para garantizar el cumplimiento de unas determinadas obligaciones que no se han satisfecho voluntariamente.

El embargo del saldo de una cuenta bancaria (tanto a la vista como a plazo, como luego se verá) es uno de los procedimientos más utilizados por la Administración para cobrar las deudas (por ejemplo, deudas tributarias, multas o tasas tanto de Administraciones Locales como de la Administración Central o Autonómica, o deudas de la Seguridad Social, entre otras) de personas tanto físicas como jurídicas. La orden de embargo puede proceder también de una resolución judicial originada por una demanda interpuesta en el juzgado.

Las cuestiones que se pueden plantear respecto de este extremo, dando lugar a reclamaciones de los titulares de los depósitos afectados por una orden de embargo, como las que han sido resueltas en los últimos ejercicios, hacen que se deba precisar lo siguiente:

- Sin perjuicio de que el procedimiento deberá ser comunicado al deudor, titular de la cuenta, por la autoridad administrativa o judicial que ha ordenado el embargo, es recomendable que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución.
- El embargo no lo es nunca de la cuenta o depósito, como tal soporte contable, sino de los saldos existentes en aquella a favor del deudor, por lo que solo puede recaer sobre el saldo acreedor de la cuenta en la fecha de recepción de la orden de embargo, de tal forma que en ningún caso la entidad puede producir un descubierto en la cuenta por no existir saldo suficiente que embargar en el momento en que se practica el correspondiente adeudo tras el período inicial de retención. Si el saldo fuese inferior a la cantidad fijada, la entidad bancaria debe retener todo el saldo disponible, sin que se encuentre legitimada para ampliar la retención en el supuesto de que aquel se incrementase por el ingreso de cualquier otro depósito en un momento posterior, salvo que reciba una nueva orden de embargo, por lo que el embargo no puede llegar a causar un descubierto en la cuenta corriente cuyo saldo se ordene embargar.

Además, la operativa de la cuenta podrá seguir su funcionamiento habitual, pues aquella no se encuentra inmovilizada, pudiendo el ejecutado disponer del resto del saldo disponible, en su caso, y efectuar el resto de operaciones por los procedimientos correspondientes. La retención del saldo supone que la cantidad retenida aparece en la cuenta, pero el titular no puede disponer de ella. La cuenta está operativa y es posible realizar ingresos en ella, quedando esas cantidades libres de la retención. De este modo se podrán atender los cargos y domiciliaciones de gestión corriente y recibir cobros de clientes.

- Si en la cuenta afectada por el embargo se efectúa habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de tal forma que las cuantías que se correspondan con aquellos solo podrán embargarse en proporción a los límites que la ley establece y solo en la parte que exceda del salario mínimo interprofesional. En efecto, el artículo 607 de la LEC alude al salario mínimo interprofesional como porción intocable del dinero que se halle en dicha cuenta; en tanto que la normativa tributaria, como se verá, señala que se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior. En todo caso, ello quiere decir que toda cantidad que exceda el salario mínimo interprofesional será embargable conforme a una escala que establece diversos porcentajes por rango. La carga de la prueba recae sobre el deudor, que debe acreditar que el saldo dispuesto en la cuenta bancaria proviene única y exclusivamente de sus percepciones salariales.
- El embargo ha de efectuarse exclusivamente sobre bienes del deudor, por lo que, en el caso de cuentas corrientes pluripersonales, abiertas a nombre del ejecutado y de otra u otras personas, con régimen de disposición indistinto, la principal dificultad radica en la determinación de la cantidad embargable. Si la orden de embargo tiene su origen en una obligación solidaria de los diferentes titulares de la cuenta, no hay inconveniente en que se embargue el saldo existente en la cuantía fijada en la orden de embargo. Ahora bien, si el embar-

go solo se dirige a uno de los titulares de la cuenta, la cuestión adquiere otros matices. Su resolución exige hacer referencia de nuevo a la separación entre la titularidad de la cuenta y la propiedad de las cantidades depositadas. Si bien la normativa de aplicación en el caso de los embargos por deudas tributarias o de la Administración, como se verá a continuación, establece en tales supuestos la presunción de que los saldos de las cuentas pertenecen por partes iguales a cada uno de los titulares (al margen del régimen de disposición pactado), cuando una entidad recibe un mandamiento de embargo judicial por una determinada cantidad o hasta un determinado límite, ha de atenderlo, aunque se trate de una cuenta con más titulares, pudiendo el cotitular no deudor presentar una tercería de dominio para oponerse al embargo de aquellos bienes que fueran exclusivamente suyos (véase a este respecto lo establecido en el siguiente apartado c, en relación con los embargos judiciales).

- Se hace preciso que las entidades aporten la orden de embargo, así como también comunicación a su cliente de la retención que de dicha orden se deriva, y acreditación de que el efectivo adeudo en cuenta se hizo respetando el plazo establecido al efecto, según el caso de que se trate, para que el interesado pudiera efectuar ante el organismo embargante las actuaciones que tuviera a bien realizar en defensa de sus intereses. Por ejemplo, si el embargo proviene de la Administración, el deudor dispondrá de 10 días, desde que se dicta la orden para oponerse o hacer alegaciones ante el organismo que instó el procedimiento. Transcurrido el plazo de 10 días, el embargo ya no podrá paralizarse. Sin embargo, no será hasta pasados 20 días cuando la cantidad retenida sea consignada a favor de la Administración o en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial, dependiendo del caso (10 días en el caso de los embargos de la Seguridad Social).
- La entidad de crédito está obligada a cumplir con las órdenes de embargo en sus justos términos, no estando legitimada ni para conocer más datos de las liquidaciones aparte del número de diligencia y el de las cuentas que ha de embargar, ni para impugnar aquellas. Además, la entidad no podrá discutir la procedencia o no de la deuda que se reclama a sus clientes (cuestión que tan solo puede ser discutida por el deudor principal).

A mayor abundamiento, la Ley General Tributaria, en su artículo 42.2.b, establece la responsabilidad solidaria de la deuda tributaria pendiente, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración Tributaria, de las personas o entidades que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.

a. Embargos por deudas con las administraciones

En materia tributaria, la regulación de los embargos de dinero depositados en cuentas abiertas en entidades de crédito se encuentra en los artículos 171 de la Ley General Tributaria y 79 del Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, regulación mucho más prolija que la normativa procesal civil, resultando de especial importancia que:

- Es el organismo embargante el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, es recomendable que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les

confiere para oponerse a su ejecución. La Administración debe notificar la diligencia de embargo no solo al obligado tributario, sino también a los terceros cotitulares.

- La presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta implicará la retención inmediata del importe embargado si existe en ese momento saldo suficiente, debiendo ser ingresado en el Tesoro, en el plazo de los 20 días naturales siguientes.

Habrá que estar en cada caso al tipo de deuda con la Administración de la que traiga su origen el embargo, pero en general para estos casos de deudas tributarias y administrativas de diversa índole la regulación aplicable es la contenida en las normas tributarias citadas, que establecen el procedimiento que se ha de seguir en caso de embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito, a saber:

- Cuando la Administración Tributaria tenga conocimiento de la existencia de fondos confiados a una determinada oficina de una entidad de crédito, podrá disponer su embargo en la cuantía que proceda. En la diligencia de embargo deberá identificarse el bien o derecho conocido por la Administración actuante, pero el embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, al resto de los bienes o derechos existentes en dicha oficina, sean o no conocidos por la Administración, hasta alcanzar el importe de la deuda pendiente, más el recargo del período ejecutivo, intereses y, en su caso, las costas producidas.
- La forma, medio, lugar y demás circunstancias relativas a la presentación de la diligencia de embargo en la entidad depositaria, así como el plazo máximo en que habrá de efectuarse la retención de los fondos, podrán ser convenidos, con carácter general, entre la Administración actuante y la entidad de crédito afectada. En defecto de acuerdo, la diligencia de embargo se presentará en la oficina donde esté abierta la cuenta y sus responsables deberán proceder de forma inmediata a retener el importe embargado si existe en ese momento saldo suficiente o, en otro caso, el total de los saldos existentes a nombre del obligado al pago. Si el depósito está constituido en cuentas a plazo, el embargo se efectuará igualmente de forma inmediata, sin perjuicio de lo establecido a continuación.
- Asimismo, la diligencia de embargo se podrá presentar en alguno de los siguientes lugares: en la oficina designada por la entidad depositaria para relacionarse con el órgano de recaudación competente, conforme a lo previsto en el artículo 17.4 del Reglamento General de Recaudación, cuando la entidad haya sido autorizada a colaborar en la recaudación y el embargo afecte a cuentas o depósitos abiertos en una oficina perteneciente al ámbito territorial del órgano de recaudación competente; o en el domicilio fiscal o social de la entidad de crédito.
- Si de la información suministrada por la entidad depositaria en el momento del embargo se deduce que los fondos existentes no son homogéneos o que su valor excede del importe señalado en la Ley (que es la cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda no ingresada, los intereses que se hayan devengado, los recargos del período ejecutivo y las costas del procedimiento de

apremio), se concretarán por el órgano competente los que hayan de quedar trabados.

- El importe de las cantidades retenidas será ingresado en el Tesoro, una vez transcurridos 20 días naturales desde el día siguiente a la fecha de la traba sin haber recibido la oficina o entidad correspondiente comunicación en contrario del órgano de recaudación.
- Si se trata de cuentas a plazo, el ingreso deberá realizarse en la fecha indicada en el párrafo anterior o al día siguiente del fin del plazo, según qué fecha sea posterior. No obstante, si el depositante tiene la facultad de disponer anticipadamente del dinero depositado, al notificar la diligencia de embargo se advertirá al obligado al pago la posibilidad que tiene de hacer uso de tal facultad frente a la entidad depositaria, según las condiciones que se hubieran establecido; en este caso, el ingreso en el Tesoro se producirá al día siguiente de la cancelación.
- Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares, solo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente.
- Cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante su aplicación sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario o pensión del deudor. A estos efectos, se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior.
- La entidad deberá ejecutar el embargo en sus estrictos términos, sin perjuicio de que el obligado al pago pueda interponer recurso o reclamación económico-administrativa si considera que se incurre en alguna de las causas del artículo 170.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Se ha de destacar, además, el contenido de la Resolución de 16 de diciembre de 2011, de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por la que se establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas a la vista abiertas en entidades de crédito.

b. Embargos por deudas con la Seguridad Social

En este caso, la normativa de aplicación se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social y en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que regulan el procedimiento que se debe seguir de forma muy similar a lo establecido en la normativa tributaria.

Así, en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 36 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se indica que «las personas o entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuenta, valores u otros bienes de deudores a la Seguridad Social en situación de apremio, están

obligadas a informar a la Tesorería General de la Seguridad Social y a cumplir los requerimientos que le sean hechos por la misma en el ejercicio de sus funciones legales. Las obligaciones a que se refiere el número anterior deberán cumplirse bien con carácter general o bien a requerimiento individualizado de los órganos competentes de la Administración de la Seguridad Social, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los números anteriores de este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario».

Además, el artículo 37 de dicha norma señala que «las personas o entidades depositarias de bienes embargables que, con conocimiento previo del embargo practicado por la Seguridad Social, conforme al procedimiento administrativo de apremio reglamentariamente establecido, colaboren o consientan en el incumplimiento de las órdenes de embargo o en el levantamiento de los bienes, serán responsables solidarios del pago de la deuda hasta el importe del valor de los bienes que se hubieran podido embargar o enajenar».

Por otra parte, y respecto al embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito, el artículo 96 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social señala lo siguiente:

- 1 [...] El embargo de dinero depositado a la vista en cuentas de cualquier clase abiertas en entidades de crédito, ahorro o financiación se realizará mediante diligencia de embargo, que comprenderá todos los posibles saldos del deudor existentes en dichas entidades, hasta alcanzar el importe de la deuda reclamada en vía de apremio, con arreglo a las siguientes normas:

La diligencia de embargo se comunicará, a través de cualquiera de sus oficinas, a la entidad de depósito, que procederá inmediatamente a la retención del importe embargado si existiese saldo en cualquier cuenta abierta en dicha entidad.

Cuando el dinero se encuentre depositado en cuentas corrientes o de ahorro a la vista a nombre de varios titulares, ya sean las cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario, habitualmente denominadas «cuentas indistintas», ya sean de titularidad conjunta o de mancomunidad activa frente al depositario, el embargo podrá alcanzar a la parte del saldo correspondiente al deudor, entendiéndose que corresponde a partes iguales a los titulares de la cuenta, salvo que de los términos del contrato se desprenda otra cosa o que se pruebe una titularidad material de los fondos diferente.

A tales efectos, el director general de la Tesorería General de la Seguridad Social o los directores provinciales podrán autorizar o efectuar los requerimientos sobre operaciones, activas o pasivas, que hayan tenido lugar en las cuentas, cuando se consideren necesarios para probar las relaciones reales entre los cotitulares y la auténtica titularidad material sobre los fondos depositados, con el fin de limitar el embargo a los que efectivamente correspondan al deudor.

Cuando como consecuencia de tales actuaciones se trabe dinero depositado en las cuentas, se notificará la diligencia de embargo al apremiado conforme a las reglas generales establecidas en este reglamento. El importe de las cantidades retenidas en tal caso será ingresado en la cuenta determinada al efec-

to por la Tesorería General de la Seguridad Social una vez transcurridos 10 días naturales, a contar desde el día siguiente a la fecha de la traba, sin que la entidad correspondiente haya recibido comunicación en contrario por parte del recaudador ejecutivo de la Seguridad Social.

Si el débito apremiado no hubiera quedado totalmente solventado con el importe de las cantidades retenidas, podrá proseguirse el procedimiento de apremio respecto de los demás bienes y derechos del deudor para la realización del débito pendiente.

- 2 Si se trata de depósitos de dinero constituidos en cuentas denominadas «a plazos», el embargo se efectuará conforme a las reglas establecidas en el apartado anterior, pero el ingreso de las cantidades retenidas deberá realizarse en la fecha indicada en él o al día siguiente del fin del plazo establecido, según cuál sea posterior. No obstante, si el depositante obligado al pago estuviera facultado para disponer anticipadamente del dinero depositado, al notificar la diligencia de embargo se le advertirá de la posibilidad que tiene de hacer uso de tal facultad frente a la entidad depositaria, según las condiciones que se hubieran establecido y, si hiciera uso de dicha facultad, el ingreso en la cuenta de la Tesorería General de la Seguridad Social se producirá al día siguiente de la cancelación; en tal caso, se minorará el saldo en la cantidad que proceda por la disposición anticipada.

Además, la Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de 17 de julio de 2001 dicta instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito. El procedimiento telemático evita la presentación de diligencias de embargo en soporte papel por parte de los órganos de recaudación de la Seguridad Social ante las oficinas o sucursales de dichas entidades de depósito, e inicialmente se refería a un máximo de tres cuentas a la vista de entre las abiertas en la misma sucursal.

Recientemente, la Seguridad Social ha elevado a seis el número de cuentas abiertas en entidades de depósito que puede embargar por medios telemáticos, frente a las tres actuales, como medida para asegurar el cobro de deudas con la Tesorería General de este organismo, según una resolución del Ministerio de Empleo que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE); medida que se une a la eliminación de la cantidad máxima embargable que entró en vigor el 1 de marzo de 2013 (anteriormente, la Seguridad Social solo podía embargar a sus deudores, por medios telemáticos, hasta 6.000 euros, incluidos recargos, intereses y costas, procedentes de cuentas a la vista abiertas en entidades). Con esta resolución se equiparaban los procedimientos de embargo por medios telemáticos a los que se realizan por otros medios, pues estos no tienen límite de cantidad.

c. Embargos judiciales

En estos casos, actuando la entidad reclamada como mera intermediaria entre el ente embargante, el juzgado actuante y el sujeto embargado, debe dar cumplimiento al oficio que le sea remitido por dicho órgano judicial, procediendo a transferir a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de dicho juzgado el saldo acreedor que presente la cuenta o depósito embargados.

Una vez la entidad financiera haya recibido la orden judicial de embargo emitida por el juez competente, lo primero que debe hacer para cumplir eficazmente dicha orden es la reten-

ción y puesta a disposición del juzgado del saldo de la cuenta cuya titularidad ostenta el deudor, y más concretamente de las cantidades que sean objeto del embargo. 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, que establece la obligación de la entidad de crédito de colaborar con la autoridad judicial correspondiente. Si el deudor nada hace para el levantamiento del embargo dentro de los términos previstos al efecto, la entidad financiera no tiene otra alternativa que acudir de inmediato a la consignación de la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial que se indique.

En el caso de este tipo de embargos de cuentas bancarias, en primer lugar, conviene precisar que en la resolución judicial se han de determinar las concretas cantidades que sean embargadas (artículo 621 de la LEC) o, cuanto menos, la cuantía máxima por la que ha de efectuarse el embargo, sin que sea posible que exista indeterminación en la cantidad. En este sentido, el artículo 588.2 de la LEC dispone (como excepción a lo establecido en el primer punto del aquel, que declara la nulidad de embargo indeterminado, al indicar que será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste) que «podrán embargarse los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito, siempre que, en razón del título ejecutivo, se determine por el Secretario Judicial una cantidad como límite máximo».

De esta manera, cuando se solicite el embargo de cuentas corrientes, el secretario del juzgado enviará al banco o entidad financiera una orden de retención de las cantidades embargadas. Esta orden puede ser tramitada de oficio por el propio juzgado o a través del procurador del solicitante del embargo, para mayor agilidad. Es esta una novedad introducida en este precepto (artículo 621) por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que permite que la orden pueda ser diligenciada por el procurador de la parte ejecutante, estando obligada la entidad crediticia requerida a cumplimentarla en el mismo momento de su presentación, remitiendo por fax inmediatamente o expidiéndole al procurador un recibo acreditativo de la recepción de la orden, en el que debe hacer constar las cantidades que el ejecutado, en ese instante, dispusiera en esa entidad.

El uso de esta última posibilidad puede ayudar a solventar uno de los problemas que se suelen dar en la práctica, que es determinar el momento exacto en que ha tenido entrada la orden de embargo.

El embargo (judicial) solo se extenderá a los bienes trabados existentes en ese momento en el patrimonio del deudor, sin que pueda alcanzar a ulteriores bienes futuros o que en lo sucesivo puedan presentarse. El embargo causado y notificado produce efectos instantáneos o inmediatos, no sucesivos o continuados en el tiempo.

La entidad requerida deberá cumplimentar la orden de retención en el mismo momento de su presentación, expidiendo recibo acreditativo de la recepción de la orden, en el que hará constar las cantidades de dinero que dispusiera en ese momento el cliente, debiendo mandar dicha información al juzgado o entregándosela al procurador en ese instante.

En consecuencia, este DCMR entiende que la entidad actúa en estos casos como mandataria del juzgado, cumpliendo con lo ordenado en el oficio, tal como imponen tanto el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda calificarse su actuación como contraria las buenas prácticas bancarias cuando se ha ajustado a lo indicado.

En cualquier caso, respecto de estos embargos judiciales se ha de recordar lo siguiente:

- La retención solo se debe realizar, como máximo, sobre el saldo acreedor que tenga la cuenta, sin que pueda causarse un descubierto.
- Es importante determinar el momento exacto en que tiene entrada la orden de embargo, pues lo contrario lleva a la inseguridad derivada de la realización de distintos movimientos en la cuenta embargada en el mismo día en que tiene entrada la orden.
- Cuando en la cuenta afectada se efectúe normalmente el abono de sueldos, salarios y pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la LEC.

El artículo 607 de la LEC señala el salario mínimo interprofesional como porción intocable del dinero que se halle en dicha cuenta, por lo que toda cantidad que exceda el salario mínimo interprofesional será embargable conforme a la escala incluida en dicho artículo, que establece diversos porcentajes por rango.

Cuando las entidades no actúen de conformidad con cualquiera de esos tres puntos, este DCMR concluye con un pronunciamiento contrario a su proceder.

De otro lado, en el caso de cuentas corrientes con varios titulares, la principal dificultad radica en la determinación de la cantidad embargable, pues solo pueden embargarse bienes que están bajo la titularidad dominical del deudor. Se recuerda, no obstante, que, en el caso de una cuenta o depósito solidario o indistinto, cada uno de los titulares puede disponer de aquella como si fuese el único titular, y no se puede pretender que sea la entidad, que además aquí actúa como mera intermediaria entre el juzgado y el sujeto embargado, la que entre a valorar la propiedad del saldo depositado. Para ello, conforme establecen los artículos 595 y 596 de la LEC, el cotitular no deudor puede presentar una tercería de dominio para oponerse al embargo de aquellos bienes que fueran exclusivamente suyos.

Sin embargo, en tales casos, este DCMR estima que, conforme a las exigencias que demandan las buenas prácticas financieras, la entidad deberá comunicar al cotitular no deudor tal circunstancia para que pueda, en su caso, proceder en defensa de su derecho.

Además, cuando los reclamantes solicitan que se interprete el contenido del mandato judicial o su extensión, este DCMR señala en sus conclusiones que carece de competencias para ello, en el sentido de hacer prevalecer la interpretación de una de las partes sobre la realizada por la otra, siendo competente para su resolución el organismo ordenante de la notificación del embargo. Es el organismo ordenante de la notificación del embargo el competente para la resolución de cualquier cuestión que se derive de la causa o legitimidad del importe que se pretende embargar, siendo, igualmente, el organismo competente para sancionar, en su caso, la adecuada ejecución de la diligencia de embargo.

4.2.6 INCIDENCIAS DERIVADAS DEL FALLECIMIENTO DEL TITULAR DE UN DEPÓSITO

Como cuestión previa, conviene recordar que en España las normas de derecho sucesorio común contenidas en el Código Civil⁶⁷ coexisten con las de las Comunidades Autónomas, o territorios de estas, en alguna de las cuales rige el Derecho foral o especial, de lo que se

⁶⁷ Código Civil, libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», título III, «De las sucesiones», artículos 657 a 1087.

deriva que cada caso deba ser analizado teniendo en cuenta la legislación aplicable a aquel, por lo que es esencial que las entidades recaben y examinen todos los documentos pertinentes 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 civil⁶⁸.

a. Tramitación de testamentarías

En caso de fallecimiento del titular de una cuenta, las entidades deben asegurarse de que quienes acuden a ellas solicitando información o la puesta a disposición de los fondos, en su condición de herederos, ostentan efectivamente tal condición.

Acreditación de la condición de heredero

Así, para justificar el derecho hereditario de quien solicita información sobre las posiciones que mantenía el causante, lo habitual es que las entidades soliciten a los interesados el certificado de defunción de su cliente, el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, así como copia autorizada del último testamento o de la declaración de herederos abintestato.

Del mismo modo, una vez acreditado el derecho hereditario, los herederos han de acreditar ante las entidades, en orden a la disposición de los fondos, el derecho a la adjudicación de los bienes concretos, para lo cual deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de la herencia, que podrá formalizarse tanto en documento notarial como en documento privado, siempre que, en este último caso, venga firmado por todos los herederos o sus representantes y se lleve a cabo el reconocimiento de firmas mediante la pertinente diligencia.

Deber de diligencia

Las entidades deben extremar su diligencia en el cumplimiento de estas formalidades, para proteger tanto los intereses de los herederos que pudieran verse perjudicados por disposiciones indebidas del caudal hereditario como el suyo propio, evitando (en caso de que los herederos no acreditasen el pago o la exención del impuesto sobre sucesiones) el tener que hacer frente a la responsabilidad subsidiaria que por el pago del impuesto corresponde a los intermediarios financieros en las transmisiones *mortis causa* [artículo 8 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que regula el impuesto sobre sucesiones y donaciones, y el artículo 19, letra a), del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre].

Por otra parte, aunque no existe plazo predeterminado para la tramitación de las testamentarías de sus clientes, las entidades deben actuar igualmente con la máxima diligencia, justificando en todo caso que no se sufren demoras unilaterales e innecesarias en la entrega de los bienes o en su cambio de titularidad.

Comisión por tramitación de expedientes de testamentaría

En relación con el cobro por parte de las entidades de una comisión por la tramitación del expediente de testamentaría, nos remitimos a lo ya indicado, con carácter general, en el apartado 4.2.3 c), relativo al cobro de comisiones.

Ahora bien, por lo que se refiere a la concreta comisión por tramitación de expediente de testamentaría, aquella se justificaría sobre la base de la gestión realizada por la entidad, consistente en el análisis de la documentación aportada por los interesados en la herencia; entre ella, la relativa a la aceptación, partición y adjudicación de la herencia, con objeto de poner a disposición de los herederos los fondos depositados en la entidad, o el

68 Véase artículo 14 del Código Civil.

cambio de titularidad de estos. En este sentido, el DCMR viene indicando que, dependiendo del criterio de cada entidad, dicho estudio debe o no serle retribuido mediante el pago de una comisión, para cuyo establecimiento y exigibilidad han de cumplimentarse los requisitos que la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela establece.

A ello cabe añadir que, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCMR ha señalado que la citada comisión no debe repercutirse antes de la terminación del expediente de testamentaría, por lo que no cabría su cobro en un momento inicial, ni tampoco intermedio en el que aún no hubiera concluido este.

Certificado de posiciones
del causante

En cuanto a la procedencia, o no, del cobro por parte de las entidades de una comisión por la emisión de un certificado de posiciones del causante, a la fecha del óbito, el DCMR ha declarado en numerosas ocasiones que la repercusión de una comisión por dicho concepto no se ajusta a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que este certificado es un documento que resulta necesario para el cumplimiento de una obligación legal para los herederos, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

b. Información a herederos

Una vez acreditada la condición de herederos y en relación con la información que han de facilitar las entidades a estos, tradicionalmente el DCMR ha venido considerando que las entidades debían suministrar a los herederos la información que les fuera requerida, tanto sobre las posiciones que mantuviera el causante a la fecha de fallecimiento como sobre la relativa a los movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento, reconociéndose, con carácter general y con las salvedades que efectuaremos, el derecho del heredero a obtener información, sin que dicha petición de información tuviera que estar amparada, siempre y en todos los casos, por una resolución judicial, ya que no puede obviarse que, de acuerdo con 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», si bien dicho derecho ha de ser matizado.

Efectivamente, por lo que se refiere al derecho a conocer información sobre movimientos anteriores al fallecimiento del causante, el DCMR ha señalado lo siguiente:

- El reconocimiento de este derecho 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.
- Las solicitudes de información han de concretarse, sin que sea admisible que estas se refieran a períodos indeterminados. En general, las entidades deberían atender las peticiones de movimientos concretadas a un período previo al fallecimiento y no muy lejano a él, situando este período, de forma aproximada u orientativa, en los movimientos correspondientes al año anterior al óbito.
- Tratándose de cuentas de titularidad plural, si existiera oposición expresa del/ de los cotitular/es superviviente/s de la cuenta a que se facilite información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento, y dado que ha de conjugarse el derecho de información del heredero con el deber de secreto de la entidad y la protección de datos de carácter personal consagrada en nuestra legislación, la negativa de las entidades a facilitar información a los herederos, sin

que exista un previo pronunciamiento judicial, no podría considerarse arbitraria, sino que obedecería a la prudencia y cautela con la que deben actuar estas en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares sobrevivientes y terceros—.

En la actualidad, la más reciente normativa de transparencia —y, en concreto, el artículo 8, apartado 5, de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios— ha consagrado el deber de las entidades de crédito de 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. Asimismo, la norma quinta, apartado 4, letra a), de 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, concreta el deber de diligencia de las entidades a que se refiere el artículo 13 de la orden, señalando, por lo que ahora interesa, que dicho deber de diligencia comprenderá «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».

Así pues, la normativa de transparencia de operaciones y protección a la clientela reconoce expresamente el derecho del heredero a obtener información sobre las posiciones del causante, a la fecha del fallecimiento y con posterioridad al óbito:

- A la fecha del fallecimiento del titular de la cuenta: dando lugar a la emisión por parte de la entidad del correspondiente certificado de posiciones que mantenía el causante frente a ella.
- A los movimientos habidos en la cuenta con posterioridad a la fecha del fallecimiento: motivado por el interés de los herederos en conocer los cargos efectuados en la cuenta con motivo de disposiciones de otros cotitulares —en caso de cuentas de titularidad plural—, o como consecuencia de adeudos en la cuenta derivados de recibos domiciliados, o cualquier otro cargo que quiera ser examinado por estos.

Respecto a las solicitudes de información relativas a movimientos habidos en la cuenta con anterioridad a la fecha del óbito, el DCMR considera —como así ha venido haciendo tradicionalmente— que, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, cabe exigir a las entidades que, con las matizaciones y limitaciones temporales antes indicadas, faciliten a quienes acrediten su condición de herederos, y ante la petición expresa de estos, la información relativa a los movimientos habidos en la cuenta con anterioridad a la fecha del fallecimiento, siendo lo aconsejable que dicha información se refiera, al menos, al año anterior al óbito, con objeto de facilitar a los herederos, entre otras cosas, el cumplimiento de las obligaciones fiscales, si bien debemos incidir en el hecho de que, en caso de tratarse de cuentas de titularidad plural en las que exista oposición expresa del cotitular supérstite a que dicha información sea facilitada —oposición que ha de ser invocada y acreditada—, no resultaría contrario a las buenas prácticas bancarias el que la entidad requiriera un previo pronunciamiento judicial que, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolviera sobre la procedencia, o no, de una petición de esta naturaleza.

c. Disposición de fondos.
Cuestiones generales

En relación con la disposición de fondos de una cuenta, tras el fallecimiento de un titular, hay que tener presente si se trata de una cuenta de titularidad única o de titularidad plural, así como, en este último caso, el régimen de disposición pactado por los titulares, esto es, solidario, o también llamado indistinto, o mancomunado, o también denominado conjunto.

Con carácter general, una vez se ha justificado por los interesados el derecho hereditario —a fin de obtener información—, para disponer de los fondos depositados en la cuenta los herederos, como se ha indicado anteriormente, han de acreditar ante la entidad el derecho a la adjudicación de los bienes concretos, para lo cual habrán de aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de bienes concretos.

No obstante lo anterior, es criterio reiterado del DCMR el considerar que no constituye una mala práctica bancaria que las entidades, antes de la adjudicación de la herencia, admitan disposiciones singulares, siempre y cuando no exista orden expresa en contrario dada por el conjunto de coherederos, y se trate de operaciones ordenadas en vida del titular que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, tales como domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, telefonía, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podría suponer recargos e inconvenientes a todas luces innecesarios, o se refieran a gastos de sepelio o funeral.

Igualmente, con anterioridad a la disposición, las entidades se hallan facultadas para exigir a los herederos la justificación del pago del impuesto sobre sucesiones, o su exención, para salvar de este modo su responsabilidad subsidiaria.

Ahora bien, el DCMR ha indicado que ello no puede llevarnos a la conclusión de que las entidades se encuentran habilitadas para bloquear el saldo de la cuenta, hasta tanto no se efectúe el pago del impuesto o se justifique su exención. Cuestión distinta, sobre la que nada cabría objetar, es que las entidades retuvieran la suma necesaria para evitar el supuesto de responsabilidad subsidiaria establecido a su cargo por la normativa fiscal, tomando como base —a efectos fiscales y a falta de acreditación que permita establecer el saldo cuya propiedad deba atribuirse al causante— lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que establece que el saldo se presumirá dividido en tantas partes iguales como titulares haya, salvo que conste de manera fehaciente titularidad material diferente.

d. Disposición de fondos.
Cuentas con un único titular

El servicio de caja derivado del contrato de cuenta corriente es asimilable al mandato, de ello se deriva que, ante el fallecimiento del cuentacorrentista, dado que el mandato se extingue por la muerte del mandante (único titular de la cuenta), la entidad, para la realización de nuevas operaciones con cargo a la cuenta, debería requerir a aquellos a los que ahora pertenecen los fondos cuestionados —sus herederos— a fin de que las autorizaran expresamente, salvo que, estando la herencia indivisa, se tratara de disposiciones singulares con las características y requisitos indicados en el apartado anterior.

Por otro lado, respecto a la existencia de autorizados en la cuenta, hay que señalar que, tras el fallecimiento del titular, es criterio del DCMR que las entidades, tan pronto como sean conocedoras del fallecimiento del titular de la cuenta, deberán impedir que el autorizado efectúe cualquier tipo de disposición con cargo a aquella, en la medida en que al haber sido nombrado por el titular fallecido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1732 del Código Civil, el mandato se acaba, entre otras causas, por la muerte del mandante. Idéntica conclusión cabe predicar respecto a los apoderados del fallecido.

e. Disposición de fondos.
Cuentas con varios titulares

Régimen de disposición indistinto
o solidario

En el caso de una cuenta indistinta o solidaria, es criterio reiterado del DCMR, que encuentra su sustento en numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁹, el considerar que cualquiera de los titulares de la cuenta puede disponer de ella como si fuese el único titular, estando obligada la entidad, en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares indistintos, a atender cualquier orden de disposición firmada por el/los otro/s cotitular/es indistinto/s sobreviviente/s, sin que esta pueda exigir el consentimiento, y ni tan siquiera el conocimiento, de los herederos del causante, pues esa solidaridad activa, basada en la recíproca confianza de quienes constituyeron la cuenta, no desaparece con la muerte de uno de los titulares.

Cuestión distinta sería la responsabilidad que los herederos del titular fallecido podrían exigir, en su caso, al titular que ha dispuesto de los fondos existentes si estos fueran de propiedad del fallecido, total o parcialmente. El análisis y la valoración de estos extremos se enmarcan dentro de las relaciones jurídico-privadas, y por tanto no serían responsabilidad de la entidad de crédito, ni entrarían dentro de la competencia del DCMR.

En definitiva, una cosa es la titularidad de disposición solidaria que significa que cualquiera de los titulares tendrá, frente a la entidad depositaria, facultades dispositivas sobre el saldo que arroje la cuenta, y otra cosa distinta es la titularidad dominical sobre dichos fondos y, en su caso, la existencia de condominio sobre ellos, que habrá de venir determinada únicamente por las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de los que se nutre dicha cuenta.

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, como se ha indicado, se debe separar la cuestión de la mera disponibilidad de los fondos, del aspecto relativo a la verdadera propiedad de estos, de forma que, si de resultas de algún acto de disposición surgen discrepancias entre las partes, dicha cuestión deberá resolverse a través de las acciones que correspondan a unos y a otros en orden a fijar la propiedad de los fondos.

Obviamente, dicha argumentación se sostiene siempre y cuando en el contrato de cuenta suscrito por las partes no existiera previsión expresa para el supuesto de fallecimiento de un titular de la cuenta, en relación con la disposición de los fondos y su propiedad.

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

69 Sentencia de 27 de febrero de 1984 —objeto de numerosos estudios doctrinales—, a la que han seguido, entre otras, las de 23 de mayo y 7 de julio de 1992, que señalan lo siguiente:

«... las reglas de solidaridad activa han de ser observadas en los depósitos bancarios indistintos de dinero frente a la entidad depositaria, siendo cuestión diferente la de la propiedad de ese dinero, en la que pueden contender los diversos cotitulares entre sí o sus herederos, y a la que es ajena aquella entidad, la cual está ligada contractualmente con ellos, sin que para nada deba influir en el cumplimiento de sus obligaciones el que no esté determinada y aclarada la controversia sobre la propiedad del dinero que está en su poder.

Esta doctrina jurisprudencial tiene su base, en definitiva, en lo establecido en los artículos 1.137 y 1.142 del CC, en relación en el artículo 50 del CCom., de los que se desprende que cuando se constituyen obligaciones en la que haya varios acreedores, cualquiera de estos podrá cobrar íntegramente del deudor, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ello respecto a las relaciones internas entre los acreedores, de modo que el fallecimiento de uno de los titulares solidarios del crédito no conlleva una modificación del vínculo obligacional.»

—el mandato—, si no consta que los restantes titulares han revocado de forma expresa aquella ante la circunstancia del fallecimiento.

Régimen de disposición conjunto o mancomunado

En el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares de la cuenta, para efectuar actos de disposición con cargo a aquella será preciso que las órdenes de disposición vayan firmadas por todos los titulares, supliéndose la voluntad del titular fallecido por la de todos sus herederos. De no ser así, con carácter general, el DCMR considera que la entidad no debería atender las solicitudes de disposición que le sean formuladas.

f. Cancelación de la cuenta

Por lo que se refiere a la cancelación de una cuenta corriente, en primer lugar, debemos remitirnos a lo indicado, con carácter general, en el apartado 4.2.3, Depósitos a la vista, letra c), relativo a la cancelación de la cuenta.

Retomando la regla, y por lo que ahora interesa, tras el fallecimiento del titular de una cuenta a la vista la resolución del contrato puede efectuarse tanto por la entidad como por los titulares del contrato y/o sus herederos.

En el supuesto de que la resolución del contrato se llevase a cabo a instancias de la entidad, esta deberá comunicar su intención de llevar a cabo la cancelación de la cuenta a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad única—, o al titular supérstite y a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad plural—, siempre y cuando la posibilidad de resolver el contrato estuviera contemplada en aquel. Dicha comunicación se realizará con una antelación mínima de dos meses, según se infiere de lo establecido en los artículos 21.3 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y 18 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

En caso de que la resolución del contrato se efectuara a instancias de los herederos del titular fallecido —cuenta de titularidad única—, la entidad debe requerir el consentimiento de todos los herederos para proceder a la cancelación de la cuenta. Ahora bien, si se trata de una cuenta de titularidad plural, para resolver el contrato la entidad debe recabar tanto el consentimiento del/de los titular/es sobreviviente/s como el de todos los herederos del titular fallecido.

Esto es así, claro está, salvo que se hubiera pactado expresamente otra cosa en el contrato de cuenta para el caso de fallecimiento del titular.

g. Bloqueo de la cuenta

En relación con el bloqueo de la cuenta, procede remitirse a lo ya indicado, con carácter general, en el apartado 4.2.3, Depósitos a la vista, letra c).

No obstante lo anterior, abordada la cuestión desde la óptica que ahora analizamos, esto es, el bloqueo de la cuenta a raíz del fallecimiento de un titular, el DCMR ha señalado que, en caso de que existieran discrepancias internas entre el/los titular/es sobreviviente/s y los herederos del titular fallecido en las que se cuestione la propiedad de los fondos depositados en la cuenta en orden a disponer de ellos, o se traduzcan en instrucciones contradictorias dadas a la entidad, esta debe adoptar una postura neutral en el conflicto, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

En este sentido, el DCMR ha señalado que, salvo que existiera previsión contractual al respecto, una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias exigiría que, desde el momento en el que la entidad de crédito recibiera 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 cumplimentara operaciones con cargo a la cuenta, salvo que aquellas vinieran ordenadas por los titulares sobrevivientes y los herederos del titular fallecido, de manera conjunta.

Asimismo, el DCMR ha señalado que, tratándose de una medida restrictiva de los derechos de los clientes, que se justifica sobre la base de proteger los intereses de todas las partes en conflicto, dicha medida deberá ser adoptada por las entidades con la cautela debida, informando con carácter previo a todos los titulares y herederos del fallecido de la situación producida y de la medida que va a resultar de aplicación, hasta tanto los interesados lleguen a un acuerdo, pudiendo las entidades proceder a la consignación del saldo si, en un plazo prudencial, dicho acuerdo no resultara posible y hasta tanto el conflicto sea resuelto, en su caso, por la autoridad judicial.

En definitiva, el bloqueo de la cuenta indistinta encuentra su razón de ser en la existencia de un conflicto entre los titulares sobrevivientes y los herederos del titular fallecido; conflicto que la entidad debe conocer, por así haberle sido comunicado, y estar en condiciones de poder acreditar.

De lo anteriormente expuesto se deriva que el mero hecho del fallecimiento de un cotitular indistinto de la cuenta no puede conllevar el bloqueo automático de la cuenta, puesto que, de ser así, se impediría, en todos los casos y sin causa suficiente, el derecho del cotitular indistinto sobreviviente a disponer de los fondos de la cuenta indistinta, siendo que, como se ha indicado anteriormente, la solidaridad activa de la cuenta no se extingue con la muerte de uno de los titulares.

h. Depósitos a plazo

Teniendo en cuenta que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones —artículo 661 del Código Civil—, y que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de aquellos —artículo 1091 del Código Civil—, cabe inferir que los herederos del titular de un depósito a plazo asumen todos los derechos y obligaciones contraídos por el causante y, por lo que ahora interesa, los términos y condiciones pactadas en el contrato de depósito a plazo.

Entre dichos términos y condiciones se encuentran los relativos a la fecha del vencimiento del depósito a plazo y la posibilidad, o no, de cancelarlo anticipadamente, previéndose, en su caso, la penalización que dicha cancelación anticipada pudiera conllevar. Así pues, habrá de estarse a lo pactado sobre el particular 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 subsiguiente cancelación, salvo, claro está, que el contrato de depósito a plazo contemplara expresamente otra cosa para el supuesto de fallecimiento del titular.

i. Legatarios

Conforme al artículo 885 del Código Civil, el legatario «no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando este se halle autorizado para darla.»

Por ello, y con carácter general, para que la entidad permita la disposición de los saldos al legatario debe exigir a este la constancia de las instrucciones específicas al respecto de los herederos, o del albacea, en su caso. Así, si bien podemos afirmar que la propiedad de lo legado es del legatario desde el mismo momento de la muerte del testador, no

ocurre lo mismo, generalmente, con la posesión, la cual corresponde al heredero, por lo que el legatario debe exigir la transferencia de esa posesión al heredero o al albacea, para convertirse en poseedor y, 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 estimara oportuno, ante los tribunales de justicia, únicos que pueden poner fin a aquella, al tratarse de una cuestión jurídico-privada.

4.3 Servicios de pago

4.3.1 INTRODUCCIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE

Los servicios de pago que se presten en territorio español, cualquiera que sea el origen o el destino final de las operaciones y la moneda en la que se efectúe el pago, se encuentran regulados en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE de 14 de noviembre), que entró en vigor el 4 de diciembre de 2009. Esta ley transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, de forma tal que, como indica su exposición de motivos, se establece un solo sistema para los proveedores que están sujetos a la ley española, sin restringir las operaciones a las que tuvieran lugar únicamente en territorio de la Unión Europea (UE).

Los servicios de pago sometidos a la Ley de Servicios de Pagos, según señala la norma, son aquellos que permiten el ingreso o la retirada de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones para la gestión de la cuenta; la ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago: adeudos domiciliados, incluidos los no recurrentes, pago mediante tarjeta y transferencias, incluidas las órdenes permanentes; la ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para un usuario de servicios de pago: adeudos domiciliados, incluidos los no recurrentes, pago mediante tarjeta y transferencias, incluidas las órdenes permanentes de pago; así como la emisión y adquisición de instrumentos de pago, el envío de dinero y la ejecución de operaciones de pago en las que se transmite el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación digitales o informáticos y el pago se realice a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático.

El objetivo general de la ley 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 (SEPA⁷⁰, por su acrónimo en inglés *Single Euro Payments Area*), siendo esta el área en la que ciudadanos, empresas y otros agentes económicos pueden efectuar y re-

70 La SEPA está integrada por los miembros del Espacio Económico Europeo (los 28 Estados de la Unión Europea más Liechtenstein, Islandia y Noruega) Suiza y Mónaco. Con efectos del 1 de febrero de 2014, San Marino se integró en la zona SEPA.

El Reglamento (CE) n.º 924/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad, estableció una serie de medidas destinadas a favorecer el éxito de la SEPA, tales como hacer extensivo el principio de igualdad de gastos a los adeudos domiciliados transfronterizos, y la accesibilidad de los adeudos domiciliados. Posteriormente, el Reglamento (UE) n.º 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, estableció los requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros y modificó el Reglamento (CE) 924/2009, dando un nuevo impulso a la SEPA. Más recientemente, en virtud de la Orden ECC/243/2014, de 20 de febrero —dictada de acuerdo con la habilitación conferida al ministro de Economía y Competitividad por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo— se han adoptado exenciones de aplicación hasta el 1 de febrero de 2016 sobre determinados requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros. Finalmente, siguiendo el *iter* legislativo, el Reglamento (UE) n.º 248/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, ha llevado a cabo una modificación del Reglamento (UE) 260/2012, por lo que respecta a la migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes en toda la Unión. Para más información, puede consultarse el siguiente enlace: <http://www.sepaesp.es>.

cibir pagos en euros en Europa, dentro y fuera de las fronteras nacionales, en las mismas condiciones y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en el que se encuentren.

Así, en las operaciones de pago reguladas por la ley:

- No hay distinción de tratamiento entre pagos nacionales y transfronterizos en el espacio de la UE.
- Se tramitan, como regla general, de acuerdo con el identificador único⁷¹ del destinatario que se facilite, no estando obligadas las entidades a comprobar otros datos, como el nombre del beneficiario. Así, el cliente ordenante de una operación de pago debe verificar que el identificador único que facilite a su proveedor de servicios de pago sea correcto —CCC o IBAN (identificador de la cuenta de pago en operaciones de ámbito nacional o transfronterizo), BIC (identificador de la entidad)—.
- Los gastos serán compartidos, como regla general, lo que significa que el ordenante abona a su entidad los gastos que aplique a la operación de pago y el beneficiario abona a la suya los que esta le repercute.
- La fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario coincidirá con la fecha en la que la entidad de crédito de este reciba los fondos de la entidad de crédito del ordenante.

Asimismo, es de destacar que la disposición transitoria tercera de la ley estableció que los contratos que las entidades de crédito que operan en España tuvieran suscritos con su clientela, para la regulación de las condiciones en las que ha de tener lugar la prestación de los servicios de pago a los que se refiere la ley, seguirían siendo válidos una vez entrara en vigor aquella, el 4 de diciembre de 2009, sin perjuicio de la aplicación, a partir de dicho momento, y en caso de que la contraparte fuera una persona física, de las condiciones más favorables para el cliente que puedan derivarse de sus normas. Además, señaló un plazo para la adaptación de estos contratos a los preceptos de la ley de 12 meses, contados a partir de su entrada en vigor, y de 18 meses para los contratos de tarjeta de crédito o de débito.

71 El identificador único se define como una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios y que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago, a su cuenta de pago en una operación de pago o a ambos. Para las transferencias y adeudos domiciliados, la identificación es el CCC (Código Cuenta Cliente) o IBAN (*International Bank Account Number*), que se construye a partir del CCC usado en España; y para los pagos con tarjeta, el PAN (*Personal Account Number*), que es el código que figura grabado en el anverso de la tarjeta.

El Reglamento (UE) n.º 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, no se refiere al tradicional código numérico CCC, sino al BBAN, que se define como el «número identificador de una cuenta de pago que identifica inequívocamente una cuenta de pago individual mantenida con un proveedor de servicios de pago en un Estado miembro y que solo puede utilizarse para operaciones de ámbito nacional, mientras que la misma cuenta de pago se identifica con un número IBAN para las operaciones transfronterizas». El artículo 6 del reglamento establecía que dicho código sería de obligatoria utilización para las entidades, a más tardar, el 1 de febrero de 2014. Ahora bien, el Reglamento (UE) n.º 248/2014, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que modifica al anteriormente citado, establece que los Estados miembros podrán autorizar a los proveedores de servicios de pago a ofrecer a los usuarios de servicios de pago, hasta el 1 de febrero de 2016, servicios de conversión para las operaciones de pago nacionales, permitiendo así a los usuarios que sean consumidores seguir utilizando el número BBAN en lugar del IBAN, siempre que se garantice la interoperatividad mediante la conversión, por medios técnicos y seguros, del número BBAN del ordenante y del beneficiario en el identificador de la cuenta de pago.

Del mismo modo, merece destacarse que la Ley de Servicios de Pago señala en su artículo 1, número 4, que esta ley se entenderá sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Crédito al Consumo⁷² en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza.

Por otra parte, y por lo que ahora interesa, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE de 18 de junio), que entró en vigor el 8 de julio de 2010, reguló los requisitos de transparencia exigibles en la prestación de servicios de pago, relativas a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos marco, señalando que, cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, lo dispuesto en ella.

Además, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de octubre), señala en su artículo 34⁷³ («Normativa de transparencia de los servicios de pago») que la transparencia de los servicios de pago celebrados por los clientes se rige por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, si bien en lo no previsto en esta última les resultará de aplicación lo establecido en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, artículo 3 —comisiones—, artículo 8 (excepto lo dispuesto en el apartado 2 —comunicación a clientes—), artículo 9 —explicaciones adecuadas— y, finalmente, artículo 15 —depósitos a la vista—, dando, además, una nueva redacción al artículo 4.2 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, disponiendo la obligación del proveedor de servicios de pago de informar al usuario, antes de iniciar una operación de pago, de la exigencia por parte del proveedor de servicios de pago o de un tercero de un gasto adicional derivado de la utilización de un instrumento de pago.

Finalmente, 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 (BOE de 6 de julio), establece normas para el desarrollo y la ejecución de las disposiciones de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, al tiempo que, haciendo uso de la habilitación normativa contenida en el artículo 3.3 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, concreta la forma en la que los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa deberán establecer y hacer públicos los tipos de cambio, las comisiones y los gastos, incluso mínimos, aplicables a dichas operaciones.

4.3.2 ASPECTOS COMUNES

a. Condiciones contractuales

Transparencia, integridad

Sin perjuicio del contenido de los contratos exigido en la normativa de transparencia de servicios de pago, a la que luego se hará referencia, el DCMR, en aplicación de las normas generales sobre contratos, viene manteniendo los siguientes criterios sobre la cuestión:

Dado que la base de opinión del DCMR se encuentra en la documentación aportada por las partes al expediente (entre ella, los contratos suscritos por las entidades con sus clientes), 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 (como

⁷² Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE de 25 de junio).

⁷³ Téngase en cuenta la corrección de errores publicada en el BOE de 3 de diciembre de 2011.

en la actualidad se exige expresamente por la normativa de servicios de pago), huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación.

Oscuridad de las cláusulas

De no ser así, cuando las partes discreparan con el alcance de los acuerdos alcanzados, las buenas prácticas exigirían que las entidades trataran de llegar a un acuerdo con sus clientes que resultara favorable para ambas partes y permitiera llevar a buen término la relación contractual, ya que, al margen de que la interpretación definitiva de los contratos, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, correspondería realizarla, en exclusiva, a los tribunales de justicia, el DCMR considera que no resulta acorde con dichas buenas prácticas bancarias el que las entidades realicen una interpretación unilateral, la más favorable a sus intereses y, por tanto, en detrimento de los de sus clientes.

Estos principios, como se ha apuntado anteriormente, encuentran su reflejo en el artículo 1288 de nuestro Código Civil, que establece que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

b. Información y documentación contractual

Con carácter general, debemos recordar, como así ha hecho este DCMR en numerosas ocasiones, que las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, han de facilitar a estos una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En este sentido, ha sido opinión reiterada del DCMR que la transparencia y la claridad deben ser los principios básicos que regulen la relación de las entidades con sus clientes, de modo que estos puedan conocer, en todo momento, la situación de sus posiciones, la razón de los registros anotados en sus cuentas, así como los motivos de su actuación hacia ellos (autorizaciones, denegaciones, modificaciones, etc.).

Así, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), estos tienen derecho a seleccionar la entidad con la que se unirán financieramente durante un plazo de tiempo. Pero, para ello, es esencial poder comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproco. Por este motivo, es esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos, facilitando, de este modo, la comparación de las ofertas de las distintas entidades, estimulando la competencia.

Además, de acuerdo con los criterios mantenidos por el DCMR, las entidades deben atender las solicitudes concretas de información que les sean formuladas por sus clientes (incluso aunque hubieran dejado de ser clientes de la entidad) con objeto de que aquellos aclaren los extremos que estimen oportuno, posibilitándoles su comprobación y verificación, si bien, en estos casos, y dado que ha de suponerse que la entidad ha cumplido con sus obligaciones informativas y con la periodicidad establecida, esta podría repercutir a su cliente el coste que por la prestación de dicho servicio adicional tuviera establecido, informando previamente a este del coste que el suministro de dicha información le va a comportar.

Efectivamente, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, no puede considerarse suficiente que, ante la solicitud de información de su cliente, por ejemplo, acerca de la deuda generada con una tarjeta, la entidad se limite a la mera indicación de la ausencia de errores en la aplicación de comisiones y tipos de interés, o a la remisión del extracto general ya enviado, sino que cabe exigirle que facilite a su cliente un detalle completo de la liquidación, de forma tal que este pueda verificar los saldos, fechas de valor de los apuntes y demás parámetros que le permitan llevar a cabo las comprobaciones que estime pertinentes a efectos de verificar la bondad de los importes consignados en las liquidaciones.

Este criterio cristalizó, en esencia y por lo que respecta a la materia que ahora centra nuestro análisis, en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y de forma más detallada en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Así, con carácter general y de norma de disciplina bancaria, se dispone que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago, no pudiendo el proveedor de servicios de pago cobrar importe alguno al usuario del servicio de pago por el suministro de dicha información.

No obstante lo anterior, ambas partes pueden acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario, debiendo ser dichos gastos, en todo caso, adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.

Por otra parte, en aquellos casos en los que, a efectos de la utilización de un instrumento de pago determinado, el beneficiario exija el pago de un gasto adicional u ofrezca una reducción por su utilización, deberá informar de ello al ordenante antes de iniciarse la operación de pago, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y objetiva, especificándose expresamente la cuantía del gasto o de la reducción, así como la cuantía final completa de la operación con el gasto/reducción adicional y sin ellos. Además, e igualmente en relación con la utilización de un instrumento de pago determinado, el proveedor de servicios de pago ha de informar al usuario, antes de iniciar la operación de pago, de la exigencia por parte de él o de un tercero del pago de un gasto adicional derivado de la utilización de dicho instrumento de pago.

De la misma manera, los obligados a ofrecer la referida información deberán tener a disposición de los usuarios de servicios de pago, en todos y cada uno de los establecimientos desde los que pueda iniciarse la operación, en lugar destacado de forma que atraiga la atención de los usuarios y fácilmente legible, aquellos instrumentos de pago cuya utilización genere un gasto adicional o reducción, su importe exacto —cuando se pueda calcular— y cualquier otra circunstancia que pueda condicionar la vinculación de un gasto adicional o de una reducción a la utilización de un instrumento de pago o que pueda resultar relevante a estos efectos.

Igualmente, es de destacar que la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información recae sobre el proveedor de servicios de pago.

Asimismo, y con objeto de determinar las obligaciones de información que, en cada uno de los casos, debe cumplir el proveedor de servicios de pago, la normativa de transparencia de servicios de pago distingue las operaciones singulares realizadas fuera del ámbito de un contrato marco, de aquellas que se realizan dentro de aquel. Así, las obligaciones de información y transparencia desarrolladas en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, son de aplicación a las operaciones de pago singulares, a los propios contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos marco.

Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, lo dispuesto en la citada orden.

Operaciones de pago singulares

En las operaciones de pago singulares —aquellas no cubiertas por un contrato marco— se debe facilitar información: i) con carácter previo a la ejecución de la operación —artículo 7 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago—; ii) en el momento de la ejecución —artículo 8 de la orden—, y iii) con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —artículo 9 de la orden—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —artículo 10 de la orden—.

Así, el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, con carácter previo a la ejecución de la operación, antes, por lo tanto, de que el usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, la información y las condiciones siguientes⁷⁴:

- La especificación de la información o del identificador único que el usuario de servicios de pago debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago.
- El plazo máximo de ejecución del servicio de pago que debe prestarse.
- Todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en todo caso, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos.
- En caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio efectivo o el de referencia que se aplicará.

En todo caso, si la operación se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar dicha información con anterioridad, el proveedor cumplirá con esas obligaciones inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago (artículo 7.2 de la orden).

Esta información se debe ofrecer, además, en el momento en el que se acuerde la ejecución de la operación.

Respecto a la información que el proveedor de servicios de pago debe facilitar al ordenante, inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, consiste en una referencia que le permita identificar la operación junto con la información relativa al beneficiario

74 Si el usuario lo solicita, el proveedor deberá facilitárselo en papel o en otro soporte duradero.

—cuando esta esté disponible—, el importe de la operación en la moneda utilizada, todos los gastos desglosados de la operación que sean de cuenta del ordenante, así como el tipo de cambio en caso de que la operación implique un cambio de divisa, junto con la fecha de la recepción de la orden de pago.

Por último, el beneficiario de la operación deberá ser informado, inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago, de la referencia que le permita identificar la orden de pago, así como al ordenante —cuando dicha información esté disponible—, el importe de la operación en la moneda en que los fondos sean abonados, los gastos (en su caso, desglosados) que deba abonar el beneficiario, el tipo de cambio y la fecha de valor del abono.

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco, el proveedor de servicios de pago deberá facilitar: i) información general al usuario con carácter previo a la celebración del contrato marco; ii) información con carácter previo a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco, y, finalmente, iii) información tras la ejecución de la operación sujeta al contrato marco al ordenante y al beneficiario.

La información general previa, antes de la celebración del contrato marco, ha de facilitarse en papel o en otro soporte duradero, con la debida antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, debiendo estar redactadas la información y las condiciones en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el contrato marco se hubiera celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar dicha información con anterioridad, el proveedor cumplirá con esas obligaciones inmediatamente después de la celebración del contrato (artículo 11.2 de la orden). Las obligaciones de información previa se podrán cumplir proporcionando una copia del borrador del contrato marco que incluya la información requerida.

Respecto a la información y condiciones que el proveedor de servicios de pago ha de facilitar al usuario con carácter previo a la celebración del contrato, se encuentra la relativa al proveedor de servicios de pago —nombre, dirección, datos de las autoridades responsables de su supervisión y los del registro público en el que se encuentre inscrito—, la relativa a la utilización del servicio de pago, los gastos y tipos de interés y de cambio, los medios de comunicación convenidos entre las partes para la transmisión de información o notificaciones, las responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución, la relativa a las modificaciones y rescisión del contrato marco y, finalmente, la ley aplicable, la competencia jurisdiccional y los procedimientos de reclamación, con el detalle exigido en el artículo 12 de la orden de transparencia de servicios de pago⁷⁵.

Asimismo, en cualquier momento de la relación contractual el usuario tendrá derecho a recibir esta información sobre el contrato marco en papel o en otro soporte duradero.

En este punto, y por lo que se refiere a la información precontractual, ha de tenerse en cuenta que la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, establece en su norma sexta, apartado

⁷⁵ Véanse Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, artículo 1.4, y Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, artículo 16.

2.3, que en los créditos al consumo —sujetos en todo o en parte a la Ley 16/2011, de 24 de junio— en los que, para efectuar las operaciones de pago o de disposición del crédito, se requiera la utilización de un medio de pago específico, como, por ejemplo, una tarjeta de crédito, se deberá facilitar al cliente, además de la información precontractual a que se refiere la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, la información exigida por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, en la medida en que tales requisitos de información precontractual no sean redundantes y excedan de los ya contemplados en la Ley 16/2011.

Respecto a la información previa a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco, el proveedor debería facilitar al ordenante, a solicitud de este, información explícita sobre el plazo máximo de ejecución y los gastos que debe abonar el ordenante, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los posibles gastos.

En cuanto a la información que el proveedor de servicios de pago ha de suministrar al ordenante y al beneficiario tras la ejecución de la operación sujeta al contrato marco, hay que señalar que, con posterioridad al cargo en la cuenta del ordenante, el proveedor informará al ordenante, sin demoras injustificadas, de la referencia que le permita identificar la orden, importe de la operación en la moneda que se haya cargado o utilizado para la orden, importe de cualesquiera gastos, desglosados, en su caso, los intereses que deba abonar el ordenante, tipo de cambio utilizado, en su caso, y el importe de la operación tras la conversión y la fecha de valor del adeudo o la fecha de recepción de la orden de pago.

Asimismo, el proveedor de servicios de pago informará al beneficiario de la referencia que le permita identificar la operación de pago y al ordenante, cuando sea posible, así como cualquier información comunicada junto con la operación, el importe de la operación de pago en la moneda en que se haya abonado, el importe de los gastos de la operación con el correspondiente desglose, en su caso, el tipo de cambio utilizado en la operación por el proveedor de servicios del beneficiario y el importe de la operación antes de la conversión de moneda, y, por último, la fecha de valor del abono.

Finalmente, los artículos 15.2 y 16.2 establecen que el proveedor de servicios de pago ha de enviar al usuario —ordenante y beneficiario— la información señalada anteriormente de forma gratuita y periódica, al menos una vez al mes, en la forma en que convengan las partes, siempre que esta permita al ordenante y al beneficiario almacenarla y reproducirla sin cambios.

Entrega del documento contractual

La entrega al cliente del contrato que suscribe con la entidad, además de resultar exigible por la necesaria claridad, transparencia y justo equilibrio que debe presidir la relación entre las partes, es una obligación legal impuesta a la entidad por la normativa de transparencia vigente, como así se contiene en el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, y en la norma octava de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Además, su entrega será obligatoria siempre que lo solicite el cliente en cualquier momento de la relación contractual, si bien cuando el titular de un contrato marco de servicios de pago solicite en esos casos una copia en papel o en otro soporte duradero, y esta no hubiera sido la forma de comunicación acordada, las entidades podrán adeudar al cliente los correspondientes gastos de envío, si así se hubiera pactado.

Si se realiza el contrato por medios electrónicos, la entrega puede hacerse, a elección del cliente, bien mediante un soporte electrónico duradero, que permita su lectura, impresión y conservación, o bien mediante la emisión y entrega al cliente de una justificación escrita de la contratación efectuada, en la que consten todos los extremos del contrato. En cualquier caso, si no se pudiera facilitar la información previamente, deberá darse inmediatamente después de la celebración del contrato.

Por otra parte, la entidad está obligada a conservar copia firmada por el cliente del contrato, excepto en el caso de depósitos instrumentados en libretas de ahorro cuando estas constituyan el documento contractual.

Conservación de documentos

El deber de las entidades de crédito de conservar el documento contractual se contiene, en la actualidad, en el artículo 7.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁷⁶.

Por otra parte, y por lo que respecta al plazo de conservación de documentos, el DCMR ha venido considerando que, si bien el artículo 30 del Código de Comercio establece, entre otros extremos, la obligación de los empresarios de conservar los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, también hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1964 del Código Civil, que señala que las acciones personales que no tengan plazo de término especial prescribirán a los quince años.

c. Modificación de las condiciones del contrato marco

Así, el DCMR, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo sobre este asunto (sentencias números 277/2006, de 24 de marzo, y 1046/2001, de 14 de noviembre), estima que las entidades, con independencia de la obligación genérica de conservación de documentos establecida en el artículo 30 del Código de Comercio, han de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción (quince años para las acciones personales, en virtud del artículo 1964 del Código Civil, como se ha señalado, o en el plazo previsto por las normas forales), pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, la modificación de las condiciones del contrato marco ha de ser propuesta por el proveedor de servicios de pago de forma individualizada y en papel o soporte duradero, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación⁷⁷.

76 Anteriormente, la norma sexta, apartado 1, de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre —derogada por 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—, establecía la obligación de las entidades de entregar a sus clientes un ejemplar del documento contractual, y de retener y conservar una copia firmada por el cliente, así como el «recibí» de este.

77 Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre —derogada—, establecía en su norma sexta que, en los contratos de duración indefinida, la comunicación de las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles podría ser realizada mediante la publicación de las nuevas condiciones en el tablón de anuncios, durante los dos meses siguientes a la modificación, no pudiendo aplicarlas hasta transcurrido dicho plazo.

Del mismo modo, la circular indicaba que las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles en los contratos de emisión de tarjetas de crédito, o de medios electrónicos de pago, o en los contratos sobre uso de sistemas telefónicos o electrónicos de acceso a servicios bancarios, debería comunicarse previa e individualmente al cliente con «antelación razonable».

No obstante, la modificación será de aplicación inmediata cuando esta resulte inequívocamente más favorable para el usuario, así como cuando se trate de modificaciones de tipos de interés o de cambio, que podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre y cuando así se hubiera pactado en el contrato marco y las variaciones se basen en tipos de interés o de cambio de referencia acordados, si bien la entidad deberá comunicar a su cliente estas modificaciones lo antes posible.

La modificación de condiciones, si así se hubiera convenido, se entenderá que ha sido aceptada por el usuario de servicios de pago, a menos que notifique lo contrario al proveedor de servicios de pago con anterioridad a la fecha propuesta para la entrada en vigor de las modificaciones, si bien, en estos casos, el proveedor de servicios de pago debe especificar en el contrato marco que el usuario tiene derecho a resolverlo de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones.

d. Resolución del contrato marco

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, establece que las entidades únicamente podrán resolver el contrato marco si este fuera de duración indefinida y así lo hubiera acordado con el usuario del servicio de pago, preavisando a este con una antelación mínima de dos meses.

Ahora bien, si la resolución del contrato marco se llevara a cabo a instancias del usuario del servicio de pago, este podrá resolverlo en cualquier momento, salvo que las partes hubieran convenido un plazo de preaviso, que no podrá exceder de un mes. Asimismo, si el contrato fuera de duración indefinida, o superior a 12 meses, la resolución del contrato será gratuita para el usuario del servicio de pago, si se efectúa una vez transcurridos los 12 meses.

El contrato marco ha de recoger información relativa al derecho del usuario a rescindir el contrato y cualesquiera acuerdos relativos a la rescisión.

Finalmente, señala la norma que, de cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago, el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada, y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional. A este respecto, se ha de indicar que este era el criterio que tradicionalmente, y desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, el DCMR venía sosteniendo en sus informes.

e. Comisiones y gastos

Con carácter general, la regulación sobre comisiones y gastos repercutibles aplicables por las entidades de crédito en sus operaciones bancarias se recoge, actualmente, en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que entró en vigor, con carácter general, el 29 de abril de 2011⁷⁸, 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, que entró en vigor, con carácter general, el 6 de octubre de 2012⁷⁹.

78 Las normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios, salvo la sección relativa a los tipos de interés, entraron en vigor el 29 de julio de 2012. Por su parte, la obligación de remisión a los clientes del documento unificado que se recoge en el artículo 8, apartado 4, y que recogerá, con el formato establecido por el Banco de España, la información prevista en la orden sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior, comenzó a aplicarse en 2014 sobre los servicios prestados el año anterior.

79 Para cuestiones específicas se estableció la entrada en vigor el 1 de enero de 2013 (explicaciones adecuadas y deber de diligencia, entrega de información precontractual, informaciones que se deben resaltar, y políticas y procedimientos de préstamo responsable), el 1 de junio de 2013 (en relación con el contenido de los contratos

Ahora bien, la Orden EHA/2899/2011, tras establecer que la normativa de transparencia para los servicios de pago se regirá por su normativa específica, esto es, lo previsto en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables los servicios de pago, señala, no obstante, que, en lo no previsto en esta última, les resultarán de aplicación algunos de sus preceptos; entre ellos, el artículo 3, relativo a «Comisiones».

Así, la nueva regulación de las comisiones que aplican las entidades por la prestación de servicios de pago se sustenta, en primer lugar, en lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, a cuyo tenor:

- Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre las entidades y los clientes.
- Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente.
- Las comisiones han de responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.
- Las entidades de crédito han de poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que presten con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos por dichos servicios, en un formato unificado; información que ha de estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, debiendo estar a disposición de los clientes en cualquier momento y de forma gratuita.
- Cuando un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o dispositivo similar, inmediatamente antes se deberá indicar la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos que se le van a repercutir, ofreciendo al cliente, de manera gratuita, la posibilidad de desistir de la operación. En caso de que el servicio se preste a través de un cajero automático o dispositivo similar, se podrá sustituir esta información por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a los que pueda estar sujeta la operación, informando, igualmente, de que el importe finalmente cargado puede ser menor, dependiendo de las condiciones pactadas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago.

Del mismo modo, merece destacarse lo establecido en la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, cuando regula la «información precontractual», y más concretamente las informaciones exigibles, indicando que, en todo caso, y sin perjuicio de lo que en la propia norma se recoge en relación con la información precontractual que se ha de prestar según cada tipo de producto y servicio bancario que enumera, y de lo establecido en la normativa reguladora de los servicios de pago, antes de prestar un

y con las comunicaciones que se han de efectuar a los clientes) y el año 2014 (para la remisión del documento resumen anual de comisiones e intereses). Por su parte, la información sobre las comisiones más frecuentes (norma tercera, apartado 1, y norma decimosexta, apartados 1 y 2) comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2013.

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; añadiendo que, una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación.

Por otra parte, en segundo lugar, a efectos expositivos, resulta de aplicación a las comisiones la normativa específica de servicios de pago: Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, que regulan la información que se ha de suministrar; entre ella, la relativa a las condiciones de la operación y a los gastos.

Así, la Ley de Servicios de Pago, al regular en el título III la «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco», señala en su artículo 18 que el proveedor de servicios de pago ha de facilitar al usuario, de un modo fácilmente accesible para él, con la suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago.

Igualmente, en este sentido, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, en relación con los contratos marco, establece en su artículo 11 la obligación del proveedor de servicios de pago de facilitar al usuario de servicios de pago la información general previa a la celebración del contrato marco y las condiciones aplicables, remitiéndose a la contemplada en el artículo 12 (entre ellas, y por lo que ahora analizamos, la relativa a todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a gastos).

Además, la orden, al regular la información previa a la ejecución de operaciones de pago sujetas a un contrato marco (artículo 14), incluye, entre ella, la relativa a los gastos que debe abonar el ordenante, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los posibles gastos. Asimismo, al establecer la información para el ordenante sobre operaciones de pago sujetas a un contrato marco (artículo 15), una vez ejecutada la operación de pago, especifica que ha de incluir, entre otros extremos, el importe de cualesquiera gastos de la operación de pago y, en su caso, el correspondiente desglose de gastos o los intereses que deba abonar el ordenante. Finalmente, al señalar la información que se ha de suministrar al beneficiario sobre operaciones de pago sujetas a un contrato marco (artículo 16), una vez ejecutada la operación de pago, indica, entre ella, la relativa al importe de cualesquiera gastos de la operación de pago y, en su caso, el correspondiente desglose de gastos o los intereses que deba abonar el beneficiario.

En definitiva, la garantía para el usuario conforme a la nueva normativa será doble, pues contará, a su requerimiento, con información previa a la operación que le será suministrada de manera individualizada, además de con la genérica que habrá de estar disponible en todos y cada uno de los establecimientos desde los que puede iniciarse la operación de pago (artículo 4.4).

Por lo que respecta a la inclusión por parte de las entidades de las comisiones y gastos repercutibles aplicables a los servicios de pago en sus folletos de tarifas de comisiones y gastos repercutibles, debemos destacar que desde la entrada en vigor de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, esto es, desde el 8 de julio de 2010, el requisito de que la

comisión que la entidad pretendiera aplicar estuviera incluida en las tarifas de la entidad registradas en el Banco de España no se podía exigir en el ámbito de los servicios de pago; y ello, por cuanto la disposición adicional segunda de dicha orden excluía expresamente la aplicación de la Orden de 12 de diciembre de 1989 a la actividad de prestación de servicios de pago de las entidades de crédito, señalando que dicha actividad quedaría sujeta exclusivamente a la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio.

A mayor abundamiento, a partir de enero de 2013 el régimen de información pública de las comisiones aplicadas por las entidades en los servicios bancarios prestados se debe adaptar a lo establecido en el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros —aplicable a los servicios de pago, según se indica expresamente—, en la que no se prevé la obligación de las entidades de registrar previamente en el Banco de España las comisiones que podrán cobrar por las operaciones bancarias, ni que tengan carácter máximo, pero subsiste la necesidad de mantener una información pública sobre las comisiones percibidas por operaciones y servicios más frecuentes, en el formato unificado recogido por la Circular del Banco de España 5/2012, las cuales deberán estar debidamente actualizadas.

Finalmente, tan solo cabe indicar en este apartado que, según el Reglamento 924/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre los pagos transfronterizos en la Comunidad, modificado por lo que ahora interesa por el Reglamento 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, las comisiones cobradas por un proveedor de servicios de pago a un usuario de dichos servicios en relación con pagos transfronterizos serán iguales a las comisiones cobradas por dicho proveedor a los usuarios de servicios de pago en relación con pagos nacionales equivalentes de igual cuantía en la misma moneda. Esta identidad alcanza a cualquier concepto directamente relacionado con la orden de transferencia que vaya a cobrar la entidad que la recibe, incluso cuando se trate de la repercusión de gastos de transmisión de la orden u otros aplicables por terceros.

f. Órdenes de pago: ejecución

Recepción de la orden

La recepción de la orden de pago se corresponde con el momento en que esta es recibida por el proveedor de servicios del ordenante. Si la orden se recibiera en un día no hábil para el proveedor de servicios del ordenante, se considerará recibida el día hábil siguiente, pudiendo establecer el proveedor de servicios de pago una hora máxima a partir de la cual la orden que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil, lo cual deberá poner en conocimiento del ordenante.

La definición de día hábil se contiene, a efectos de lo dispuesto en la Ley de Servicios de Pago, en el artículo 2.26 de la propia norma, indicando que es el día de apertura comercial, a los efectos necesarios para la ejecución de una operación de pago, de los proveedores de servicios de pago del ordenante y del beneficiario que intervienen en la ejecución de la operación de pago, señalando igualmente que, en caso de cuentas de pago contratadas telemáticamente, se seguirá el calendario correspondiente a la plaza en la que esté ubicada la sede social del proveedor de servicios de pago con el que se hubieran contratado.

Rechazo de la orden

Si el proveedor de servicios de pago rechazara la ejecución de una orden de pago, deberá notificar al usuario la negativa y, en lo posible, los motivos de esta, indicando el procedimiento para rectificar los posibles errores que hayan motivado el rechazo, salvo que alguna norma lo prohibiera. Dicha notificación habrá de efectuarse lo antes posible y dentro del plazo de ejecución al que se refiere el artículo 40 de la Ley de Servicios de Pago.

Ahora bien, en caso de que se cumplan todas las condiciones fijadas en el contrato marco suscrito entre el ordenante y su proveedor, este no podrá negarse a ejecutar una orden de pago autorizada, con independencia de que esta haya sido iniciada por el ordenante, por el beneficiario o a través de él, salvo que lo prohibiera una disposición normativa.

Revocación de la orden

La Ley de Servicios de Pago (artículo 37) establece, con carácter general, que el usuario de servicios de pago —ordenante o beneficiario— no puede revocar la orden de pago después de que esta haya sido recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante.

Asimismo, señala que, cuando la operación de pago hubiera sido iniciada por el beneficiario o a través de este, el ordenante no podrá revocar la orden de pago una vez se hubiera transmitido al beneficiario la orden de pago o su consentimiento para que se ejecute la operación de pago, resultando necesario, en este caso, el acuerdo del beneficiario (por ejemplo: adeudos domiciliados, una vez el ordenante haya firmado la orden de domiciliación, y pagos con tarjeta a través de terminales de punto de venta, una vez el usuario se haya autenticado ante los sistemas de tarjeta en posesión del beneficiario).

No obstante, se establecen excepciones para el caso de que se trate de un adeudo domiciliado —sin perjuicio del derecho de devolución, siempre que se cumplan los requisitos que establece la norma—, señalando la ley que el usuario, en estos casos, puede revocar la 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, resultando en este caso necesario el acuerdo del beneficiario. Del mismo modo, y como excepción a la regla general, en caso de que el momento de recepción se corresponda con una fecha acordada entre el usuario del servicio de pago que inicia la orden y su proveedor de servicios —por ejemplo, órdenes de transferencia periódica—, el usuario podrá revocar la orden, a más tardar, al final del día hábil anterior al día convenido.

Transcurridos los plazos indicados, la orden de pago solo podrá revocarse si así se ha convenido entre el usuario de servicios de pago y su proveedor, en cuyo caso el proveedor de servicios de pago podrá cobrar gastos por la revocación, si así se hubiera pactado en el contrato marco.

Importes transferidos e importes recibidos

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley de Servicios de Pago, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», establece que, con carácter general, el proveedor de servicios de pago del ordenante, el proveedor de servicios de pago del beneficiario y todos los posibles intermediarios que intervengan en la operación de pago deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago, absteniéndose de 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 por su proveedor de servicios de pago.

Salvo lo señalado en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario de la cantidad total de las operaciones de pago iniciadas por el ordenante. En el caso de operaciones de pago iniciadas por el beneficiario o realizadas a través de él, su proveedor de servicios de pago le garantizará la recepción del importe total de la operación de pago.

Operaciones de pago a una cuenta de pago

Señala la Ley de Servicios de Pago — artículo 40— que el proveedor de servicios de pago del ordenante, tras recibir la orden de pago, ha de asegurarse 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, pudiendo prolongarse en un día hábil para las operaciones de pago iniciadas en papel.

Por su parte, el proveedor de servicios de pago del beneficiario ha de establecer la fecha de valor y de disponibilidad de la cantidad de la operación en la cuenta de pago del beneficiario tras haber recibido los fondos de conformidad con el artículo 43 de la ley.

Finalmente, por lo que se refiere a las órdenes de pago iniciadas por el beneficiario a través de él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario transmitirá la orden al proveedor de servicios de pago del ordenante dentro de los plazos que hubieran convenido el beneficiario y su proveedor de servicios de pago, de forma que, por lo que se refiere al adeudo domiciliado y a las operaciones con tarjetas, permita la ejecución del pago en la fecha convenida.

Fecha de valor y disponibilidad de fondos

Recibida una orden de pago en un día hábil para el proveedor de servicios de pago del ordenante, el abono de la operación en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario se producirá, como máximo, al final del día hábil siguiente —dos días si la operación se inicia en papel—, debiendo darse como fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario ese mismo día hábil, estando a disposición del beneficiario inmediatamente después.

A estos efectos, el proveedor de servicios de pago del ordenante podrá establecer, poniéndolo en conocimiento de este, una hora máxima a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

Hasta el 1 de enero de 2012, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podían acordar un plazo de hasta tres días hábiles para abonar en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, que se reduciría a dos días si la operación se originaba y recibía en España, y un día más si la operación se iniciaba en papel.

4.3.3 TARJETAS

a. Gastos y comisiones

Con carácter previo a desarrollar cuestiones específicas del apartado relativo a tarjetas, y por lo que se refiere a comisiones y gastos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 5.3.2 («Aspectos comunes», «Comisiones y gastos»).

Emisión, renovación y mantenimiento

Entre los servicios retribuíbles relacionados con las tarjetas que emiten las entidades, los más habituales hacen referencia a su emisión, renovación y mantenimiento, quedando condicionado el cobro de la respectiva comisión a que esta venga recogida expresamente en el propio contrato.

Por otra parte, si el titular renunciase a mantener su tarjeta, venía siendo criterio reiterado del DCMR que la entidad debería restituir la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al período en el que, por dicha causa, esto es, al rescindir su contrato, no va a utilizar la tarjeta; criterio que, como se ha indicado anteriormente, ahora contempla la Ley de Servicios de Pago cuando establece que, de cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago, al rescindir el contrato —en este caso, de tarjeta—, 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.

Asimismo, se ha de señalar que cualquier modificación de las condiciones que analizamos (o cualesquiera otras recogidas en el contrato) deberá ser comunicada de forma individualizada y en papel o soporte duradero, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación, salvo que la modificación resultara inequívocamente más favorable para el usuario, en cuyo caso sería de aplicación inmediata, como así se ha indicado anteriormente.

Del mismo modo, debemos incidir en el hecho de que la disposición transitoria tercera de la Ley de Servicios de Pago señaló un plazo de adaptación de los contratos de tarjeta de crédito o de débito a los preceptos de aquella de 18 meses, contados a partir de la fecha de su entrada en vigor, es decir, los contratos de tarjeta deben haber sido adaptados por las entidades con anterioridad al 5 de junio de 2011.

Así, cuando dicha adaptación no se había llevado a cabo por las entidades, dentro del plazo conferido al efecto, el DCMR estimó que su proceder resultaba contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros, máxime cuando, en la mayoría de estos casos, las entidades ni tan siquiera pudieron acreditar ante el DCMR haber informado a su cliente, en los términos antes expuestos, de los gastos y comisiones que se derivarían por la emisión, renovación y mantenimiento de las tarjetas, a pesar de que la carga de la prueba de haber cumplido con dichas obligaciones informativas recaía precisamente sobre las entidades, según señala el artículo 20 de la Ley de Servicios de Pago, por lo que el cobro de dichas comisiones o la modificación de estas no se ajustaban a la normativa.

Reclamación de posiciones deudoras

A este respecto, simplemente cabe recordar que el adeudo de comisiones por reclamación de cuota impagada tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las reclamaciones necesarias para la recuperación de dichos saldos, siendo preceptiva para su procedencia que aquella esté recogida en el documento contractual correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior, y para el cobro de dicha comisión, es criterio reiterado de este DCMR que, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, cabe exigir a las entidades que actúen conforme a los siguientes principios:

- En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio de este DCMR, no queda justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador.
- En segundo lugar, la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de un descubierto, este se prolonga en sucesivas liquidaciones de la cuenta.
- Finalmente, dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

Además, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica bancaria (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

En los contratos de tarjeta debe establecerse un límite de utilización que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en cuanto a su uso, no solo en los casos de uso fraudulento de la tarjeta en el que este límite opera como un límite de garantía, sino también en los de utilización de aquella por su legítimo titular.

No obstante, no podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, puntualmente, efectuar operaciones por encima del límite, ya que es una decisión que se enmarca dentro de su política de riesgos (sobre la que el DCMR no puede opinar), en cuyo caso la comisión por exceso sobre el límite viene a retribuir la facilidad crediticia que conceden las entidades al permitir a sus clientes que superen el límite de crédito que les fue concedido.

Cuestión distinta sería, en opinión del DCMR, que la entidad llevara a cabo, a partir de un determinado momento, la modificación del límite de utilización de la tarjeta que pactaron ambas partes. Efectivamente, en estos supuestos, estaríamos ante una modificación de las condiciones contractuales, la cual debería efectuarse en los términos y con los requisitos que exige la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, anteriormente señalados.

Una vez aclarado lo anterior, y respecto a la comisión por exceso sobre el límite, el DCMR ha venido señalando que, para que pueda adeudarse aquella, además de venir recogida en el contrato, debe haber sido concedida una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en permitir que se supere el límite de crédito inicialmente concedido) como consecuencia de disposiciones efectuadas con la tarjeta. Por lo tanto, esta comisión:

- No puede adeudarse si en el período de que se trate el cliente no ha efectuado disposiciones con tarjeta que excedan el límite de crédito.
- No puede reiterarse como consecuencia de un mismo excedido, aun en el caso de que este se prolongue en sucesivas liquidaciones de la cuenta. Por lo tanto, tampoco podrá cobrarse en aquellos casos en los que, pese a haber consumo, la cantidad reembolsada en el período de liquidación correspondiente es superior al gasto efectuado en él. Esta actuación, lejos de considerarse una nueva disposición o facilidad crediticia otorgada, ha de ser entendida como una disminución del exceso inicialmente utilizado o una mera acumulación de la deuda pendiente de pago.
- No puede adeudarse una vez cancelada la tarjeta, dado que ya no existe límite alguno concedido desde el momento en el que se lleva a cabo la cancelación.

b. Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Servicios de Pago y su normativa de desarrollo, el Servicio de Reclamaciones, antecesor de este DCMR, o había venido manteniendo que no resultaba ajustado a las buenas prácticas y usos financieros el que las entidades emitieran y enviaran tarjetas a sus clientes sin que, previamente, hubiera mediado una solicitud de estos en tal sentido, exceptuando la remisión de tarjetas que obedecían a la renovación del plástico. Es más, aun en aquellos casos en que las entidades realizaran campañas promocionales vía telefónica con el objetivo de «colocar» determinadas tarjetas entre sus clientes, sería deseable que, mientras que no estuviera convenientemente firmado el contrato, no se remitiera la tarjeta, evitando así malentendidos respecto a la voluntad de los clientes de contratar el producto ofertado.

Esta cuestión queda resuelta tras la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, el 4 de diciembre de 2009, que impone al proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago la obligación de «abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago» (artículo 28, letra b).

Envío por medios que no aseguran su recepción

Igualmente, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, el DCMR venía considerando constitutivo de una mala práctica bancaria la remisión por correo ordinario de documentos de trascendencia económica, como lo son las tarjetas y su número secreto, ya que este sistema no garantiza ni permite acreditar la recepción del documento por parte del destinatario, ni que la propia entrega se ha efectuado. Dicho esto, y teniendo en cuenta que 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 aquella, las entidades debían adoptar las medidas oportunas para, en definitiva, obtener certeza de que la tarjeta se entregó al titular o persona autorizada, mediante el correspondiente acuse de recibo o cualquier otra forma válida.

Sobre el particular, la Ley de Servicios de Pago ha dispuesto (artículo 28, letra a) que la entidad emisora de la tarjeta ha de cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario facultado para utilizar dicho instrumento, al tiempo que señala que será la entidad la que soporte los riesgos que puedan derivarse del envío del instrumento de pago y de sus elementos de seguridad personalizados.

Cancelación y bloqueo unilateral de tarjetas

Las entidades, cuando deciden emitir una tarjeta —con base en la confianza depositada en su cliente—, suelen dar a esta relación un plazo de duración indefinido, lo que implícitamente supone que ambas partes tienen la posibilidad de rescindirla unilateralmente (artículo 85.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

Y tan es así, que la propia Ley de Servicios de Pago reconoce en su artículo 21, al regular la resolución del contrato marco, la posibilidad tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago de resolver el contrato marco en cualquier momento, salvo que las partes hayan convenido un preaviso, el cual no puede exceder de un mes en caso de resolución por el usuario o, en caso de resolución por el proveedor de servicios de pago, debe ser como mínimo de dos meses. Dicho esto, en aquellos casos en los que es la entidad la que decide cancelar la tarjeta, este DCMR ha venido considerando que, de conformidad con las buenas prácticas y usos bancarios, y para evitar que esta medida suponga el desamparo de su cliente, cabe exigir a la entidad que:

- Funde su decisión en causas objetivas (como manifestó el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 1994).
- Comunique previamente su decisión al titular de la tarjeta, con el fin de evitarle perjuicios adicionales a los que en sí, de forma intrínseca, lleva aparejada la extinción de un medio de pago.
- Asimismo, parece razonable que, en estos casos, restituyan al cliente la parte de la cuota periódica satisfecha, en proporción al tiempo que no van a disponer de la tarjeta.

En relación con el bloqueo del instrumento de pago (en este caso, la tarjeta), la Ley de Servicios de Pago señala en el artículo 26 que la entidad podrá reservarse el derecho a bloquear la utilización de la tarjeta, siempre que así se hubiera acordado en el contrato marco, por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta de aquel o, en caso de que estuviera asociada a una línea de crédito, si su uso pudiera suponer un aumento significativo del riesgo de que el ordenante pueda ser incapaz de cumplir con su obligación de pago. Asimismo la ley establece que en estos supuestos, y de ser posible, la entidad deberá comunicar el bloqueo a su cliente con carácter previo; y, si no resultara posible, inmediatamente después de aquel⁸⁰.

Por otra parte, este DCMR considera una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias que las entidades, al tiempo que bloquean una tarjeta por motivos de seguridad, alerten simultáneamente a sus titulares de las transacciones sospechosas que hubieran identificado y les informen sobre la forma de proceder para poner de manifiesto el fraude y, a partir de ahí, poder iniciar el procedimiento de reclamación de las cantidades dispuestas y la realización de las gestiones pertinentes para obtener los justificantes de las operaciones expedidas por los establecimientos, con el fin de comprobar que dichas disposiciones reunían los requisitos imprescindibles para ser aceptados, poniéndolos, una vez obtenidos, a disposición de su cliente.

El desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución por uno nuevo procederá en caso de que hayan dejado de existir los motivos que llevaron a su bloqueo. Se llevará a cabo por el propio proveedor de servicios de pago sin perjuicio del derecho del usuario a solicitarlo. En todo caso, se realizará sin coste para el usuario de servicios de pago.

c. Tarjetas de pago aplazado

Con carácter general, cabe señalar que las partes deben asumir el tipo de interés pactado en el contrato. En este sentido, el DCMR recuerda con frecuencia a las entidades que, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En las tarjetas, existen distintas posibilidades de formas de pago. Así, en las tarjetas de débito el pago se verifica deduciendo el importe mediante cargo en la cuenta vinculada en el momento de la utilización de aquella. En las tarjetas de crédito, es frecuente hablar de dos modalidades: las tarjetas de pago o de débito diferido (en las que el saldo derivado de la utilización de la tarjeta se carga —normalmente, a fin de mes— en la cuenta vinculada, sin que se perciban intereses del titular de la tarjeta por este aplazamiento de pago), y las de crédito con pago aplazado (que suelen devengar intereses día a día liquidables mensualmente a favor del banco, al tipo nominal mensual que figure en las condiciones particulares del contrato). 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 el último ejercicio se ha mantenido el número de reclamaciones derivadas de la utilización de tarjetas con pago aplazado, en especial las relativas al uso de tarjetas de crédito *revolving* y las transferencias de efectivo realizadas con cargo al límite de crédito de la

⁸⁰ Véase la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, artículo 27, número 3.

tarjeta, así como las referidas a la modificación unilateral (al alza) del tipo de interés aplicable a estos pagos.

Son, igualmente, numerosas las reclamaciones presentadas ante el DCMR por la lenta amortización de la deuda, en referencia, fundamentalmente, a tarjetas de crédito⁸¹ con pago aplazado y altos tipo de interés, al entender los reclamantes que «nunca se termina de pagar la deuda y que ya la han pagado varias veces». En los párrafos que siguen se explica la causa que genera tal circunstancia.

Tarjetas *revolving*. Lenta amortización de la deuda

Las tarjetas *revolving* son aquellas en las que su titular puede disponer hasta el límite o máximo de crédito concedido a cambio del pago de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden ser un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija. Así estas tarjetas posibilitan el reintegro aplazado de las cantidades dispuestas mediante el pago de cuotas periódicas, que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad, con la característica de que con cada plazo pagado se reconstituyen los fondos disponibles por ese importe.

Además, en este tipo de tarjetas los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente son financiados junto con el resto de las operaciones. Esto implica que, ante tasas elevadas de interés de la cuota de la tarjeta cuando se pagan cuotas mensuales bajas en términos relativos respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realice en un plazo muy largo, lo que implica el pago total de una cifra elevada de intereses, pues debe tenerse presente que estos se calculan sobre el principal medio pendiente de pago para cada período de liquidación.

La elevación de la cuota mensual haría que se acortara el período de amortización de la deuda, con la consecuente reducción del importe absoluto de intereses a pagar durante la vida de la operación, para un mismo saldo pendiente en un momento determinado. Adicionalmente, si en algún momento la cuota periódica no alcanzara a cubrir la totalidad de intereses devengados en un período mensual, por la parte de los intereses que excediera dicha cuota, se incrementaría la deuda pendiente, es decir, se produciría una amortización negativa, devengándose intereses por la totalidad de la deuda; del mismo modo, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente, hecho que se ve agravado por el cargo de comisiones por reclamación de cuota impagada. Ello con independencia del carácter *revolving* de la tarjeta.

Consecuencia de esta operativa es que no sea posible emitir un cuadro de amortización previo (como sí ocurre cuando se contrata un préstamo, en el que el importe de las cuotas está previamente determinado), dada la variabilidad de las cuotas mes a mes, según el capital pendiente y las disposiciones efectuadas.

En este sentido, la normativa de transparencia tampoco exige, lógicamente, que esta información figure entre la que periódicamente se debe facilitar al titular de la tarjeta, sino tan solo un detalle de las transacciones realizadas — con datos de referencia, fechas de cargo y valoración, tipos aplicados, comisiones y gastos repercutidos... — y el reflejo de la deuda pendiente. No obstante, los extractos que se envían por este motivo, bien por cómo reflejan estos datos, bien por la propia complejidad de la forma de liquidación, no

81 De manera equivalente, surge el mismo problema de lenta amortización de la deuda en los préstamos de consumo con modalidad *revolving*, normalmente también con elevadas tasas de interés.

suelen resultar sencillos y comprensibles para comprobar la relación existente entre las cantidades dispuestas con la tarjeta, los reintegros a los que ya se ha hecho frente y el importe de la deuda pendiente en cada momento.

Por este motivo, y de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, este DCMR estima que las entidades, cuando el titular de la tarjeta:

- solicite aclaración sobre las cantidades abonadas y el saldo deudor pendiente con este instrumento de pago, deben extremar la diligencia para tratar de facilitar un detalle lo más completo posible de la deuda exigible, donde se pueda verificar la bondad del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos;
- pida conocer cuándo terminará de pagar su deuda, deben facilitar algún medio —y, en todo caso, a través de la atención telefónica personalizada— a través del cual cada cliente, en un momento determinado, pueda conocer el tiempo estimado que le queda para amortizar una operación, si bien con la clara advertencia de que la estimación que se realizara en ese momento sería para el saldo concreto a una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha. Así, este DCMR considera que es posible, y además exigible conforme a las buenas prácticas bancarias, la confección de un cuadro de amortización —en el que se debería advertir al interesado de que sería válido solo si se mantiene el pago mensual por la cuantía pactada y no se llevan a cabo nuevas disposiciones del crédito— que permita al interesado conocer el número de pagos necesarios para cancelar el crédito;
- solicite saber el importe de la deuda pendiente, con la pretensión de cancelarla, deben informar a este teniendo en cuenta los posibles recibos o cuotas devengadas pendientes de liquidación, pues lo contrario podría provocar en el titular del plástico una expectativa de buen fin de las operaciones al adeudar el importe certificado, que, al no incluir toda la deuda pendiente de pago, no sería suficiente para saldar la deuda.

Un problema adicional a este tipo de tarjetas surge cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o incluso ni siquiera para mantener el crédito dispuesto dentro del límite inicialmente autorizado. Esto último suele dar lugar a ampliaciones automáticas del límite por disposiciones previsto en el propio contrato. En esos casos, el DCMR considera que las entidades, ante las dudas que este tipo de operaciones pueden generar entre su clientela, deben informar específicamente de dicha ampliación, de la nueva cuota que se debe pagar y de la deuda acumulada hasta el momento, desde el mismo momento en que se produce la modificación de dicho límite, a fin de que el cliente pueda realizar una correcta valoración de su grado de endeudamiento, no considerándose suficiente una mera mención al respecto en el extracto mensual de la tarjeta.

Transferencias de efectivo con cargo a la línea de crédito

Se trata de un servicio adicional previsto en el contrato, por el que se concede a los titulares de tarjeta, usualmente vía telefónica, una facilidad crediticia retribuida en las mismas condiciones pactadas de tipo de interés que para las disposiciones con cargo a la tarjeta.

Los criterios de buenas prácticas bancarias aplicables a este tipo de operaciones exigen que las entidades puedan acreditar el pleno conocimiento por parte de su cliente de las condiciones de contratación, bien en la solicitud o en la autorización para la utilización de este servicio.

Así las cosas, este DCMR considera una mala práctica bancaria que, cuando se informe de las condiciones aplicables, se haga tal énfasis en el coste de la propia transferencia —normalmente, gratuita— que los titulares de las tarjetas puedan confundir este coste con el del propio crédito.

Lo exigible a las entidades en estos casos es que, de una forma clara y precisa, indiquen que la gratuidad afecta exclusivamente a la transferencia, pero no al importe transferido, que habría de ser retribuido con arreglo a las condiciones estipuladas para la línea de crédito concedida a su tarjeta y a cuyo cargo se efectuaría la transferencia; de forma tal, que no se planteen dudas de que los titulares conozcan y comprendan los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, puedan prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

Incremento unilateral de tipos de interés

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge en el artículo 22 de la Ley de Servicios de Pago, nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado 4.3.2.c), «Modificación de las condiciones del contrato marco».

Cuando las entidades modifican el tipo de interés aplicable a los pagos aplazados generados por tarjetas —incluida, por tanto, la deuda viva en ese momento—, si bien sus titulares tienen derecho a no aceptar las nuevas condiciones, aquellas, que asumen el riesgo de crédito implícito en la financiación, estarían legitimadas para bloquear la tarjeta y/o resolver el contrato.

En estos casos, las entidades deben advertir a sus clientes, de manera clara e inequívoca, de las alternativas de las que disponen:

- Aceptar 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.
- No aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores, lo que llevará aparejados el bloqueo y la cancelación de la tarjeta física (plástico), permaneciendo viva la deuda anterior para su amortización de acuerdo con las condiciones vigentes hasta ese momento.

Finalmente, se ha de indicar que, durante el ejercicio 2013, son varias las reclamaciones que, por este motivo, se han planteado ante el DCMR, debiendo significarse que, en algunas ocasiones:

- las entidades no habían llevado a cabo, dentro del plazo que se establece en la disposición transitoria tercera de la Ley de Servicios de Pago, la adaptación de los contratos marco a lo establecido en dicha ley —18 meses para los contratos de tarjeta de crédito o de débito— y, en otras,
- las entidades no habían realizado la modificación del tipo de interés inicialmente pactado con arreglo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Servicios

de Pago. En estos casos, la comunicación de la modificación del tipo de interés no se efectuó de manera individualizada y/o dicha comunicación no se hizo con la antelación que establece dicho artículo, esto es, no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación.

Estas actuaciones merecieron un pronunciamiento desfavorable del DCMR, concluyendo este que el proceder de las entidades resultaba contrario a lo establecido por la Ley de Servicios de Pago y las buenas prácticas y usos financieros.

d. Terminales de punto de venta

En los contratos de afiliación a los sistemas de tarjeta, suscritos entre un comercio y una entidad gestora de un terminal de punto de venta (TPV), suele recogerse no solo que las entidades únicamente vendrán obligadas a liquidar el importe de las facturas de venta y notas de abono, si los comercios afiliados cumplen fielmente lo acordado, comprobando básicamente que figura la firma del titular de la tarjeta en la factura de venta y que esta firma es la misma que la estampada en la tarjeta, si es el caso (tratándose de una tarjeta con chip EMV dicho requerimiento no resulta necesario, ya que la mayoría de implementaciones de tarjetas y terminales de EMV confirman la identidad del propietario de la tarjeta solicitando el tecleo de un NIP o número de identificación personal), sino también cuál es la responsabilidad o el riesgo que asumen los comercios por admitir tarjetas como medio de pago (lo que suele concretarse en un deber de reponer el importe de la venta si la entidad emisora de la tarjeta con la que se produjo el pago devuelve la transacción inicial por cualquier causa), de donde se deduce que:

- La entidad emisora de la tarjeta actúa como mera intermediaria entre el titular del plástico y la entidad del comercio, debiendo limitarse a cumplir diligentemente las instrucciones de su cliente y a obtener la documentación necesaria para cerciorarse de que el adeudo discutido estaba originado en una relación que vinculaba a la propia entidad, en lo que concierne a la aceptación del cargo discutido.
- La entidad del comercio (que actúa como gestora del cobro de las operaciones registradas a través de un TPV) adeudará en la cuenta de este el importe de las que resultaron rechazadas por el titular o por el propio sistema, ya que se limita a seguir las instrucciones de la sociedad gestora de este.
- Cualquier discrepancia en relación con la calidad de los productos adquiridos con la tarjeta deberá resolverse entre el comprador y el establecimiento comercial.

Así, la aceptación de tarjetas y su consiguiente liquidación se regulan en las condiciones generales del contrato suscrito por las partes, que constituye ley *inter partes* de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil; en este caso, el contrato de afiliación del establecimiento a los sistemas de tarjetas. Por tanto, este DCMR entiende que, una vez que las entidades han cumplido las obligaciones que como intermediarias en la operación tienen, el que estas lleven a cabo la retrocesión de las operaciones que se cuestionen por los titulares de las tarjetas no puede estimarse contrario a las buenas prácticas y usos financieros, siempre que dicha retrocesión venga justificada por las órdenes de devolución de las compras iniciadas por los legítimos titulares de las tarjetas que no reconocen la autoría de las transacciones, los cuales tienen derecho al reembolso inmediato de acuerdo con la normativa que resulta de aplicación (artículos 29 al 31 de la Ley de Servicios de Pago).

e. Uso fraudulento

La Ley 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 las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones. Con esta norma se da rango de ley a las previsiones que sobre esta materia recogía el Código de Buena Conducta de la Banca Europea con respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta, de 14 de noviembre de 1990, que constituyó la respuesta a la Recomendación 88/590/CEE, de 17 de noviembre de 1988, de la Comisión Europea, relativa a los sistemas de pago, y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas.

Entre las peculiaridades de la ley, cabe destacar:

- Es aplicable a «cualquier mecanismo personalizado [...] utilizado (por el usuario del servicio de pago) para iniciar una orden de pago». Es decir, resulta igualmente aplicable a las libretas de ahorro.
- La fijación de un plazo máximo general para comunicar a la entidad que se ha producido una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, estableciéndose este en 13 meses desde la fecha de adeudo o abono. No obstante, cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior.
- Igualmente, las entidades podrán convenir con los usuarios, cuando estos no sean consumidores, que no les resulten de aplicación los preceptos relativos a «prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago», así como el límite de autoseguro y las demás previsiones recogidas como «responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas».
- El límite de responsabilidad se aplicará, ente otros supuestos, cuando el instrumento de pago hubiera sido sustraído, no necesariamente robado, por lo que no se requiere que en la pérdida de la posesión haya intervenido violencia o intimidación.
- No se aplicará el régimen de responsabilidad previsto al dinero electrónico si la entidad emisora no tuviera capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago.

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

En aplicación de los dictados de la Ley de Servicios de Pago, cuando un usuario de servicios de pago —por ejemplo, el titular de una tarjeta— tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarla a la entidad, sin tardanza injustificada.

Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono, si bien, en caso de que el usuario sea un no consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior (artículo 29 de la LSP).

Del mismo modo, en estos casos 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 cualquier otra anomalía (artículo 30 de la LSP). No obstante, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante —titular de la tarjeta— ni que este actuó de manera fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben como usuario del servicio de pago, a saber: i) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización; ii) tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto, y iii) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas a la entidad, en cuanto tenga conocimiento de ello, debiendo la entidad adoptar las medidas necesarias para evitar, desde que se produce dicha comunicación, la utilización ilegítima del instrumento de pago por terceros no autorizados, debiendo contar esta con medios adecuados y gratuitos a fin de posibilitar, en todo momento, que el titular efectúe la comunicación de la operación de pago cuya autoría no reconoce.

La acreditación de las operaciones variará dependiendo del uso dado a la tarjeta, siendo los más habituales los de reintegros en efectivo y los de pago en comercios. En el primero de los casos, la entidad deberá acreditar mediante sus propios registros internos y/o los del cajero en los que se llevó a cabo la operación que esta fue correctamente registrada y que no se vio afectada por ninguna deficiencia. En el segundo de los casos, esto es, cuando la tarjeta se usa como medio de pago en un comercio, cabe exigir a la entidad emisora de la tarjeta que actúa como intermediaria en el pago lo siguiente:

- Que presente la documentación justificativa de cada operación (la boleta de la operación debidamente firmada), ya que, de otro modo, se invertiría la carga de la prueba de tal forma que el cliente, que no ha creado el sistema, estaría obligado a demostrar que no ha realizado las compras cuestionadas, lo que, obviamente, es inadmisibles.
- 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, como ha indicado este DCMR en numerosas ocasiones, si bien la firma contenida en las boletas constituye, en su caso, un límite a la responsabilidad del titular de la tarjeta, no corresponde al DCMR efectuar dicha valoración, pues únicamente los tribunales de justicia, a través de la práctica de los medios de prueba que estimen necesarios, pueden determinar la falsedad de la firma contenida en los resguardos, así como pronunciarse acerca de la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en el cumplimiento de sus obligaciones; entre ellos, los establecimientos comerciales.

En cuanto al régimen de responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas, cabe distinguir, en consonancia con lo establecido en la Ley de Servicios de Pago, la responsabilidad establecida para la entidad en caso de operaciones de pago no autorizadas (en general) y la responsabilidad fijada para el ordenante —titular de la tarjeta— en caso

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

de que las operaciones de pago no autorizadas derivaran de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.

En estos supuestos, y con independencia de la obligación de la entidad de demostrar que la operación de pago controvertida fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico, corresponde a esta, en tanto proveedor de servicios de pago del ordenante, devolver a este de inmediato el importe de la operación de pago no autorizada, restableciendo la cuenta de pago al estado que habría tenido de no haberse producido la operación de pago no autorizada, en su caso (artículo 31 de la Ley de Servicios de Pago); ello, claro está, con independencia del derecho que asiste a la entidad a efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

Dentro del apartado de uso fraudulento de tarjetas que ahora analizamos, y más concretamente de la responsabilidad del proveedor del servicio de pago por operaciones de pago no autorizadas que se regula en el artículo 31 de la ley, cabe incluir, a juicio del DCMR, y con independencia de la mejor opinión de los tribunales de justicia, aquellas operaciones de pago no autorizadas que se hubieran efectuado con tarjeta en las que su titular no ha perdido la posesión de aquella, esto es, aquellos casos en los que se ha llevado a cabo una copia de la tarjeta, o bien la realización de operaciones de pago no autorizadas realizadas a través de Internet, tales como compras, transferencias, etc.

Efectivamente, el DCMR viene entendiendo que, en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta derivada de una copia del instrumento de pago, no estaríamos en el supuesto contemplado en el artículo 32 de la Ley de Servicios de Pago, que establece, como veremos a continuación, la responsabilidad del ordenante por las operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, ya que en estos supuestos el titular de la tarjeta no ha perdido su posesión. Sería de aplicación el artículo 31 de la ley en tanto que se trata de una operación de pago no autorizada, debiendo en estos casos la entidad, a juicio del DCMR, llevar a cabo la devolución del importe íntegro de la operación de pago no autorizada, siempre y cuando el titular de la tarjeta no hubiera incumplido deliberadamente o por negligencia grave las obligaciones que incumben a este y a las que hemos hecho referencia con anterioridad, y la entidad así pueda acreditarlo, valorando el DCMR de manera individualizada las circunstancias que concurren en cada caso.

Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído

Del mismo modo, y como se ha expuesto, cuando la entidad tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada derivada de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, deberá demostrar que la operación de pago controvertida fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico. En estos casos, se establece que el ordenante tan solo soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de la utilización del instrumento de pago extraviado o sustraído (artículo 32 de la Ley de Servicios de Pago), salvo que la operación de pago no autorizada fuera fruto de una actuación fraudulenta del ordenante o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de sus obligaciones, en cuyo caso el ordenante soportará el total de las pérdidas derivadas de las operaciones de pago no autorizadas.

Por otra parte, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna derivada del uso fraudulento de la tarjeta extraviada o sustraída con posterioridad a la notificación a la entidad del extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago.

En cuanto a la enervación por parte de las entidades del límite de responsabilidad descrito, es criterio reiterado de este DCMR considerar que en última instancia deberán de ser los tribunales de justicia, y no las entidades de crédito como parte interesada, los que deberán valorar y determinar, en su caso, la existencia de una conducta fraudulenta o el incumplimiento, deliberado o con negligencia grave, de las obligaciones que corresponden al titular en relación con el instrumento de pago. No obstante, cuando la entidad acredite la existencia de hechos que, *a priori* y en nuestra opinión, podrían considerarse suficientes para enervar el límite de responsabilidad, este DCMR, analizando las circunstancias que concurren en cada supuesto, no considera el proceder de la entidad apartado de las buenas prácticas bancarias, indicando, al mismo tiempo, que, dadas las circunstancias, los interesados podrán someter la controversia, si así lo estiman oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

f. Dinero electrónico

El desarrollo de las nuevas tecnologías, las necesidades de dotar de mayor seguridad a las transacciones de comercio electrónico y la búsqueda de mayor eficiencia en los sistemas de pago hacen que, en un proceso imparable, se busquen sistemas que sustituyan el papel moneda por el dinero electrónico. Y en este contexto de constante cambio y evolución comienzan a recibirse en este DCMR reclamaciones relacionadas con el reembolso de dinero electrónico incorporado a una tarjeta prepago.

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. Por su parte, 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.

Recurriendo a la definición que la propia Ley 21/2011 hace en su artículo 1, se entiende por dinero electrónico todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico.

Como consecuencia de esta definición, quedaría fuera del ámbito de aplicación de la ley aquel valor monetario almacenado en instrumentos específicos, diseñado para atender necesidades concretas y cuyo uso esté limitado, bien porque el titular solo pueda utilizarlo en los establecimientos del propio emisor o en una red limitada de proveedores de bienes o servicios, bien porque pueda adquirirse con él únicamente una gama limitada de bienes o servicios. Y así, y a modo de ejemplo, a las tarjetas de compra, tarjetas de combustible, tarjetas de socio, tarjetas de transporte público, vales de alimentación o vales de servicio no les sería de aplicación esta normativa.

Dicho esto, y utilizando una clasificación que a nuestra exposición interesa, en función del soporte utilizado hemos de distinguir entre el dinero unido a tarjeta y el dinero *software*. El primero se corresponde con el modelo de *card-based products*, que, con carácter general, y a salvo las especialidades que cada sistema está desarrollando, adopta la forma de tarjeta de prepago recargable. El dinero almacenado en aquella se utiliza para compras al contado tradicionales de pequeño valor, así como para compras en la Red, aprovechando el mayor grado de seguridad que proporciona el chip integrado en la tarjeta. Por su parte, el dinero electrónico almacenado bajo un formato de *software* permite realizar transacciones sin que se requiera *software* ni *hardware* adicional.

Por lo que respecta al régimen de emisión de dinero electrónico, una vez recibidos los fondos, el emisor de este lo emitirá por su valor nominal.

Por otro lado, cuando el titular del dinero electrónico solicite su reembolso, sus emisores procederán en tal sentido, en todo momento y por el valor monetario del que se disponga. Igualmente se exige que el contrato entre emisor y titular de dinero electrónico estipule clara y explícitamente las condiciones de reembolso, incluidos los gastos conexos, y se informe de esas condiciones al titular del dinero electrónico antes de que este quede sujeto a un contrato u oferta.

El reembolso podrá estar sujeto a gastos únicamente si así se estipula en el contrato y solo en alguno de los siguientes casos: cuando el reembolso se solicite antes de la finalización del contrato, cuando el contrato determine una fecha de finalización y el titular del dinero electrónico haya resuelto el contrato con anterioridad a dicha fecha o cuando el reembolso se solicite una vez transcurrido un año desde la fecha de finalización del contrato.

Dicho esto, cuando el reembolso se solicite antes de la finalización del contrato, el titular del dinero electrónico podrá solicitar el reembolso total o parcial. Por el contrario, si se solicita en la fecha de finalización del contrato o hasta un año después de dicha fecha, se reembolsará el valor monetario total del dinero electrónico que se posea.

Resta indicar que se prohíbe la concesión de intereses o cualquier otro beneficio relacionado con el tiempo durante el cual un titular de dinero electrónico está en posesión de este.

4.3.4 TRANSFERENCIAS Y ÓRDENES DE TRASPASO DE EFECTIVO

Desde la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, ya no existe diferencia alguna en cuanto al tratamiento jurídico de las transferencias nacionales (en las que tanto el que envía el dinero como el que lo recibe se encuentran en España) respecto de aquellas en las que una de las partes se encuentra en España y la otra (bien el ordenante, bien el beneficiario) en un país miembro de la UE y se realicen en euros o en una moneda de un país de la UE.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de esta Memoria —año 2013—, las transferencias ordenadas en España tanto por residentes como por no residentes, las procedentes del Espacio Económico Europeo (países de la UE más Islandia, Liechtenstein y Noruega) y el resto de transferencias procedentes del extranjero podían intercambiarse a través del Subsistema General de Transferencias⁸², del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE); y las transferencias entre residentes en países miembros de la SEPA, a través del Subsistema General de Transferencias SEPA⁸³ del SNCE.

⁸² Instrucción SNCE/CE/03/55-Subsistema General de Transferencias (actualizada por Instrucción SNCE/CE/001). Hasta el 17 de marzo de 2014, inclusive, fecha de intercambio, el SNCE siguió aceptando y procesando transferencias en el Subsistema General de Transferencias —Instrucción SNCE/CE/03/013—.

⁸³ Instrucción SNCE/CE/13/000-Subsistema General de Transferencias SEPA (Instrucción SNCE/CE/13/001: Adaptación del Subsistema de Transferencias SEPA al Servicio de Centralización de Intercambios; Instrucción SNCE/CE/13/002: Solicitudes de Retrocesión de Transferencias SEPA; Instrucción SNCE/CE/13/003: Solicitudes de Retrocesión de Transferencias SEPA. Responsabilidades; Instrucción SNCE/CE/13/004: Eliminación del límite de importe para el tratamiento en el subsistema de las operaciones en las que intervengan no residentes —en vigor desde el 2 de enero de 2014—, e Instrucción SNCE/CE/13/005: Nuevo servicio de intercambio de transferencias SEPA con liquidación en el mismo día de su presentación —en vigor desde el 18 de noviembre de 2014—).

Ahora bien, el Reglamento (UE) n.º 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, señaló el 1 de febrero de 2014 como fecha límite para la migración de las transferencias y los adeudos domiciliados en la zona del euro a la SEPA, a fin de conceder a los proveedores de servicios de pago y los usuarios de dichos servicios tiempo suficiente para adaptar sus procesos a los requisitos técnicos que la migración conlleva. No obstante, con posterioridad, el Reglamento (UE) n.º 248/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, permitió que los proveedores de servicios de pago siguieran procesando hasta el 1 de agosto de 2014 las operaciones de pago a través de sus sistemas tradicionales, junto con sus sistemas de transferencias SEPA y adeudos domiciliados SEPA, como se venía haciendo hasta ese momento.

Una vez completada la migración, las transferencias se tramitan a través de dos subsistemas del SNCE, el Subsistema General de Transferencias SEPA SNCE 013, regulado en la Instrucción SNCE/CE/13/000⁸⁴, y el Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones⁸⁵, cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001, de 30 de septiembre de 2014.

Llegados a este punto, hay que señalar que las instrucciones operativas del SNCE constituyen un conjunto de normas y procedimientos que regulan la operativa de los sistemas y servicios del SNCE establecidas de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica⁸⁶, señalando dicho precepto que el reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE, teniendo también la consideración de normas del SNCE las instrucciones operativas. Además, señala que las normas contenidas en el reglamento y en las instrucciones operativas del SNCE serán de obligado cumplimiento para todas las entidades miembros, en función de su tipo de participación. Finalmente, cabe indicar que, en caso de conflicto, lo dispuesto por la Ley de Servicios de Pago prevalecerá sobre las reglas interbancarias, que, como se ha señalado anteriormente, solo resultan obligatorias para las entidades participantes en el SNCE.

a. Identificador único

Tras la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, cuando una orden de pago se ejecute conforme al identificador único —la mayoría de las operaciones de transferencia de fondos se ejecutan utilizando el identificador único, según el cual se efectúa el proceso de abono, que durante el período a que se refiere la presente Memoria ha sido el Código Cuenta Cliente (CCC) completo y técnicamente correcto de la cuenta del beneficiario—, dicha orden se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario indicado en dicho identificador, no siendo responsable el proveedor de servicios de pago de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación cuando el identificador único que le hubiera facilitado el usuario fuera incorrecto. No obstante, se exige que la entidad realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo recibir esta, por dichas gestiones, los gastos de recuperación que, en su caso, hubieran pactado las partes en el contrato marco (artículos 44 y 45 de la LSP).

84 Téngase en cuenta: Instrucción SNCE/CE/13/001: Adaptación del Subsistema de Transferencias SEPA al Servicio de Centralización de Intercambios; Instrucción SNCE/CE/13/002: Solicitudes de Retrocesión de Transferencias SEPA; Instrucción SNCE/CE/13/003: Solicitudes de Retrocesión de Transferencias SEPA. Responsabilidades; Instrucción SNCE/CE/13/004: Eliminación del límite de importe para el tratamiento en el subsistema de las operaciones en las que intervengan no residentes, y, finalmente, Instrucción SNCE/CE/13/005: Nuevo servicio de intercambio de transferencias SEPA con liquidación en el mismo día de su presentación.

85 A través de dicho subsistema se intercambian las siguientes operaciones denominadas en euros: transferencias de la clase «2», esto es, transferencias procedentes del extranjero fuera del Espacio Económico Europeo; órdenes de traspaso de planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión (EPSV) y órdenes de traspaso de fondos de inversión.

86 Publicado en el *BOE* de fecha 11 de enero de 2013.

Progresivamente, y a resultas de la integración de España en la zona de pagos SEPA, es conveniente que los clientes se familiaricen con el código internacional de identificación de las cuentas bancarias (BIC) y con el código internacional IBAN (que se construye a partir del Código Cuenta Cliente —CCC— tradicionalmente usado en España). Ambos códigos vienen siendo facilitados tradicionalmente por las entidades de diferentes formas (extractos bancarios, aplicaciones de banca electrónica, talonarios, libretas, etc.)⁸⁷. A este respecto, debemos recordar que, hasta la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, las entidades adheridas al SNCE eran responsables, como entidades receptoras, de abonar correctamente cada transferencia al beneficiario, de acuerdo con la información recibida en la transmisión, de forma tal que, si la entidad beneficiaria contaba con la información relativa al titular de la cuenta, debía rechazar la transferencia en el supuesto de que el nombre del beneficiario de la transferencia no coincidiera con el del titular de la cuenta beneficiaria, a fin de no incumplir con lo establecido en la Circular del Banco de España 5/1991.

b. Gastos de la operación

El SNCE, para las transferencias nacionales, hasta la reforma de 2006, tramitaba todas las transferencias nacionales en euros con la cláusula OUR. El 17 de octubre de 2006 entró en vigor una modificación (SNCE/A/03/758) de la instrucción operativa SNCE/A/03/55 del citado subsistema de intercambio, que contemplaba la posibilidad de que en determinadas transferencias ordenadas en España el cliente ordenante optara por soportar (como hasta 2006) la totalidad del coste de la operación (cláusula OUR) o que el ordenante y el beneficiario compartieran los citados costes, asumiendo cada uno los que genere su respectiva entidad (cláusula SHA).

Tras la aprobación de la Ley de Servicios de Pago, en toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago. Este criterio se aplicará, igualmente, cuando la operación suponga un cambio de divisas, salvo pacto en contrario de las partes. El artículo 24.2 de la Ley de Servicios de Pago establece que, no obstante lo anterior, en toda operación de pago en la que ambos prestadores de servicios de pago estén en España e incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante los percibidos por su proveedor de servicios de pago; los gastos de conversión, salvo indicación en contrario de las partes, serán satisfechos por quien la solicite.

En esta línea, de conformidad con la modificación que introdujo la instrucción SNCE/A/03/55, de fecha 30 de septiembre de 2011, las transferencias ordenadas en España por residentes o no residentes deben incorporar la cláusula SHA, mientras que las transferencias procedentes de países de la UE más Islandia, Liechtenstein, Mónaco y Noruega, así como el resto de transferencias procedentes del extranjero, podrán llevar la cláusula de gastos OUR/BEN/SHA.

Adicionalmente, cabe señalar que es criterio reiterado de este DCMR considerar que, si por razones operativas fuera necesaria la intervención de un corresponsal para la ejecución de la operación, el prestador de servicios de pago del ordenante deberá informar a este acerca de la posibilidad de que dicha intervención conlleve unos gastos adicionales para aquel —o, en su caso, para el beneficiario de la transferencia—, aun a pesar de que

⁸⁷ Los clientes pueden contactar con la entidad para conocer estos códigos o utilizar el siguiente enlace para obtenerlos a partir de su CCC: www.sepaesp.es/herramienta/conversion.htm.

la entidad ordenante no pueda precisar o especificar con exactitud a cuánto ascenderán tales gastos.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley de Servicios de Pago establece, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», que, con carácter general, el proveedor de servicios de pago del ordenante, el proveedor de servicios de pago del beneficiario y todos los posibles intermediarios que intervengan en la operación de pago deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago, absteniéndose de reducir gasto alguno de la cantidad transferida.

No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que este deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario.

En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario por su proveedor de servicios de pago.

Salvo en lo señalado en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario de la cantidad total de las operaciones de pago iniciadas por el ordenante. En el caso de operaciones de pago iniciadas por el beneficiario o realizadas a través de él, su proveedor de servicios de pago le garantizará la recepción del importe total de la operación de pago.

c. Comisiones

En este apartado, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 4.3.2 e) «Comisiones y gastos».

d. Transferencias
no autorizadas o ejecutadas
incorrectamente

En aplicación de los dictados de la Ley de Servicios de Pago, cuando un usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente —por ejemplo, y por lo que ahora nos ocupa, una transferencia—, deberá comunicarla a la entidad, sin tardanza injustificada.

Notificación de operaciones de pago
no autorizadas o ejecutadas
incorrectamente

Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo o del abono, si bien, en caso de que el usuario sea un no consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior (artículo 29 de la LSP).

Prueba de la autenticación
y ejecución de las operaciones
de pago

Como ya se indicó al abordar el apartado relativo a tarjetas, corresponde a la entidad demostrar que la operación de pago —en este caso, una transferencia— fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra anomalía (artículo 30 de la Ley de Servicios de Pago). No obstante, los registros no bastarán necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante ni que este actuó de manera fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben como usuario del servicio de pago, ni que este actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27 de la ley.

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Servicios de Pago (obligación de notificación en plazo de la operación de pago no autorizada), y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al

contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada (artículo 31 de la Ley de Servicios de Pago).

En este apartado incluimos aquellos supuestos en los que se denuncia ante el DCMR la realización de transferencias a través de los servicios de banca *on-line*, efectuados sin la autorización ni el consentimiento de los titulares de la cuenta, pues, según estos, dichas transferencias habrían sido ordenadas, a través de Internet, por terceros no autorizados. Estos supuestos, a raíz de la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, tienen su encaje en esta, al tratarse, en definitiva, de operaciones de pago no autorizadas.

Efectivamente, la Ley de Servicios de Pago regula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago, que delimita, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, fijando las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones, debiendo estarse, por lo que ahora interesa, a lo establecido en los artículos 29, 30 y 31 de la ley.

Así, cuando el usuario tenga conocimiento de que se ha producido, en este caso, una transferencia cuya autoría no reconoce, deberá comunicarla a la entidad sin tardanza injustificada y, con carácter general, dentro del plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo o del abono (artículo 29 de la ley).

Del mismo modo, la entidad deberá acreditar que la operación de pago cuestionado fue autenticada, registrada con exactitud, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia, si bien el registro del proveedor de servicios de pago no bastará necesariamente para demostrar que la transferencia fue autorizada por el ordenante, ni que este actuó de manera fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27 (artículo 30 de la ley).

Finalmente, se establece la responsabilidad del proveedor para las operaciones de pago no autorizadas —en este caso, transferencias cuya autoría no es reconocida por los titulares o autorizados de la cuenta ordenante, efectuadas a través de Internet—, indicándose que el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada (artículo 31 de la ley).

Así pues, cuando las personas legitimadas para operar con cargo a la cuenta no reconozcan su autoría en la operación de pago, ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia —tarjeta de coordenadas, etc.—, su entidad deberá reembolsarle de inmediato los fondos detraídos, salvo que esta pueda acreditar que se actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que les incumben; y ello con independencia de que la entidad pueda llevar a cabo, una vez efectuado el reembolso, las investigaciones que estime oportunas en defensa de sus legítimos intereses.

Por el contrario, cuando, de una u otra manera, la parte reclamante reconoce que permitió a un tercero acceder a sus claves, aunque inicialmente lo hiciera en la creencia de que dicho tercero representaba de alguna manera a la entidad, el DCMR debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno, señalando que, de estimarlo oportuno los interesados, deberán someter la controversia a los tribunales de justicia, únicos órganos facultados para ordenar la práctica y apreciación de los medios de prueba necesarios para fijar con carácter previo el modo en que acontecieron los hechos y evaluar, en su justa medida, el grado de diligencia empleado por todas las partes en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, estableciendo las consecuencias que deban derivarse para los interesados.

Del mismo modo, este DCMR ha indicado en numerosas ocasiones que no cabe apreciar las alegaciones efectuadas por algunas entidades que se sustentan en meras hipótesis o sospechas, o en las que, de forma genérica, se indica que las operaciones controvertidas obedecen a un mismo perfil, presumiendo las entidades, sobre la base de estos razonamientos, la negligencia grave de los reclamantes, lo que las lleva a exonerarse de asumir la responsabilidad que como proveedores de servicios de pago del ordenante les impone la norma en el mencionado artículo.

Con independencia de lo expuesto, debemos señalar que, en estos casos, le es exigible a la entidad que lleve a cabo con diligencia las actuaciones necesarias en orden a la recuperación de los fondos y de conformidad con los protocolos establecidos al efecto por la Asociación Española de Banca, que a continuación se indican:

«1 Entre la entidad ordenante y su cliente

- Si la incidencia la detecta la entidad, debe confirmar con su cliente la existencia de fraude. En cualquier caso, indicará al cliente la necesidad de que presente denuncia por estos hechos y aporte copia de la misma.

2 Entre las entidades implicadas (ordenante y beneficiaria)

- La entidad ordenante solicitará telefónicamente a la entidad beneficiaria (aun sin haber recibido todavía la copia de la denuncia) la retención del importe transferido.
- La entidad beneficiaria, si no hubiera abonado todavía la transferencia, la dejará en situación de «pendiente».
- La entidad ordenante deberá ratificar su petición, durante los dos días hábiles siguientes, por fax o por correo electrónico. Si no lo hiciera, la entidad beneficiaria podría levantar la retención.
- La entidad beneficiaria tendrá un plazo de tres días desde esta ratificación para devolver la transferencia, por su importe total o por la parte no dispuesta (si no hubiera fondos suficientes).

3 Entre la entidad beneficiaria y su cliente, cuando este reclame la reposición de los fondos devueltos

Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente

- La entidad beneficiaria reclamará a la entidad ordenante ese importe y, una vez devuelto, lo consignará en el juzgado, donde se tendrán que personar la entidad ordenante o su cliente como perjudicados.»

Por lo que respecta a los errores cometidos en la ejecución de órdenes de pago iniciadas por el ordenante, la Ley de Servicios de Pago establece en su artículo 45.1 el siguiente régimen de responsabilidad:

«En el caso de las órdenes de pago iniciadas por el ordenante, su proveedor de servicios de pago será responsable frente a aquel de la correcta ejecución de la operación de pago hasta el momento en que su importe se abone en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. Producido este abono, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la correcta ejecución de la operación.

En el caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante sea responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la operación y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

Cuando el responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo sea el proveedor de servicios de pago del beneficiario, este pondrá inmediatamente a disposición del beneficiario la cantidad correspondiente a la operación de pago, abonando, en su caso, la cantidad correspondiente en la cuenta de aquel.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del ordenante no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del ordenante tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al ordenante los resultados.»

Adicionalmente, ha de indicarse que, con carácter general, en el caso de errores por abonos indebidos de transferencias, el criterio de este DCMR es que, una vez asentada la transferencia en la cuenta destinataria, incluso aunque quede demostrado que el abono es erróneo, se considera que la entidad receptora no está facultada para su retrocesión en virtud de simples instrucciones del ordenante de la transferencia, ya que las cantidades abonadas en cuenta no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento del beneficiario o la preceptiva orden o mandato legal. Como excepción a este criterio, se admite la retrocesión de aquellos abonos erróneos en cuentas de clientes debidos a fallos informáticos o administrativos que, una vez comunicados y justificados debidamente al cliente, podían ser retrocedidos, ya que es criterio igualmente mantenido por el DCMR que la comisión de un error no puede dar lugar a la obtención de un lucro injustificado.

Este criterio, por lo que se refiere al ámbito temporal de esta Memoria — año 2013 —, tenía su reflejo en la instrucción SNCE/A/03/55, al regular en la instrucción vigésima tercera, apartado 7, las responsabilidades de las entidades participantes en cuanto al procedimiento de retrocesión de transferencias emitidas por error, indicándose que:

- «b) Cuando se trate de Transferencias duplicadas o Transferencias emitidas por errores atribuibles a la entidad ordenante emisora de la operación, la entidad destinataria o beneficiaria procederá a la anulación del abono a su cliente, siempre y cuando en la cuenta del cliente exista saldo suficiente para poder efectuar la citada anulación, y procederá al abono a la entidad emisora solicitante dentro de los tres días hábiles del Sistema Nacional de Liquidación siguientes a la recepción de la solicitud. Asimismo previa o simultáneamente a la anulación del abono, y si ello no fuera posible, inmediatamente después, deberá informar a su cliente de la operación que pretende realizar o que ha realizado en su cuenta.

- c) Cuando se trate de un error del cliente de la entidad ordenante emisora, la entidad destinataria o beneficiaria de la operación, deberá solicitar la autorización de su cliente para poder anular la operación, y en el caso de recibir la autorización, procederá a su anulación, siempre y cuando exista saldo suficiente, enviando el importe de la transferencia a la entidad ordenante emisora dentro de los cinco días hábiles del SNL siguientes a la recepción de la solicitud. La entidad destinataria o beneficiaria será responsable del archivo de la autorización emitida por su cliente beneficiario de la orden, en los plazos establecidos por la Ley.»

Por lo que se refiere a las transferencias tramitadas a través del Subsistema General de Transferencias SEPA (Instrucción SNCE/CE/13/000), hay que señalar que la Instrucción SNCE/CE/13/002 regula el procedimiento de solicitudes de retrocesión de transferencias SEPA, diferenciando si la solicitud de retrocesión se originó por demanda del cliente emisor o de la propia entidad ordenante, bien sea por duplicidad, error o por fraude. Asimismo, una vez establecidas por la instrucción anteriormente citada las claves que permiten diferenciar si los errores fueron provocados por el cliente emisor o por la entidad ordenante, la Instrucción SNECE/CE/13/003 contempla las responsabilidades en cuanto al procedimiento de retrocesión de transferencias emitidas por error o duplicidad.

Por otra parte, las transferencias de clase «2», esto es, las transferencias procedentes del extranjero fuera del Espacio Económico Europeo, denominadas en euros, que se intercambian a través del Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones (Instrucción SNCE/CE/03/001), contemplan el procedimiento de devolución de esta clase de transferencias —capítulo III, apartado 3—, recogiendo igualmente el procedimiento de solicitud de retrocesión de transferencias emitidas por error (transferencias duplicadas, transferencias emitidas por errores atribuibles a la entidad ordenante o a la entidad presentadora y transferencias emitidas por errores atribuibles al cliente de la entidad ordenante) —capítulo III, apartado 5—.

e. Órdenes de traspaso de efectivo (OTE)

Consideraciones generales

Como se ha indicado con reiteración a lo largo de este apartado relativo a servicios de pago, ha de tenerse presente el ámbito temporal de esta Memoria —año 2013—, en la medida en que la materia que abordamos, con motivo de la migración a SEPA de las transferencias y de los adeudos domiciliados, ha experimentado una notable transformación. Concretamente, por lo que se refiere a las órdenes de traspaso de efectivo (OTE), a partir del 3 de febrero de 2014, inclusive, dejaron de admitirse estas operaciones por el Subsistema SNCE-03 General de Transferencias, desapareciendo las OTE y pasando a denominarse dicho Subsistema SNCE-03 «Subsistema de Traspasos y Otras Operaciones».

Una vez sentado lo anterior, y centrándonos en la actividad llevada a cabo por el DCMR con motivo de las reclamaciones habidas en esta materia durante el año 2013, cabe indicar que, dentro de las modalidades de operaciones que implicaban una transferencia de fondos entre entidades de crédito, cabía diferenciar, por la entidad que recibe la orden, las transferencias en sentido propio (que constituyen una orden de pago que se da a la entidad depositaria de los fondos y consistente en transferir los fondos a otra cuenta distinta, ya sea en la propia entidad o en otra distinta) de las órdenes de traspaso de efectivo como orden de transferencia dada a la entidad destinataria de los fondos.

Así, la orden de traspaso de efectivo se definía como la operación de traspaso de dinero entre cuentas con la misma titularidad, situadas en entidades distintas, que se formaliza mediante orden dada por un cliente a la entidad que ha de recibir el dinero, para que esta la transmita a la entidad de la cuenta de cargo. El traspaso se materializa mediante una transferencia desde la entidad de la cuenta de cargo a una cuenta de la misma titularidad en la entidad solicitante del traspaso, considerándose que existe la misma titularidad cuando el NIF del cliente que solicita el traspaso, que debe figurar como titular en la cuenta que reciba el efectivo, sea el mismo que el del titular de la cuenta de cargo.

Las órdenes de traspaso de efectivo se utilizaban para operaciones de hasta 150.000 euros por orden de traspaso de efectivo y por cuenta de cargo y día, sin que tenga ningún límite mínimo. Hasta 6.000 euros, estos traspasos eran más cómodos para el ordenante, porque solo tenía que firmar una autorización genérica, que debía quedar en poder de la entidad solicitante. Si se superaban los 6.000 euros por operación, entonces el ordenante tenía que firmar un documento específico para cada traspaso.

Plazo de ejecución o de rechazo

En relación con el plazo de ejecución o de rechazo, había de estarse a lo establecido sobre el particular en la Ley de Servicios de Pago, donde su artículo 36.1 señala que, si el proveedor de servicios de pago rechaza la ejecución de una orden de pago, deberá notificar al usuario de servicios de pago dicha negativa y, en lo posible, los motivos de aquella, así como el procedimiento para rectificar los posibles errores de hecho que la hayan motivado, salvo que otra norma prohíba tal notificación, al tiempo que dispone que la notificación se realizará o hará accesible del modo convenido lo antes posible, y en cualquier caso dentro del plazo de ejecución al que se refiere el artículo 40.

Por otra parte, el artículo 40.1 de la ley señala que el proveedor de servicios de pago del ordenante, tras el momento de recepción de la orden de pago con arreglo al artículo 35, se asegurará de que el importe de la operación de pago es abonado en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, como máximo, al final del día hábil siguiente. No obstante, el plazo señalado podrá prolongarse en un día hábil para las operaciones de pago iniciadas en papel.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la normativa interbancaria señalaba que la fecha máxima de ejecución o de rechazo de la orden de traspaso de efectivo era de tres días hábiles del Sistema Nacional de Liquidación (SNL), contados a partir de la fecha del intercambio de la orden (fecha no incluida en el plazo). Ahora bien, dicho plazo se trata de un máximo, y este DCMR consideraba una buena práctica bancaria que las entidades pusieran todas las medidas necesarias para abonar o adeudar las cuentas de los clientes sin demoras ni retrasos, aplicando la máxima diligencia en facilitar la disponibilidad pronta de los fondos.

En los registros mediante los que se presente la orden a la entidad de la cuenta de cargo, debía figurar su fecha de intercambio, que debía coincidir con la fecha de transmisión a través del subsistema.

Ante cualquier incidencia justificada, la entidad de la cuenta de cargo podía solicitar el documento original a la entidad receptora del dinero, si bien, en ningún caso, la solicitud de dicho original podía suponer un aplazamiento de la ejecución de la orden de traspaso de efectivo.

Para valorar la actuación de una entidad en estos casos, debía tenerse en cuenta que:

- Los clientes de las entidades de origen y destino de fondos con los que se van a efectuar las OTE tienen derecho a obtener una información veraz sobre los motivos por los que se rechazan las OTE solicitadas.
- La entidad, como experta en la materia, debe ser especialmente diligente al cumplir con los principios de información y transparencia a que están obligadas para con sus clientes. En un caso como este, esta conducta debe concretarse en informar a sus clientes de los motivos de rechazo de cada una de las OTE, de modo que estos puedan subsanar los errores cometidos.

En todo caso, una conducta ajustada a las buenas prácticas bancarias exigía que la entidad informara, tanto a este DCMR como a su cliente, de:

- La entidad de destino de los fondos que solicita una OTE.
- La fecha en que se recibió una OTE.
- El motivo exacto por el que no se tramita una OTE.

Régimen de responsabilidades

El artículo 46 de la Ley de Servicios de Pago establece que cada proveedor de servicios de pago será responsable frente a sus respectivos usuarios de todos los gastos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.2 de dicha norma (que regula los supuestos de no ejecución o ejecución defectuosa cuando las operaciones son instadas a través del beneficiario), sean de su responsabilidad, así como del pago de los intereses que hubieran podido aplicarse al usuario como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de operaciones.

Dicho artículo 45.2 de la Ley de Servicios de Pago establece que:

En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable de la correcta transmisión de la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, cuando la operación no se ejecute o se ejecute de manera defectuosa, por causa imputable a él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario reiterará inmediatamente la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante.

Además, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la gestión de la operación de pago. En particular, velará por que, una vez abonada en su cuenta la cantidad correspondiente a la operación de pago, tal can-

tividad esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de producido dicho abono.

En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, en las que, conforme a lo previsto en los dos párrafos anteriores, el proveedor de servicios de pago del beneficiario no sea responsable, la responsabilidad ante el ordenante por las operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas incorrectamente será del proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a este, según proceda y sin demora injustificada, la cantidad correspondiente a la operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa y restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si la operación no hubiera tenido lugar.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del beneficiario no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del beneficiario tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al beneficiario los resultados.

4.3.5 ADEUDOS DOMICILIADOS

a. Consideraciones generales

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, estableció un marco de actuación más transparente para emisor y pagador, de forma que cualquier operación que se envíe para su adeudo al pagador tenga un soporte más claro y sólido, adquiriendo especial importancia las siguientes cuestiones:

- la orden de domiciliación debe conservarse correctamente firmada por el emisor;
- la información al pagador en tiempo y forma del importe y concepto del cargo, y
- que el importe que se ha de pagar por el deudor ha de ser coincidente con lo esperado por este.

La tipología de operaciones por adeudos domiciliados⁸⁸ a la que resulta de aplicación el régimen establecido en la Ley de Servicios de Pagos alcanza a las siguientes:

- Recibos domiciliados: correspondientes a cuotas o pagos, generalmente de carácter periódico, por suministros o prestaciones de servicios.
- Aportaciones de fondos: adeudos domiciliados en los que el cliente ordenante y beneficiario coinciden, cursando el cliente esta orden a la entidad destinataria de los fondos. Se utilizan para operaciones de menos de 3.000 euros y su frecuencia máxima es la de una operación dentro del mes natural. Este sistema ofrece la posibilidad de englobar varios trasposos periódicos en una única autorización.

⁸⁸ Téngase en cuenta que, desde el 11 de junio de 2013, se eliminaron del Subsistema General de Adeudos por Domiciliaciones del SNCE las aportaciones de fondos. Además, a partir del 1 de febrero de 2014, todos los adeudos por domiciliaciones tramitados a través del Subsistema SNCE-05 han sido sustituidos por adeudos SEPA, con las exenciones temporales que se establecen hasta el 1 de febrero de 2016 para los denominados «productos nicho»: anticipos de crédito (cuaderno 58: Créditos comunicados mediante fichero informático para su anticipo y gestión de cobro) y recibos (cuaderno 32: Remesas de efectos en fichero informático de clientes a entidades financieras).

- Anticipos de crédito: correspondientes a derechos de crédito legítimos ostendidos por el cliente ordenante frente a sus deudores por operaciones específicas de su actividad comercial o empresarial.

A continuación se desarrolla específicamente el régimen legal aplicable a los recibos, siendo estas operaciones las que, dentro de la categoría general de adeudos domiciliados, han tenido una mayor trascendencia en los expedientes tramitados por este DCMR durante el año 2013.

b. Recibos domiciliados

Los recibos responden a exigencias de cobro legítimas que efectúan los clientes de una entidad, para que sean pagadas mediante cargo en la cuenta de otro cliente de la misma o de otra entidad, en virtud de una orden de domiciliación dada por este último.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, era una práctica moderna (implantada por la banca en aras de una mayor agilidad operativa y, en definitiva, en beneficio propio) el adeudo indiscriminado de recibos, esto es, sin que obrara en poder de la entidad una orden previa de domiciliación, siempre y cuando estos recibos contaran con un correcto Código Cuenta Cliente (CCC).

En estos casos, la entidad debía poner en conocimiento de los titulares de las cuentas, a la mayor brevedad posible, los adeudos practicados, para que estos finalmente decidieran cuáles atender y cuáles no.

El criterio del DCMR en relación con dicha práctica indicaba que el cargo indiscriminado de recibos, sin orden previa del cliente en tal sentido, solo podía admitirse cuando la entidad domiciliataria asumiera los perjuicios derivados de la implantación de dicha práctica ante la discrepancia del cliente con los cargos no autorizados, aunque la manifestase fuera del estricto plazo interbancario de devolución, con la excepción de los supuestos de aceptación tácita del interesado por el transcurso de un lapso temporal manifiestamente dilatado.

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, es imprescindible que exista autorización previa de carácter genérico por parte del titular de la cuenta para que todas las órdenes de adeudo de iguales características puedan ser imputadas en su cuenta sin preaviso. Excepcionalmente, se podría considerar la existencia de una orden tácita cuando se han recibido reiterados adeudos en la cuenta por domiciliación, sin que el ordenante se manifieste en contra.

c. Plazos de devolución

La Ley de Servicios de Pago regula expresamente el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados, distinguiendo la norma dos plazos para dar la orden de devolución, que se aplican en función de si el cargo en cuenta estaba o no previamente autorizado.

- Si no estaba autorizado, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarla sin tardanza injustificada a la entidad, a fin de poder obtener rectificación de esta y, salvo en los casos en los que la entidad no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del apunte (se puede pactar un plazo inferior si el usuario no fuera consumidor, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado).

– Si el adeudo estaba previamente autorizado, la ley indica que el cliente tendrá derecho a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas, siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:

- cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y
- dicho importe supera al que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición de la entidad, el ordenante deberá aportar datos de hecho referentes a dichas condiciones. Ahora bien, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de adeudos domiciliados incluso cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente (artículo 33 de la Ley de Servicios de Pago).

El plazo máximo para dar esta orden de devolución es de ocho semanas, contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en la cuenta del cliente.

En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, la entidad deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario. Dicha denegación no podrá producirse cuando el ordenante y su proveedor de servicios de pago hubieran convenido en el contrato marco el derecho de aquel a obtener la devolución, aun cuando no se satisfagan las condiciones establecidas para ello (artículo 34 de la Ley de Servicios de Pago).

d. Revocación de la orden de adeudo domiciliado

Es criterio general de este DCMR que, cuando un cliente imparte unas determinadas instrucciones a la entidad, rechazando adeudos en su cuenta de recibos u otras órdenes de pago, la entidad debe poner todos los medios necesarios para su correcto cumplimiento, pues, de conformidad con las buenas prácticas bancarias, es deber de las entidades tanto atender las órdenes que reciban como velar por los intereses de sus clientes.

En relación con esta cuestión, la Ley de Servicios de Pago establece en el punto 3 de su artículo 25 lo siguiente: «El ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el artículo 37. Cuando el consentimiento se hubiese dado para una serie de operaciones de pago, su retirada implicará que toda futura operación de pago que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada». En estos casos, se estará al régimen de responsabilidad establecido en el artículo 31 para el proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas.

El punto 3 del artículo 37 citado prevé que «...en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución fijados en esta Ley, el usuario podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido para el adeudo de los fondos en la cuenta del ordenante».

e. Adeudos directos SEPA

El Reglamento (UE) n.º 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los

adeudos domiciliados en euros, fijó como fecha límite el 1 de febrero de 2014⁸⁹ para la migración de los adeudos domiciliados nacionales a adeudos directos SEPA⁹⁰, asegurando la continuidad de las órdenes de domiciliación emitidas con anterioridad al 1 de febrero de 2014, de forma tal que en el proceso de migración se dota de validez y continuidad a las domiciliaciones que existían antes del 1 de febrero de 2014 en el ámbito de los adeudos directos SEPA básicos (*Core*). Sin embargo, los adeudos directos SEPA entre no consumidores (B2B) requieren un mandato o autorización expresa del deudor a la entidad financiera para que se proceda al cargo en cuenta. No obstante lo anterior, el Reglamento (UE) n.º 260/2012 permitió a los Estados la adopción de determinadas exenciones en el cumplimiento de los requisitos exigidos.

En el caso de España⁹¹, cabe destacar que, hasta el 1 de febrero de 2016, los proveedores de servicios de pago podrán ofrecer a sus clientes, cuando sean consumidores y exclusivamente para operaciones nacionales, servicios de conversión gratuitos del BBAN en IBAN, debiéndose facilitar al consumidor el IBAN antes de que se inicie la operación, así como las características del nuevo servicio y las consecuencias que con dicha conversión se producen. Asimismo, se establece una exención temporal de los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del reglamento —hasta el 1 de febrero de 2016— para los denominados «productos nicho», esto es, los anticipos de crédito (cuaderno 58: Créditos comunicados mediante fichero informático para su anticipo y gestión de cobro) y los recibos (cuaderno 32: Remesas de efectos en fichero informático de clientes a entidades financieras).

4.3.6 INGRESOS, RETIRADAS
DE EFECTIVO Y OTRAS
CUESTIONES
RELACIONADAS
CON EL SERVICIO
DE CAJA

a. Consideraciones generales

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas bancarias o en otras modalidades de depósito a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares cuando solicitan su disposición. En estos casos, el DCMR entiende que el principal interés tutelable es el del titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición, lo que se traduce en que la entidad debe cerciorarse con todo rigor acerca de la identidad de quien la efectúa, bien de un modo personal y directo (por conocer al titular), bien exigiendo la exhibición del título pactado como necesario para la disposición (dejando al arbitrio de la entidad y bajo su responsabilidad que, en caso de que no presentara este título, se pudiera acreditar suficientemente la personalidad del peticionario por otros medios), verificando además, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta, asegurándose, por otra parte, de que se cumple el régimen de disposición pactado para la cuenta.

b. Efectivo ingresado
en una cuenta de pago

La LSP establece en su artículo 42 que, cuando un consumidor ingrese efectivo en una cuenta de pago en la moneda de esa cuenta, podrá disponer del importe ingresado desde el mismo momento en que tenga lugar el ingreso. La fecha de valor del ingreso será la del día en que se realice este.

⁸⁹ El Reglamento (UE) n.º 248/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 —que modifica el Reglamento (UE) n.º 260/2012 por lo que respecta a la migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión—.

⁹⁰ SNCE 015 — Subsistema general de Adeudos Directos SEPA.

⁹¹ Véase Orden ECC/243/2014, de 20 de febrero, por la que se adoptan exenciones de aplicación hasta el 1 de febrero de 2016 sobre determinados requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros (*BOE* de 22 de febrero de 2014).

Cuando el titular de la cuenta no sea un consumidor, las partes podrán pactar que se disponga del importe ingresado, como máximo, el día hábil siguiente al de la recepción de los fondos. Igual fecha de valor habrá de darse a los fondos ingresados. Es esta, por tanto, una posibilidad (se infiere que este plazo de disponibilidad de los fondos regirá, en su caso, como plazo máximo), cuya efectiva concurrencia en el caso particular habrá de acreditarse, debiendo constar que aquella se ha comunicado al titular no consumidor. Respecto de este extremo, este DCMR considera que, si con anterioridad a la entrada en vigor de la ley los ingresos se valoraban el mismo día del ingreso, el cambio de la puesta a disposición del importe ingresado y de la fecha de valoración al día siguiente —en el caso de no consumidores— ha de comunicarse con carácter previo al cliente, si es que es esta la intención de la entidad, porque, aunque se trate de un cambio de condiciones aplicables a su contrato de cuenta corriente, posibilitado tras la aprobación de un nuevo marco legal —facultativo, no imperativo—, dicha modificación no puede llevarse a cabo sin que medie una comunicación formal al cliente (véase apartado de «Modificaciones contractuales», incluido en relación con las cuentas a la vista dentro del apartado 4.2.3.c de esta Memoria y, en general, en relación con los servicios de pago en el precedente 4.3.2.c).

En los casos en los que se ha planteado ante este DCMR que, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, los ingresos realizados a partir de las 11 ya se valoraban al día siguiente de realizar aquellos, partiendo del carácter de no consumidor del reclamante, se concluyó que la actuación de la entidad tras la entrada en vigor de la ley no había supuesto ningún cambio respecto a la operativa anterior, por lo que no cabía considerar que la entidad se hubiera apartado de las buenas prácticas bancarias y usos financieros.

Sin embargo, se ha de tener presente que, en cualquier caso (tanto si se trata de consumidores como de no consumidores), la entidad debe estar en condiciones de acreditar haber comunicado a su cliente las adaptaciones del contrato a la ley dentro del plazo establecido en su disposición transitoria tercera, apartado 2, debiendo constar de forma específica si se hace uso, o no, de la posibilidad establecida en el segundo párrafo del artículo 42, en el caso de los no consumidores.

c. Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina

Cuando existen versiones contradictorias sobre el importe exacto del efectivo entregado por un cliente a la entidad, este DCMR debe basarse únicamente en la documentación aportada al expediente para poder emitir su opinión, sin que a estos efectos pueda tomar en cuenta aquellos hechos que, fundados en meras manifestaciones verbales, carecen del correspondiente soporte documental y no pueden ser debidamente contrastados.

La acreditación documental de sus actuaciones, que la entidad puede y debe aportar, es el listado de operaciones del diario electrónico y el arqueo de caja de fin del día. No obstante, cabe objetar 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.

En suma, es obligación de la entidad acreditar que la operación de ingreso se llevó a cabo correctamente, y se contabilizó por la cuantía exacta, sin incidencias de ningún tipo, como se infiere de lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Servicios de Pago.

Comprobar en última instancia la realidad de los hechos correspondería a los tribunales de justicia, únicos con potestad suficiente para ordenar las actuaciones probatorias que

considerasen precisas, para determinar así el modo en que se desarrollaron los acontecimientos y poder dirimir la discrepancia existente entre las partes.

d. Billetes y monedas

Desde el 1 de enero de 1999, la única moneda de curso legal en España es el euro, según establecieron:

- El artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 974/98, del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro (*DOUE* del 11):

«Artículo 2

A partir de las fechas respectivas de adopción del euro, la moneda de los Estados miembros participantes será el euro.

La unidad monetaria será el euro. Un euro se dividirá en 100 cents.»

- El artículo 3 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de introducción del euro (*BOE* del 18):

«Artículo 3.º Sustitución de la peseta por el euro.

Uno. Desde el 1 de enero de 1999 inclusive, la moneda del sistema monetario nacional es el euro, tal y como esta moneda se define en el Reglamento (CE) 974/98, del Consejo, de 3 de mayo.

Dos. El euro sucede sin solución de continuidad y de modo íntegro a la peseta como moneda del sistema monetario nacional. La unidad monetaria y de cuenta del sistema es un euro. Un euro se divide en cien cents o céntimos.

Los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional.»

El apartado dos del artículo 3 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro, establece que «los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional». El dotar a una moneda de curso legal implica que el pago de cualquier deuda no puede ser rechazado cuando se realiza con la expresión física de aquella, esto es, con billetes y monedas.

Billetes falsos

Se plantean en ocasiones discrepancias de los clientes y usuarios de las entidades con motivo de la realización de ingresos en cuenta (propia o de un tercero), por el hecho de que la entidad retenga billetes por su apariencia de falsedad, para su remisión al Banco de España.

Efectivamente, la obligación de retirar de la circulación los billetes con apariencia de falsificados existe para las entidades de crédito. Pero también la de recoger y reflejar los datos identificativos de quien porta el billete.

En virtud de lo dispuesto en el artículo sexto del Reglamento (CE) 1338/2001, del Consejo, de 28 de junio de 2001, las entidades se encuentran obligadas a garantizar la autenticidad de los billetes y monedas de euros que han recibido y que tienen previsto volver a poner en circulación, así como a velar por la detección de las falsificaciones, retirando de la circula-

ción los billetes y monedas falsos que detecten. Sin embargo, el procedimiento establecido al efecto exige que estos sean entregados al Banco de España, el cual emitirá un recibo de la recepción de los billetes, que servirá como justificante del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades de crédito⁹². Si de la peritación efectuada en el Centro Nacional de Análisis resultara que el billete o billetes remitidos fueran legítimos, su importe será abonado a la mayor brevedad en la cuenta corriente de la entidad de crédito o en la cuenta corriente de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete. El resultado de la peritación, sea cual sea este, será comunicado mediante correo a la entidad de crédito presentadora de los billetes o al domicilio de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete, si esta hubiese comunicado sus datos.

La única normativa existente sobre la limitación en el número de piezas de euro que pueden ser utilizadas en el pago de un servicio viene establecida en el artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo. En este sentido, el artículo citado *in fine* expresamente establece que «excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de cincuenta monedas en cada pago».

Suele suceder que, tras los formalismos correspondientes, las entidades abren cuentas corrientes a sus clientes, mediante la firma de un contrato de adhesión genérico en el que se ofrecen como incluidos en él los servicios de caja de la entidad, sin distinguir entre los clientes profesionales dedicados a actividades que exijan un servicio de caja diario, intensivo en consumo de recursos humanos y medios técnicos, y los clientes que no requieren dicha atención especial.

Cabe que, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, se ponga de manifiesto con el tiempo que requiere una atención especial en relación con los servicios de caja.

Normalmente, estos servicios especiales se concretan en atender, aceptar, recontar, empaquetar o transformar la entrega periódica de moneda fraccionaria para su ingreso en cuenta del titular o la remisión o entrega de reintegros en efectivo en moneda fraccionaria, según solicitud del cliente.

Esta atención especial requerida puede producir importantes distorsiones en las oficinas en horario de atención al público, además de romper el equilibrio inicial entre prestaciones y contraprestaciones consideradas en el contrato genérico de adhesión de apertura de cuenta corriente. Es preciso indicar que, haciendo una aplicación analógica del citado artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo, tratando de entender 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, resultaría que la entidad estaría legitimada para denegar el recuento instantáneo de la moneda fraccionaria entregada para su ingreso si excediese de cincuenta monedas. Por ello, no teniendo obligación de admitir más de determinada cantidad de monedas⁹³, las entidades las admiten en condiciones distintas de las

92 En virtud de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, y en el artículo sexto del reglamento citado.

93 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.

de un ingreso ordinario, esto es, para abonar en cuenta con posterior recuento, debiendo estar en cada caso a lo que se acredite.

Entre los pactos que se suelen alcanzar entre los clientes profesionales que precisan estos servicios extraordinarios de caja y las entidades se encuentran los siguientes:

- La admisión de ingresos de efectivo de más de cincuenta monedas en los que su importe se abona en cuenta «salvo posterior recuento» por parte de la entidad de crédito, con el objeto de no demorar más allá de lo razonable la atención al resto de su clientela. El cliente que entrega el efectivo es consciente de que queda en manos de la entidad — sobre la base de la mutua confianza existente— el recuento de la cantidad ingresada, de modo que, en caso de que existan diferencias entre el importe declarado y el resultante del recuento, prevalece este último, salvo que las partes hayan acordado otra cosa.
- La entrega de cartuchos (blísteres) a los clientes para que introduzcan las monedas, de manera que se facilite su recuento.
- La oferta de servicios especiales de gestión integral de efectivo para este tipo de profesionales, que incluyen la recogida y/o entrega de efectivo a domicilio mediante transporte blindado, recuento, empaquetado y transformación de efectivo. Las entidades suelen tener estos servicios subcontratados con empresas ajenas que actúan como sus proveedores.

El DCMR considera que dichos comportamientos no son contrarios a la ortodoxia bancaria. Ahora bien, conviene subrayar la que ha venido siendo reiterada opinión del DCMR sobre el servicio exprés para empresarios o profesionales, cuya actividad conlleva el ingreso diario o la solicitud de moneda. Así, si bien estos servicios pueden estar prestados por la entidad o un tercero, en este último caso no podrán traer a la relación contractual entidad-cliente las relaciones que la entidad haya establecido con el proveedor del servicio con el que haya subcontratado su prestación más que cuando las asuma como propias frente a su cliente en el contrato que suscriba con este último.

Así las cosas, de producirse una retrocesión posterior del abono registrado en aplicación del criterio anterior y mantener las partes opiniones contrarias al respecto, este DCMR carecería de competencias para resolver esta cuestión, que exigiría fijar indubitadamente el pacto que subyace y las responsabilidades que debieran imputarse a las partes intervinientes, para lo que los interesados tendrían que dirigirse a los tribunales de justicia.

Al margen de lo anterior, el DCMR sí valora, cuando así se plantea, determinados aspectos de transparencia, tales como las indicaciones que se contienen en la nota de entrega para ingreso en cuenta, en la que suele recogerse una cantidad, y se verifica que en los resguardos entregados por los ingresos se establezca que estos se hacían condicionados a un recuento posterior, así como la información referida a la actuación que debe seguir la entidad ante la posible discrepancia en el recuento, y al plazo para el contraasiento de devolución.

En consecuencia, aun entendiendo que la actuación de las entidades al abonar en cuenta el importe procedente del recuento según justificación que aporten no podría considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios, se recomienda a las entidades, en aras de la transparencia, que se informe al cliente previamente del tiempo aproximado que se va a emplear para el recuento y, por tanto, para que el abono adquiriera firmeza.

e. Comisión por ingresos en efectivo

Por definición, la aceptación de ingresos en efectivo para abono en una cuenta de la propia entidad receptora constituye una prestación del servicio de caja, inherente al contrato de cuenta y, por tanto, no puede ser remunerado de forma independiente. Es decir, dado que el servicio de caja en estos supuestos se retribuye a través de la comisión de mantenimiento, el adeudo de cualquier otra comisión se considera improcedente.

En consecuencia, siempre que el ordenante del ingreso no pretenda un servicio adicional al del simple ingreso de efectivo en la cuenta de un tercero, como, por ejemplo, identificar el concepto del ingreso o el nombre del ordenante, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por prestar este servicio.

Se han planteado ante este DCMR controversias en relación con el cobro de dicha comisión cuando el ingreso es efectuado por un tercero, distinto del titular de la cuenta, y también, particularmente, en los casos en los que se efectúan ingresos en cuentas de comunidades de propietarios por alguno de los comuneros. En efecto, en los ingresos en efectivo efectuados en las cuentas (también las de las comunidades) aparecen los campos cuenta, titular de la cuenta, persona que efectúa el ingreso, importe, fecha y firma, sin que en ellos, en principio, conste otro concepto diferente. Por ello, en los casos en que el cliente o usuario desea que conste el concepto del pago (por ejemplo, recibo mensual agosto, derrama, etc.), las entidades, y con el fin de que aparezca el concepto del pago si ese es el deseo del ordenante, pueden proporcionar un justificante adicional, por el que estarían habilitadas a percibir una comisión, siempre que se verifiquen los requisitos para ello [véase a este respecto lo establecido en relación con las comisiones con carácter general en el epígrafe 4.2.3 c) de esta Memoria].

Al margen de ello, en algunas ocasiones, determinadas entidades han aplicado las comisiones contempladas bajo el concepto «transferencias, giros y otras órdenes de pago» a un ingreso de efectivo realizado en una sucursal distinta a aquella donde estaba abierta la cuenta, al entender que esta operación debía ser considerada como de esa naturaleza.

Contrariamente a lo sustentado por esas entidades, el DCMR entiende que el supuesto de hecho no puede ser conceptuado como una transferencia, al faltar una orden contra una cuenta abierta en la entidad que lleve aparejada la movilización de fondos con destino a otra cuenta determinada. Por el contrario, se considera que se trata propiamente de ingresos de efectivo a favor de una cuenta, inherentes al contrato de esta, siendo irrelevante que tengan lugar desde la propia sucursal en que se encuentra abierta la cuenta o desde cualquier otra de la entidad, pues, en ambos casos, no existe propiamente un movimiento efectivo de fondos y las operaciones informáticas que ha de efectuar la entidad son básicamente las mismas, por lo que el DCMR, en estos casos, consideró que dichas entidades no se habían ajustado a las buenas prácticas bancarias, al aplicar una comisión contemplada para un supuesto de hecho diferente.

f. Limitaciones de canales y horarios 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, los reintegros y los ingresos en efectivo de o en una cuenta forman parte del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro, pacto accesorio de instrumentación del contrato subyacente que tiene tanta importancia como el contrato principal. La entidad administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor del cliente. Este pacto accesorio de instrumentación del contrato subyacente tiene tanta importancia como el con-

trato principal, porque es indudable que el particular no dejaría su dinero en la entidad de crédito si no fuera por las ventajas y comodidades que para él representa el servicio de caja y de tesorería realizado por dicha entidad, merced, precisamente, a la instrumentación de la cuenta corriente o de ahorro.

El servicio de caja es la causa del contrato de cuenta corriente bancaria, además de ser privativo y exclusivo de ella. Así, en el contrato de cuenta corriente bancaria, el contenido que lo define está relacionado con el servicio de caja, correspondiendo a los usos bancarios fijar en cada momento en qué se concreta, variando dicho contenido según las entidades han ido aumentando sus servicios al cliente, ya que desde el inicial servicio de ventanilla, en el que el cliente dispone por sí o por un tercero de su cuenta, mediante la negociación de cheques, se ha pasado a una etapa intermedia en la que se utiliza como medio de domiciliación de títulos-valores o de simples recibos, y, posteriormente, las tarjetas han sustituido en gran medida el servicio de ventanilla.

Sin embargo, la forma en que este se presta se ubica en el ámbito de la normativa interna de la entidad, de tal forma que, con las precisiones que luego se establecerán, entra dentro de la esfera discrecional y de política comercial de la entidad establecer los servicios que presta, sin que este DCMR pueda, ni deba, inmiscuirse en aquella, correspondiendo a los usuarios de las entidades de crédito evaluar estas cuestiones de cara a mantener o establecer relaciones con estas.

- Por otro lado, ninguna disposición legal establece un determinado horario como obligatorio para que las entidades de crédito admitan pago de recibos no domiciliados, por lo que adoptar un horario más o menos amplio, o restringirlo, para su admisión en ventanilla, se trata, también, de una decisión libremente adoptada por la entidad en su funcionamiento operativo y de organización interna.

La intención de dichas medidas de limitación del tipo de servicios que se prestan, por lo que refiere tanto al uso de cajeros automáticos (en lugar de la ventanilla de las oficinas) como a la limitación horaria de pago de recibos —argumentan las entidades—, es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria. No obstante, este DCMR considera que los clientes y usuarios de las entidades deben estar en condiciones de conocer dichas limitaciones, según el supuesto en que nos encontremos.

Establecimiento de limitaciones horarias

En la cuestión relativa al establecimiento de determinadas limitaciones horarias, o incluso de días concretos de la semana o del mes para la prestación de ciertos servicios bancarios relacionados con las cuentas corrientes, es fundamental determinar la naturaleza de la operación de que se trate, lo cual en modo alguno es irrelevante, puesto que:

- A diferencia de lo que sucede con el pago de recibos, los ingresos en cuenta corriente (también los pagos) forman, como se ha dicho, parte del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro.

De esta manera, en estos casos, y siempre con carácter general (dado que habrá que estar a las diversas circunstancias concurrentes en cada caso), no se considera admisible la introducción de una restricción horaria o de fechas

para la realización de esos ingresos o reintegros en una cuenta corriente de un cliente (un particular) de una entidad que consideramos incluidos dentro del servicio de caja básico. En cualquier caso, si se acreditara pacto al respecto en el correspondiente contrato de cuenta, habría que estar a lo específicamente pactado —correspondiendo en tal supuesto, entendemos, al titular de la cuenta informar de las limitaciones establecidas contractualmente a quienes hayan de realizar ingresos en ella por cualquier motivo—.

No vemos que el razonamiento deba ser distinto por el hecho de que, en el caso de los ingresos, los realice un tercero en la cuenta de un particular, pues, como ya se ha dicho, la entidad se convierte, en virtud del servicio de caja, en mandatario singular del cliente, por cuenta y en interés de quien realiza esos pagos y cobros a terceros y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de aquel. El banquero se convierte en agente de pagos y de cobros de su cliente y en administrador de su dinero, realizando por su cuenta todas las operaciones inherentes al servicio de caja en el sentido más amplio de esta expresión o según lo convenido.

Cuestión distinta es la relativa a la utilización para ello de los cajeros automáticos disponibles en las oficinas, que se abordará en el punto siguiente.

- En el caso, completamente distinto del anterior, de las restricciones horarias para la prestación del servicio de atención del pago de recibos no domiciliados, la práctica más habitual y similar en estas situaciones es que las oficinas bancarias señalen un horario restringido para atender su pago por ventanilla, incentivando la posibilidad de realizar estas operaciones a través de Internet, banca telefónica o por otros canales. La intención expresada por las entidades para implantar dicha medida es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

En estos supuestos, nada puede objetar este DCMR a dicha forma de proceder, dado que estamos ante una decisión adoptada por cada entidad al diseñar su política operativa y comercial, en la que este DCMR no puede inmiscuirse. En todo caso, serán los titulares de las cuentas a la vista en las que se efectúe el pago de tales recibos (como las empresas suministradoras, las comunidades de propietarios o las asociaciones, por ejemplo) quienes, al recibir las quejas de los terceros por estas restricciones operativas, deberán valorar oportunamente si deciden mantener la relación contractual con la entidad de crédito o si proceden a la cancelación de la cuenta y a la apertura de otra en alguna entidad de crédito que ofrezca mayores facilidades para el pago de estos recibos.

- Cuando las entidades actúan como entidades colaboradoras de determinados organismos públicos (ayuntamientos, universidades, Seguridad Social, etc.) para el cobro de tasas, impuestos, multas, pagos de pensiones, etc., habrá que estar a lo establecido en el correspondiente convenio de colaboración, de tal forma que no sería admisible aquí remitirse al horario de pago de recibos en caso de que la entidad dispusiera de carteles en las oficinas informando de dicha limitación para ese tipo de servicio específico. En este tipo ingresos o pagos, la entidad estaría actuando como una caja pública sometida a la normativa administrativa correspondiente, de tal forma que habría que estar a lo recogido en el correspondiente convenio de colaboración, así como a la normativa

sectorial aplicable⁹⁴, por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la normativa bancaria de transparencia.

Forma de prestar el servicio de caja:
ventanilla o cajero automático

No se podrá exigir a la entidad que preste este servicio de un modo determinado, pues la casuística, según el tipo de entidad de que se trate, es variada. Así, hay entidades que no tienen una red de oficinas operativas al uso, en tanto que otras ofrecen como uno de sus atractivos comerciales la existencia de una amplia red para facilitar la operativa de sus clientes, e incluso con horarios a veces más dilatados de lo habitual en la práctica bancaria, prestando servicio algunas tardes o sábados. El tipo de cliente, probablemente, en uno y otro caso, también es diferente, por lo que lo que resultará siempre exigible es que, en el momento de decidir dónde quiere tener su cuenta, el cliente conozca con todo detalle los canales que la entidad pone a su disposición para la prestación de los diversos servicios —entre ellos, el de caja— y aquellos de los que no dispone o se restringen. Esto solo se puede conseguir si la entidad ofrece las explicaciones adecuadas al respecto y, además, lo incluye en el correspondiente contrato. Si la circunstancia fuera sobrevenida, una vez que la relación contractual ya se encuentra establecida, deberá comunicarlo de forma previa y con carácter individual a los clientes afectados.

- Los reintegros e ingresos en efectivo forman parte del servicio de caja, si bien la forma en que dicho servicio se presta se ubica en la esfera discrecional de actuación de la entidad, de tal forma que entra dentro de dicha esfera discrecional y de política comercial establecerlo a modo de sugerencia o recomendación, y no con carácter excluyente —por ejemplo, a través de los cajeros automáticos de su propiedad—, sin que este DCMR pueda inmiscuirse en aquella, correspondiendo a los usuarios de las entidades de crédito evaluar dichas cuestiones de cara a mantener o establecer relaciones con estas. Lo que sí consideramos relevante, y sobre lo que insiste particularmente este DCMR, es que se avise al público de la existencia de estas limitaciones o sugerencias para reintegros superiores o inferiores a determinada cantidad, colocando carteles en las diferentes oficinas.

No obstante, si el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos se pretendiera que lo fuera con carácter excluyente, sin poder hacerlo en ningún caso por ventanilla, la entidad debería, bien acreditar la inclusión de tal limitación en el contrato de cuenta, o bien, cuando se trate de una limitación sobrevenida, comunicar con carácter individual y previo a sus clientes la entrada en vigor de tales restricciones con la antelación exigible (dos meses, desde la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago), al objeto de que aquellos pudieran decidir si continuar como clientes de la entidad o dejar de serlo. Adicionalmente, hay que señalar que en ese caso deberían asegurarse de que dichos medios automáticos no tuvieran la limitación de solo admitir operaciones en billetes, pues, de lo contrario, se estaría privando a la clientela de realizar operaciones en moneda fraccionaria de curso legal.

El titular de la cuenta debería ser, en su caso, el que informara de tal limitación a terceros que pretendan realizar ingresos en dicha cuenta.

- Además de ello, y para el caso específico de los ingresos, habrá que tener en cuenta que con la entrada en vigor de la ley, y según se refleja en su artícu-

94 A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las administraciones tributarias.

lo 42, se podrá disponer del efectivo ingresado en una cuenta de pago, en la moneda en que aquella esté nominada, desde el mismo momento del ingreso, cuya fecha de valor será la de ese día. No obstante, si el usuario del servicio de pago fuera un no consumidor, podrá acordarse que la disposición sea posible desde el día hábil siguiente, otorgando igual fecha de valor a los fondos ingresados.

Con el cambio normativo, este DCMR entiende y sostiene que sigue siendo facultativo para la entidad —siempre con las precisiones ya expuestas— prestar el servicio de caja mediante el ingreso en efectivo realizado a través de la ventanilla, o de un cajero que permita la disponibilidad inmediata de los fondos. Pero no es indiferente, sin embargo, que el ingreso se realice a través de un cajero de los que requieren verificación, y que, por tanto, no permiten tener inmediata disponibilidad —desde el mismo momento del ingreso, como señala la ley—.

Por tanto, la entidad, en su caso, deberá instrumentar los medios que considere oportunos —operativos, organizativos o técnicos— para el cumplimiento de esta nueva obligación legal.

Por otro lado, cuando es el propio cliente quien elige utilizar el cajero, como un medio más de los que la entidad pone a su disposición para realizar el ingreso porque le resulte más cómodo o por cualquier otra razón —y no por tratarse de una limitación convenida—, lo que es exigible a la entidad que admite este tipo de ingresos por cajero automático es que recoja las limitaciones que afectan a estos en el respectivo contrato de cuenta, además de advertirlo de forma específica tanto al realizar el ingreso como al consultar el disponible en cuenta por los medios habilitados al efecto, sin que consideremos que ello sea incompatible con el cumplimiento por la entidad de lo preceptuado en el artículo 42 citado, pues en realidad en estos casos no se puede comprobar realmente si se ha dado un ingreso en cuenta ni cuál es ese importe hasta que la verificación se lleva a cabo, lo cual es una limitación intrínseca a esa modalidad de ingreso, que expresamente se establece en el contrato.

4.4 Efectos

Los efectos 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. Su regulación se contiene en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del cheque (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 [artículo 3.g) de la Ley 16/2009, de servicios de pago].

4.4.1 CHEQUES

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 DCMR 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.

a. Pago del cheque por ventanilla

Las normas que regulan el lugar de pago de los cheques (básicamente, los artículos 106, n.º 4, y 107 de la LCCh) establecen que el cheque, para ser reputado como tal, debe contener el lugar en que aquel se va a pagar. Pero, a falta de indicación especial, el lugar designado en el cheque junto al nombre del librado se reputará 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).

b. Identificación del tenedor del cheque

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 la misma. 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.»

La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, permite en su artículo 140 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 DCRM considera ajustada a las buenas prácticas bancarias.

No obstante, debemos hacer constar que la información que la entidad posee, relativa a la persona que efectivamente cobró el cheque, está sujeta al deber de reserva y confidencialidad previsto tanto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, hoy derogada, como 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.

c. Revocación

En cuanto a la revocación del mandato de pago contenido en el cheque, el artículo 138 señala que la revocación de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación. El plazo de presentación es de quince días, 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 postdatados como para el caso de los antedatados. Si no hay revocación, el librado puede pagar aún 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 establecen la existencia de un 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 de la 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 art. 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 quien 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 exacto 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 dispone en el párrafo 1.º de su artículo 157 (refiriéndose a la prescripción del cheque) que «Las 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 1974 del

Código Civil (así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 21.3.1994).

En consecuencia, si no se acredita la devolución del cheque, o que un juez ha declarado que la entidad no está obligada a su pago (evitando, por cualquiera de estos procedimientos, las posibles responsabilidades que le pudieran ser exigidas), la entidad no actúa incorrectamente si se niega a atender la orden de revocación del mandato de pago recogido en el cheque bancario, hasta que hayan transcurrido los 15 años y 15 días mencionados con anterioridad. No obstante, en ocasiones, el banco librado solicita del tenedor desposeído que porta la denuncia, para el intervalo en el que se sustancia 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 resultara finalmente demandado por el impago.

d. 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)»⁹⁵. 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, admitiendo la figura del endoso en blanco, que consiste en aquel endoso en el que no se designa al endosatario o consiste simplemente en 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.

e. Ingreso en cuenta de cheques

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 DCMR 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, en el 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 la solicitud de ingreso o resguardo de entrega de los efectos bancarios en que conste la citada información, debidamente suscrita por el cliente, para de esa forma tener constancia de que se le ha facilitado una información adecuada, a fin de que de esta forma el cliente pudiera conocer

⁹⁵ Regulada en los artículos 1526 a 1536 del Código Civil, y en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio.

con total claridad y prestar su conformidad con plena información a las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada.

Este criterio de buena práctica bancaria tiene ahora su reflejo en la norma sexta de la Circular del Banco de España 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 i) de que dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta el momento en que el cheque sea efectivamente cobrado, y ii) de que, en caso de producirse 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 del mismo, 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 ha pasado 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. Dicha norma está en vigor desde el 1 de enero de 2013, por lo que las entidades deben adaptar a aquella los documentos de recepción de cheques.

f. Ingreso en cuenta por un tercero distinto de su titular

En primer lugar, hay que indicar que, 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 DCMR 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, 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.

g. Compensación de cheques

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, y por lo tanto 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 inscrita en letra.

A pesar de las múltiples ventajas que reporta a las entidades el pago por truncamiento, su utilización en ocasiones evidencia algunas dificultades prácticas, como la de la comprobación de la suficiencia y autenticidad de las firmas contenidas en el documento, toda vez que este 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 de la Ley Cambiaria y del Cheque [...]»

En cuanto a la asunción de responsabilidades por estas posibles disfunciones, el Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (publicado en el *BOE* del 11 de enero de 2013) establece en su artículo 28.1 que las incidencias surgidas entre entidades en el Sistema Nacional de Intercambios serán resueltas mediante el buen entendimiento que debe presidir en todo momento las relaciones entre entidades. De no encontrarse una solución consensuada, y siempre que no exista procedimiento judicial, deberá plantearse la incidencia ante el órgano de dirimir incidencias competente, de acuerdo con el grupo de entidades a que pertenezcan. 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 caso de que este resulte devuelto, el propio sistema prevé diferentes causas de devolución (cheque incorriente, cuenta cancelada, cuenta bloqueada, error). Este DCMR considera que la in-

formación 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 librada 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 el pagaré, en el que la entidad es una mera mandataria.

h. Comisiones

La normativa que regula las comisiones aplicadas a las reclamaciones resueltas durante el ejercicio 2013 está constituida, principalmente, por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, de 28 de octubre de 2011, y que entró en vigor, con carácter general, el 29 de abril de 2012, que fue objeto de desarrollo mediante 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, que entró en vigor⁹⁶ el 6 de octubre de 2012. La normativa de transparencia española anterior⁹⁷ había quedado obsoleta, tanto por los avances habidos en la regulación sectorial (en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad) como por la gran transformación experimentada en la comercialización de los servicios bancarios.

Así, la normativa de transparencia aplicable reconoce, en línea con la anterior, la libertad de pacto de las entidades a la hora de establecer las comisiones que cobren por operaciones o servicios bancarios prestados, y la posibilidad de repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, son exigibles los siguientes requisitos:

- Deben responder a servicios efectivamente prestados y aceptados o solicitados en firme por el cliente (artículo 3.1 de la orden).
- Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, en un formato unificado conforme a los términos específicos estableci-

⁹⁶ Si bien para cuestiones específicas se establece la entrada en vigor el 1 de enero de 2013 (explicaciones adecuadas y deber de diligencia, entrega de información precontractual, informaciones que se deben resaltar; y políticas y procedimientos de préstamo responsable), el 1 de julio de 2013 (en relación con el contenido de los contratos y con las comunicaciones que se han de efectuar a los clientes) y el año 2014 (para la remisión del documento resumen anual de comisiones e intereses). Por su parte, la información sobre las comisiones más frecuentes (norma tercera, apartado 1, y norma decimosexta, apartados 1 y 2) comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2013.

⁹⁷ Constituida principalmente por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España 8/1990, que la desarrolla.

dos en la Circular del Banco de España 5/2012 (norma tercera y anejo 1). Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y facilitando la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y su importe, de manera desagregada por período en que se apliquen. Asimismo, dicha información ha de estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente (artículo 3.2 de la orden).

- Habrá que estar a cada tipo de contrato o de operativa en concreto para determinar la obligación de información previa que incumbe a la entidad.

Comisión por ingreso y devolución de cheques

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, en el momento en que se efectúa la entrega del cheque, la entidad informe expresamente a su cliente de la posibilidad de adeudar una comisión, de modo que en ese momento se tenga perfecto conocimiento del coste que esta operación va a suponer. Si, por cualquier motivo, el cheque no es atendido por la entidad librada, debe ser «devuelto», operación que generará, en su caso, una nueva comisión, que, en la medida en que esté a disposición del cliente debidamente actualizada y en el formato unificado correspondiente, y siempre que responda a un servicio efectivamente prestado, podrá ser adeudada a aquel. Fue criterio sostenido por este DCMR que la entidad debía advertir previamente a los clientes, de algún modo efectivo, acerca de la existencia de comisiones que pueden derivarse del impago del documento, para que de esta forma el cliente pudiera conocer con total claridad y prestar su conformidad con plena información a las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada.

Como se ha señalado, este criterio de buena práctica bancaria tiene ahora su reflejo en la norma sexta de la Circular del Banco de España 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:

[...]

- 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 en general —y, más en concreto, sobre las comisiones aplicables— ha pasado a formar par-

te de la normativa de transparencia y protección de la clientela, y su incumplimiento, eventualmente, un quebrantamiento de dicha normativa.

Comisión por pago de cheque librado por oficina distinta

Como ya se indicó anteriormente, según la propia Ley cambiaria y del Cheque, 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.

Comisión por emisión de un cheque bancario

La emisión de un cheque bancario consiste en la compra por un cliente, con cargo a sus propios fondos, de un cheque en el que la entidad consta como libradora y librada. Son cheques aceptados en el tráfico como 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. La orden de emisión del cheque debe contener la liquidación y aceptación del cargo en cuenta del importe de la comisión correspondiente.

i. 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 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, es necesario señalar que su disposición adicional 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 Unión Europea, 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 43 de la 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 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 proveedor del servicio de pago del beneficiario. Es decir, para establecer la fecha de valoración a efectos de intereses, lo determinante es el efectivo abono 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 la Ley de Servicios de Pago (artículo 43.2) y no el párrafo segundo de la disposición adi-

cional, que se refiere solo a abonos, considerando así una actuación no acorde con las buenas prácticas bancarias la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta (por ejemplo, la fecha de emisión).

j. Gestiones de cobro

Este DCMR 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», no adquiriendo firmeza hasta la verificación del pago. De este modo, el abono está sujeto a la condición del cobro efectivo del cheque, dando lugar, en caso de producirse el impago o 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 recobrar el banco 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, transcribimos de nuevo el contenido de la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, apartado 2.6, 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 i) de que dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta el momento en que el cheque sea efectivamente cobrado, y ii) de que, en caso de producirse 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 del mismo, y el plazo estimado que transcurrirá hasta su cobro efectivo [...]»

Reiteramos en este punto que, toda vez que la norma en cuestión está en vigor desde el 1 de enero de 2013, las entidades deben adecuar su actuación y la documentación relativa a la toma en gestión de cobro de los cheques a aquella.

k. Cheque falsificado

Sobre la cuestión planteada, cabe señalar que el artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque 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 de 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 de esta Sala, en Sentencia de 1 de 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.

I. 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 de la Ley Cambiaria y del Cheque), 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 DCMR ha venido entendiendo que las entidades deberían, en la medida de lo posible, 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, conviene de nuevo hacer referencia al contenido de la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, apartado 2.6, 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 i) de que dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta el momento en que el cheque sea efectivamente cobrado, y ii) de que, en caso de producirse 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 del mismo, 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 tanto, una actuación acorde con la claridad y transparencia propugnada por la normativa exige que, en el 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 la solicitud de ingreso o resguardo de entrega de los

efectos bancarios en que conste la citada información, debidamente suscrita 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 abono realizado salvo buen fin, la disponibilidad de los fondos y la comisión que se ha de cobrar, en su caso.

Igualmente, y tratándose de cheques extranjeros, debemos recordar que, como ya se ha expresado en el apartado 4.2.3.c) de esta Memoria al referir las operaciones de pasivo, si el cheque está emitido en divisas ha de tenerse en consideración que la operativa con divisas está liberalizada en España. No obstante lo anterior, las entidades de crédito, de conformidad con las normas cuarta y 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 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 caso de devolverse el cheque, será aplicado de nuevo en el momento de producirse la devolución.

m. 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 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 sea admitido normalmente como medio de pago.

Actualmente 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 «En todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y de valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar 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 entiende el DCMR 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 conoz-

ca 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 DCMR entiende que las entidades deberían, en la medida de lo posible, 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.

Al respecto de esta cuestión, y si bien se entiende conveniente mantener en la presente Memoria la información precedente, se ha de indicar que durante el ejercicio 2013 no ha habido controversias en el DCMR en relación con la utilización de este producto por la clientela bancaria.

4.4.2 LETRAS DE CAMBIO

La letra de cambio es un título-valor, literal y abstracto, trilateral, regulado en la LCCh, artículos 1 al 93, por el que el librador ordena al librado que pague al vencimiento una suma de dinero al tomador (o a la persona a la que este endose el título). El número de reclamaciones presentadas en relación con incidencias derivadas del uso de las letras de cambio ha disminuido significativamente en los últimos años. Esto puede ser debido a que la letra de cambio es uno de los títulos más complicados en nuestra legislación, de forma que ha ido cayendo en desuso tanto para los consumidores como para los profesionales, que han optado por efectos más sencillos y prácticos, y que cumplen enteramente con sus necesidades mercantiles, como son el pagaré y el cheque. Sin embargo, conviene traer a colación alguna cuestión relativa a la letra, toda vez que, de acuerdo con el artículo 96 de la LCCh, algunas disposiciones relativas a la letra de cambio —endoso, vencimiento, pago, extravío, etc.— son aplicables al pagaré.

a. Domiciliación

En el caso de la letra de cambio, puede que exista una domiciliación en una entidad de crédito, de modo que se designa un domicilio, mediante una cláusula escrita en la propia letra, para la presentación al pago en una cuenta que el librado deberá tener abierta en la entidad de crédito. Así, en virtud del pacto de domiciliación de títulos cambiarios, la entidad se obliga a atender el pago de las letras domiciliadas por su cliente, siempre que no exista declaración denegatoria de pago (ya sea a causa de la inexistencia de saldo disponible en la cuenta o por otras razones).

Si el librado aceptante ha domiciliado el pago de la letra de cambio en una entidad bancaria, el pago de aquella podría llevarse a cabo por compensación, para el caso de que otra entidad bancaria la presente a través del SNCE, o bien mediante pago por ventanilla a su tenedor. Sobre el particular, el artículo 43 de la Ley Cambiaria y del Cheque establece que «cuando la letra de cambio se encuentre en poder de una entidad de crédito, la presentación al pago podrá realizarse mediante el envío al librado, con anterioridad suficiente al día del vencimiento, de un aviso que contenga todos los datos necesarios para la identificación de la letra, a fin de que pueda indicar sus instrucciones para el pago».

b. Fecha de valor y disponibilidad de fondos

Respecto a las letras de cambio, sería igualmente de aplicación lo dispuesto respecto a la fecha de valor y disponibilidad de fondos para los cheques. Si bien las letras de cambio quedan igualmente fuera del ámbito de aplicación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, es necesario señalar que su disposición adicional 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 Unión Europea, 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 43 de la 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 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 proveedor del servicio de pago del beneficiario. Es decir, para establecer la fecha de valoración a efectos de intereses, lo determinante es el efectivo abono 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 la Ley de Servicios de Pago (artículo 43.2) y no el párrafo segundo de la disposición adicional, que se refiere solo a abonos, considerando así una actuación no acorde con las buenas prácticas bancarias la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta. Así, cuando nos encontramos ante efectos domiciliados que son presentados al cobro a la entidad domiciliataria después del vencimiento, este DCMR mantiene el criterio de que resultaría incorrecto aplicar la valoración del día del vencimiento, por entender que el mandato de pago incorporado a los documentos, una vez transcurrido el día de su vencimiento, se puede considerar que se transforma en una especie de mandato «a la vista». No adoptar una medida como la expuesta, además, podría llevar a situaciones carentes de lógica, puesto que al retrotraer la fecha de valoración a la de vencimiento, y no ser repercutido el importe del efecto por la entidad presentadora hasta la efectiva compensación, la entidad no solo se beneficiaría durante ese tiempo de unos fondos ajenos, sino que, además, se generaría un descubierto por valoración, con el consiguiente perjuicio si se liquidan intereses.

4.4.3 PAGARÉS

El pagaré, según se encuentra regulado en los capítulos XIV y XV de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, se puede definir como un título-valor literal, formal y abstracto, emitido a la orden o en forma nominativa, que contiene la promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero a su vencimiento. La LCCh dedica al pagaré los artículos 94 a 97, dando algunas normas específicas y remitiéndose mayoritariamente a la regulación de la letra de cambio.

Así, en el artículo 94 se recoge que el pagaré deberá contener, entre otras menciones, el nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar, así como la firma de quien emite el título, denominado «firmante».

Tradicionalmente, dentro de los pagarés cambiarios, en función de su operativa bancaria, se establece una distinción entre dos formatos diferenciados, a saber, el pagaré ordinario y el pagaré de cuenta corriente.

- El pagaré ordinario, común o comercial puede estar domiciliado para el pago en el lugar donde vive el librador o en otro distinto. Suele cumplir normalmente una función de giro y tiene como finalidad su utilización como medio de pago de una operación comercial.
- El pagaré de cuenta corriente se llama así porque es emitido por el titular de una cuenta bancaria, utilizando un talonario facilitado por una entidad de crédi-

to y preimpreso de acuerdo con un modelo también normalizado, cuyas dimensiones y aspectos son similares a los del cheque (destinando espacios para las menciones esenciales, así como el nombre y dirección de la entidad de crédito domiciliataria para el pago y los datos codificados de la cuenta corriente con cargo a la cual deberá ser satisfecho el pagaré).

El pagaré bancario normalizado, aunque físicamente se asemeja a un cheque — se entrega al cliente en talonarios, son del mismo tamaño y tienen una apariencia similar a los cheques—, no se diferencia, desde el punto de vista de la circulación cambiaria, del pagaré ordinario, y no comparte la naturaleza del cheque, sino que se asemeja más a la letra de cambio, cuya regulación le es en muchos puntos de aplicación.

a. Pago del pagaré

En los pagarés de cuenta corriente adquiere una especial importancia la domiciliación en una cuenta corriente bancaria, lo que exige una previa disponibilidad de fondos para su operatividad práctica. Supone, por tanto, el previo otorgamiento de un contrato de cuenta corriente con la entidad de crédito domiciliataria, encargada de efectuar los pagos por cuenta del firmante, que es a la vez titular de la cuenta. Pero conviene aclarar que aquí la entidad de crédito no es un librado, sino solo un mandatario (o representante) del firmante del pagaré, lo que le distingue del cheque.

La orden de pago del pagaré es revocable; no existe un plazo de irrevocabilidad, como veíamos en el cheque. Por consiguiente, el tenedor de un pagaré que lo ingresa en su cuenta para la gestión de cobro no tiene más garantía que la que deviene de la promesa de pago que en él se contiene. La entidad no es librada y, por tanto, no está obligada al pago, sino que, como mandataria, se debe al mandato que le han efectuado.

Si el pagaré se ha cedido para su cobro a una entidad que a su vez es la domiciliataria de aquel, la actuación de dicha entidad, que ha ingresado un pagaré en la cuenta de uno de sus clientes (condicionando dicho ingreso al resultado efectivo de la gestión de cobro), adeudándolo simultáneamente en la cuenta de otro de sus clientes (firmante del título, frente al que la entidad de crédito ostenta la condición de domiciliataria del pago o mandatario como consecuencia del contrato de cuenta corriente) y que recibe una orden de este último cliente indicándole que proceda a la devolución del cargo efectuado en su cuenta, no puede ser sino el adeudo de su importe en la cuenta donde previamente se había abonado. La actuación de la entidad que procede a la devolución de un título no podría considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios, en la medida en que el ingreso hubiera quedado condicionado al resultado efectivo de la gestión de cobro.

Al resultar no conforme, la única actuación posible de la entidad es su devolución. Y, en la defensa de sus intereses, al tenedor le quedan las acciones cambiarias contra el firmante y los distintos obligados cambiarios, de existir. A este respecto, conviene aclarar que no existe en la normativa de transparencia bancaria ningún precepto que fije un plazo para comunicar la devolución del pagaré y, toda vez que el abono lo es con la cláusula «salvo buen fin», si se produce el impago del documento, la entidad está facultada para su retrocesión, siempre y cuando el documento no haya sufrido perjuicio por el transcurso del plazo para el ejercicio de acciones cambiarias.

En caso de ser diferentes la entidad bancaria del firmante del pagaré y la del cedente de este, la presentación del documento se realizará por truncamiento a través del SNCE, que también prevé en sus instrucciones, como causa de devolución, la simple orden del firmante. Asiste en principio al firmante de los pagarés domiciliados el derecho de ordenar

a la entidad domiciliataria que no los atienda, o que lo haga solo en parte. Dicha orden de no atender un pagaré debe ser dada a su entidad de forma previa a su vencimiento. Ahora bien, una vez que hayan sido cargados correctamente en cuenta, en caso de que el firmante decida su devolución, podrá únicamente ordenarla válidamente a la entidad siempre y cuando esta esté aún en plazo hábil para retroceder su importe a la entidad presentadora de aquel, en virtud de la normativa interbancaria de aplicación, dado que, en caso contrario, se generaría un quebranto injusto para dicha entidad.

En cuanto a la fecha del pago, le son aplicables al pagaré los artículos 43 al 48 de la LCCh, referidos al pago de la letra de cambio. Un pagaré puede ser librado a la vista, pero también puede ser librado a un plazo desde la vista, o a fecha fija o a un plazo desde la fecha. Lo usual es que es que se gire con un vencimiento, el cual se indica en el texto del efecto. El artículo 90 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que resulta de aplicación al pagaré, indica lo siguiente:

«El pago de una letra de cambio cuyo vencimiento sea en día legalmente considerado como festivo, será exigible el primer día hábil siguiente. A estos efectos son declarados días festivos o inhábiles los no laborables para el personal de las Entidades de crédito [...]»

Además, y en contraposición con el pago del cheque, en el que la entidad está obligada al pago total o parcial, hasta agotar la provisión de fondos existente en la cuenta, tratándose de un pagaré no existe norma que obligue a la entidad domiciliataria frente al tenedor al pago del pagaré, porque este no es sujeto propiamente interviniente en la relación cambiaria, sino simple mandatario del firmante. La entidad domiciliataria paga en nombre y por cuenta de su cliente-firmante, por mandato de su cliente, y no está obligada a efectuar un pago parcial.

El artículo 96 de la LCCh, referido al pagaré, proyecta sobre el indicado título lo establecido en la misma ley respecto de la letra de cambio; en concreto, por lo que hace a la falta de pago, el artículo 51 de la ley establece que:

«La falta de aceptación o de pago deberá hacerse constar mediante protesto levantado conforme previene el presente capítulo.

Producirá todos los efectos cambiarios del protesto la declaración que conste en la propia letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Cámara de Compensación en la que se deniegue el plazo, salvo que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial en el espacio reservado por la normativa aplicable a cláusulas facultativas.

En todo caso la declaración del librado, del domiciliario o de la Cámara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial en el artículo siguiente.»

A la vista de lo anterior, entendemos que, habiéndose presentado un pagaré en plazo y resultando no conforme, la entidad está obligada a realizar las gestiones necesarias dentro de los plazos establecidos por el artículo 51 de la Ley Cambiaria y del Cheque —dejar constancia sobre el documento de la declaración de impago—, en evitación de que el pagaré se perjudique, para no limitar al cliente el ejercicio de las acciones ejecutivas

correspondientes en orden a reclamar el importe del pagaré al firmante y, en su caso, a cualquier otro obligado cambiario.

Debemos concluir, por lo tanto, que el tenedor del pagaré bancario no tiene mayor garantía de que se va a producir el pago al vencimiento que la expectativa de que existan fondos suficientes en la cuenta del librador, de que no se haya producido una orden de revocación de la orden de pago contenida en el efecto y, finalmente, en caso de que se produzca el impago, el recurrir a las acciones contra los obligados cambiarios.

b. Pago parcial

Si bien la normativa de aplicación no recoge de forma expresa una obligación por parte de la entidad domiciliataria de atender el pago parcial de un pagaré (como sí ocurre en el caso de un cheque), hay que tener en cuenta que dicho pago es una facultad que la entidad puede ejercer en determinados supuestos, según lo establecido en el artículo 45 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque: «El portador no podrá rechazar un pago parcial». En virtud de ello, este DCMR considera que atender el pago de un pagaré parcialmente, en beneficio de los intereses de su cliente, en vez de devolverlo por la totalidad del nominal, en caso de que la provisión de fondos existente en la cuenta fuera insuficiente por una diferencia muy escasa, pudiera ser en cualquier caso considerado una buena práctica bancaria.

c. Cesión del pagaré para su gestión de cobro

En el caso del pagaré, el cliente puede demandar de su entidad la realización de dos tipos de gestiones, la simple gestión de cobro del pagaré a su vencimiento, o el anticipo de los fondos, mediante el descuento del documento, en las condiciones de financiación pactadas. Los pagarés, además, se han venido usando con fines financieros; mediante pagarés se han instrumentando créditos otorgados por las entidades a sus clientes.

En caso de que el pagaré fuera cedido para su gestión de cobro, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias la entidad debe proporcionar a su cliente de forma previa información similar a la indicada por la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, apartado 2.6, para los cheques, pero adaptada a la naturaleza de este tipo de efectos. Dicha norma 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 i) de que dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta el momento en que el cheque sea efectivamente cobrado, y ii) de que, en caso de producirse 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 del mismo, 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.»

Conviene, además, referir aquí que la emisión de pagarés cambiarios (salvo los emitidos con cláusula no a la orden) está sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados. En caso de ser cedido un pagaré al cobro sin estar timbrado convenientemente, la entidad podría devenir responsable solidaria si participa o interviene en su negociación y cobro, sin proceder al pago del impuesto. Pero, desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias parece exigible que, en una operación tan frecuente en la práctica bancaria como es la gestión de cobro de pagarés, la entidad advierta expresamente a su cliente de su intención de liquidar por su cuenta el impuesto deduciéndolo del importe abonado, aun a pesar de no ser el cedente el sujeto pasivo del impuesto.

d. Pagaré falso o falsificado

El artículo 156 de la LCCh señala 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 hubiera procedido con culpa.

No existe, en la LCCh, un precepto similar que alcance al pagaré, o a la letra de cambio. Como hemos indicado repetidamente, en el pagaré el banco domiciliatario no tiene la consideración de librado, ni de obligado cambiario. Por lo tanto, para determinar a quién corresponde el daño causado por el pago de un pagaré falso o falsificado habría que estar a lo preceptuado por el Código Civil, en cuanto a la responsabilidad extracontractual y contractual. En particular, respecto a la extracontractual, por lo dispuesto en los artículos:

- 1902 («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»).
- 1903, párrafos 1 («La obligación que impone el artículo anterior es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder») y 4 («lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que estuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»).

Y, en cuanto a la responsabilidad contractual:

- Artículo 1101 («Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas»).

- Artículo 1104 («La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»).

Por lo tanto, el daño dependerá de la culpa y la diligencia de cada uno en el cumplimiento de sus obligaciones: la del empleado y la entidad, en la detección de la falsificación; y la del librador del pagaré, en la custodia del pagaré y el talonario.

e. Descuento y anticipo de créditos: cesión del pagaré para su descuento

Con carácter general, ha de indicarse que el descuento y anticipo de créditos consiste en que el banco presta o anticipa fondos a su cliente, contra entrega por este de un documento crediticio, para que gestione su cobro, recibiendo el banco dichos documentos *pro solvendo*, esto es, salvo el buen fin de ellos, pudiendo ser títulos-valores (letras de cambio, cheques, pagarés...), o bien otro tipo de documentos (recibos o facturas). La forma de contratarse el descuento, bien puede ser esporádica o circunstancial, bien puede ser habitual y sucesiva, en razón de que el descontante disponga de créditos documentados frente a terceros de forma excepcional o sea la forma normal de desarrollo de su negocio.

Los principios generales que rigen la normativa de transparencia y protección de la clientela tienen su base en la claridad de la información precontractual ofrecida al cliente de forma previa a que este quede vinculado por el contrato de que se trate. Así, la norma quinta de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, establece la obligación de la entidad de ofrecer explicaciones adecuadas, y la norma sexta fija que la información previa debe ser clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa, y que aquella debe ser entregada en papel o en otro soporte duradero.

En el descuento comercial de efectos, es frecuente que se contrate una póliza de descuento de efectos, en cuyo condicionado deberán reflejarse las comisiones y gastos aplicables, tipos de cambio, tipos de interés nominales y de demora, TAE, etc. Adicionalmente, dicha información suele reflejarse en la factura de presentación de los efectos.

El DCMR no resulta competente para entrar a valorar las decisiones que adoptan las entidades de crédito de cara a la concesión o denegación de dichas operaciones de descuento y anticipo, por incluirse dicha cuestión en su política comercial y de asunción de riesgos e incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

Las entidades suelen justificar su proceder para desestimar el abono de los pagarés en el contenido de las pólizas formalizadas, en las que se suele reservar el derecho de aceptar o rechazar, total o parcialmente, los créditos que el cliente le presente para su descuento o anticipo. A estos efectos, el banco deberá analizar los créditos presentados por el cliente, pudiendo denegar, entre otros supuestos, la admisión de aquellos que no estén domiciliados en entidad bancaria, que no estén librados por el cliente del descuento o anticipo, que no estén aceptados, o que se trate de documentos a cargo de obligados al pago de dudosa solvencia o con respecto a los cuales consten con anterioridad devoluciones de documentos a su cargo en porcentajes significativos a juicio de la entidad.

En cuanto a la liquidación del descuento, en el anejo 4 de la Circular 5/2012, «Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones», se establece, en su número 6, Descuentos (incluyendo pólizas liquidadas al descuento), lo siguiente:

«En la liquidación deberán figurar, al menos:

- a) Nominal
- b) Vencimiento
- c) Días de descuento
- d) Tipo de descuento contractual aplicado
- e) Tipo de interés nominal (anual) equivalente
- f) Importe de los intereses que resultan
- g) Impuestos liquidados, en su caso, con expresión del tipo y la base de cálculo
- h) Comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, separando claramente cada concepto que haya dado lugar al devengo de la comisión
- i) Gastos que la entidad pueda haber aplicado con indicación concreta de su concepto, separando claramente cada concepto de gasto, si hubiera varios
- j) Los conceptos anteriores se detallarán en la moneda original del instrumento, y en la que vaya a efectuarse la liquidación, si fueran diferentes, añadiendo entonces el tipo de cambio aplicado
- k) Tasa anual equivalente (TAE)»

f. Comisiones por ingreso y de devolución

La normativa que regula las comisiones está constituida, principalmente, por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, de 28 de octubre de 2011, y que entró en vigor, con carácter general, el 29 de abril de 2012, que fue objeto de desarrollo mediante 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, que entró en vigor⁹⁸ el 6 de octubre de 2012. La normativa de transparencia española anterior⁹⁹ había quedado obsoleta, tanto por los avances habidos en la regulación sectorial (en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad) como por la gran transformación experimentada en la comercialización de los servicios bancarios.

⁹⁸ Si bien para cuestiones específicas se establece la entrada en vigor el 1 de enero de 2013 (explicaciones adecuadas y deber de diligencia; entrega de información precontractual; informaciones que se deben resaltar; y políticas y procedimientos de préstamo responsable), el 1 de julio de 2013 (en relación con el contenido de los contratos y con las comunicaciones que se han de efectuar a los clientes) y el año 2014 (para la remisión del documento resumen anual de comisiones e intereses). Por su parte, la información sobre las comisiones más frecuentes (norma tercera, apartado 1, y norma decimosexta, apartados 1 y 2) comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2013.

⁹⁹ Constituida principalmente por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España 8/1990, que la desarrolla.

Así, la normativa de transparencia aplicable reconoce, en línea con la anterior, la libertad de pacto de las entidades a la hora de establecer las comisiones que cobren por operaciones o servicios bancarios prestados, y la posibilidad de repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, son exigibles los siguientes requisitos:

- Deben responder a servicios efectivamente prestados y aceptados o solicitados en firme por el cliente (artículo 3.1 de la orden).
- Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, en un formato unificado conforme a los términos específicos establecidos en la Circular del Banco de España 5/2012 (norma tercera y anejo 1). Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y facilitando la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y su importe de manera desagregada por período en que se apliquen. Asimismo, dicha información ha de estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente (artículo 3.2 de la orden).
- Habrá que estar a cada tipo de contrato o de operativa en concreto para determinar la obligación de información previa que incumbe a la entidad.

Cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera, entregándole efectos al cobro o, en el caso de los pagarés, también al descuento, el servicio o la gestión que espera sea desarrollada y por la que, en principio, está dispuesto a pagar los intereses y comisiones correspondientes incluye necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos necesarios para obtener el cobro del derecho incorporado a los títulos cedidos.

Si, por cualquier motivo, los efectos no son atendidos por la entidad librada, deben ser «devueltos» a su titular, operación que generará, en su caso, una nueva comisión que, en la medida en que haya sido informada al cliente, se encuentre debidamente actualizada y en el formato unificado correspondiente, y siempre que responda a un servicio efectivamente prestado, podrá ser adeudada a aquel.

Ello no obstante, las entidades deben siempre advertir a los clientes, de algún modo efectivo, acerca de la existencia de comisiones que pueden derivarse del impago de dichos documentos mercantiles, para que de esta forma el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con plena información— las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada.

Cuando una entidad que toma a su cliente un documento de cobro para que sea ingresado en su cuenta, y condiciona este ingreso al resultado efectivo de la gestión de cobro, y lo devuelve posteriormente, por no resultar conforme o a instancia del firmante del título, su actuación no puede considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios. Recordemos que el pagaré es un compromiso de pago futuro, respecto del cual la entidad

domiciliataria puede recibir instrucciones del firmante para que no se abone a su vencimiento.

La orden dada vincula a la entidad de crédito frente a su cliente, con independencia de los efectos y consecuencias que para aquel se puedan derivar del impago del título cambiario a su vencimiento, en virtud de las acciones que el tenedor legítimo pueda iniciar para el cobro de dicho título.

Ahora bien, teniendo en cuenta los intereses de todas las partes, el DCMR considera que las entidades deberían recoger en todos los documentos de entrega de efectos, en primer lugar, el tipo de efecto que se entrega (letra de cambio, pagaré o cheque).

Además, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este DCMR entiende que dichos documentos deben reflejar una información similar a la indicada en la norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, apartado 2.6, para los cheques, pero ajustada a este tipo de efectos, y, además, el tipo de gestión que la entidad se compromete a efectuar (tomar el título en gestión de cobro o, además de gestionar dicho cobro, abonar su importe —salvo buen fin— en la cuenta del cliente, o bien —en el caso de los efectos y pagarés— descontarlo o negociarlo, deduciendo los intereses pactados hasta su vencimiento del importe nominal que se ha de abonar) y las comisiones que, en su caso, podrían aplicarse. Y las facultades que mutuamente se reconocen las partes; entre ellas, y para el caso del pagaré, el derecho de reintegro de la entidad de crédito, que puede hacerse valer mediante la práctica de un contraasiento en la cuenta del cliente en caso de que el efecto resulte impagado y el plazo razonable en que tal contraasiento podría ser efectuado. Por lo tanto, consideramos que la entidad debería adaptar la factura de cesión a la operación solicitada por el reclamante, en lugar de utilizar el modelo estándar para la cesión de cheques.

A este respecto, las entidades deben siempre advertir a los clientes, en la factura de presentación o de algún otro modo, acerca de la existencia de comisiones que puedan derivarse de la devolución del documento, para que de esta forma el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con una información suficiente— las condiciones económicas que puedan derivarse de la gestión encomendada. Igualmente, deberán advertir de forma previa a su cobro de la existencia de una comisión por la reclamación de un efecto descontado antes de su vencimiento, en el supuesto de que se produzca esta incidencia, y de su importe.

Así pues, constituye una actuación contraria a un proceder diligente el aplicar a las operaciones o servicios que se prestan comisiones cuya correspondencia no es clara, ni fácilmente comprensible; cuando, además, la entidad podía libremente informar a sus clientes sobre las comisiones que expresamente se recogen en los formatos unificados publicados para la cesión al cobro o negociación de efectos comerciales impagados o reclamados.

g. Extravío del pagaré

Este DCMR considera que el extravío de un pagaré debe ser imputado por entero a la entidad reclamada, de forma que es ella la que tendría que asumir cualquier perjuicio derivado de aquel.

A este respecto, cabe mencionar el criterio recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2006, que, si bien se refiere a la entrega de un pagaré al amparo de un contrato de descuento, este DCMR hace extensivo a cualquier operativa

bancaria que implique la gestión física del pagaré, cuyo resumen transcribimos a continuación:

«En virtud del contrato de descuento el banco descontante tiene la obligación de devolver al descontatario los títulos descontados, cuando no pueda hacer efectivo el crédito incorporado a los mismos, con la misma eficacia jurídica que tenían en el momento que se le cedieron, siempre que el descontatario haya efectuado el reintegro o se haya producido el reintegro, su falta es una mala práctica bancaria y supone un incumplimiento contractual atribuible al banco, correspondiendo la carga de la prueba de su devolución al banco descontante. La no devolución del título al descontatario significa la imposibilidad de que este pueda ejercitar el derecho incorporado al mismo, por lo que, en justa correspondencia, tiene derecho a recuperar del banco descontatario su importe con los intereses desde la fecha en que se produjo el reintegro en que debió devolver el título.»

El extravío de un documento mercantil no supone, en principio, la pérdida del crédito que representa, y compete a su titular y beneficiario acudir a las vías jurídicas oportunas para obtener su satisfacción, pese al extravío, evitando de este modo que se produzca una situación de enriquecimiento injusto para alguna de las partes de la relación acreedor-deudor subyacente.

En efecto, es a la entidad a la que el cliente directamente hace el encargo de gestionar el cobro del documento (servicio, por otra parte, retribuido a través de las comisiones adeudadas).

El cliente no solo deposita en el banco el pagaré, sino también su confianza, razón por la que la entidad debe extremar la precaución para evitar el extravío del pagaré. Y, en todo caso, es la entidad de crédito, no el cliente, la que elige el medio utilizado para el envío del pagaré; por tanto, debe ser la entidad la que se haga cargo de cualquier consecuencia derivada de la pérdida del documento.

h. Fecha de valor
y disponibilidad de fondos

A los pagarés, al igual que al resto de efectos, sería igualmente de aplicación lo dispuesto respecto a la fecha de valor y disponibilidad de fondos en la disposición adicional de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, a cuyo tenor, lo establecido en la referida ley 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 Unión Europea (artículo 43 de la Ley de Servicios de Pago) será de aplicación en el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, si bien los plazos establecidos en ella solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

A la vista de lo anterior, este DCMR ha venido considerando que la fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del firmante 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 la Ley de Servicios de Pago (artículo 43.2) y no el párrafo segundo de la disposición adicional, que se refiere solo a abonos, considerando así una actuación no acorde con las buenas prácticas bancarias la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta.

Del mismo modo, cuando nos encontramos ante pagarés domiciliados que son presentados al cobro a la entidad domiciliataria después del vencimiento, este DCMR mantiene el

criterio de que resultaría incorrecto aplicar la valoración del día del vencimiento, por entender que el mandato de pago incorporado a los documentos, una vez transcurrido el día de su vencimiento, se puede considerar que se transforma en una especie de mandato «a la vista». No adoptar una medida como la expuesta, además, podría llevar a situaciones carentes de lógica, puesto que, al retrotraer la fecha de valoración a la de vencimiento, y no ser repercutido el importe del efecto por la entidad presentadora hasta la efectiva compensación, la entidad no solo se beneficiaría durante ese tiempo de unos fondos ajenos, sino que, además, se generaría un descubierto por valoración, con el consiguiente perjuicio si se liquidan intereses.

4.5 Medidas de protección de deudores hipotecarios sin recursos

4.5.1 INTRODUCCIÓN

La situación de crisis económica por la que atraviesa nuestro país ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo la adopción de una serie de medidas de protección de aquellos deudores hipotecarios que, como consecuencia de especiales circunstancias en las que están inmersos, tienen serias dificultades para hacer frente a los compromisos de pago que adquirieron en su día, debiendo conjugarse estas medidas de protección con el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, tal como consagra la Constitución Española en su artículo 47.

Esta necesidad se canalizó y materializó, en un principio, con la promulgación de las dos disposiciones siguientes:

- El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 10 de marzo de 2012), que contiene un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, y el
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE de 16 de noviembre de 2012).

Posteriormente, estas medidas se vieron reforzadas, ampliando su ámbito de aplicación y las características de las medidas que pueden ser adoptadas, con la aprobación 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 (BOE de 15 de mayo de 2013).

4.5.2 ANTECEDENTES: POLÍTICA COMERCIAL

Con carácter previo a abordar la exposición de las medidas contempladas en dichas normas y efectuar una reseña de las reclamaciones planteadas ante el DCMR del Banco de España a raíz de la publicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y el Código de Buenas Prácticas que en él se contiene, quizás convenga recordar lo siguiente:

- Las entidades, en materia de asunción de riesgos crediticios, son libres para aprobar o desestimar las operaciones 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 diseñan sus políticas crediticias; políticas que —no se puede olvidar— son dinámicas y cambiantes en el tiempo, al igual que la propia

economía sectorial, nacional o supranacional, por las que se verán condicionadas.

- La concesión o la denegación de operaciones crediticias —y, más concretamente, y por lo que ahora interesa, de préstamos o créditos hipotecarios, así como la modificación de las operaciones ya concedidas— se enmarcan dentro de la «política comercial y de evaluación de riesgos» de las entidades, en la que el DCMR ni puede, ni debe, inmiscuirse, en la medida en que estas cuestiones se incardinan en sus esferas internas de actuación.
- De conformidad con lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil, «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos». De ello se infiere que cualquier modificación contractual —novación modificativa o extintiva, subrogación— requerirá el consentimiento de ambas partes —entidad de crédito y cliente—, siendo libre la entidad para atender, o no, la solicitud que, en tal sentido, le formule su cliente.
- De igual modo, y por lo que se refiere a las solicitudes de dación en pago de la vivienda, esto es, la extinción de la deuda en su totalidad, con independencia de cuál sea el valor de la cosa entregada como contraprestación, hay que señalar que, para que la dación en pago sea válida, es decir, para que la obligación primitiva quede extinguida mediante la transmisión del inmueble que sirve de garantía al préstamo, es preciso:
 - *El acuerdo entre las partes*, por el que, con la intención de extinguir la obligación preexistente y sin dar origen a una nueva obligación, convengan la sustitución de la prestación inicialmente debida por otra distinta.

La necesidad de que se produzca un acuerdo entre deudor y acreedor encuentra su fundamento jurídico en lo establecido en el primer párrafo del artículo 1166 del Código Civil, que precisa que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida».

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2002, ha establecido que «esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negociada de las partes acuerda llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa».

- *La entrega del objeto de la prestación*. Si el deudor solo se comprometiera a realizar la nueva prestación (pero no entregara el objeto), estaríamos frente a un supuesto de novación (cambio) y no propiamente de dación en pago.

En definitiva, *con carácter general*, las entidades son libres para aprobar o denegar una operación de financiación, en función de la política comercial y de evaluación de riesgos que preten-

dan realizar¹⁰⁰. Además, cualquier modificación de las condiciones ya pactadas, subrogación, novación o dación en pago requerirá el acuerdo de ambas partes —entidad y cliente—.

Ahora bien, tras la publicación de las normas que seguidamente analizamos y que, como se ha indicado, contienen un conjunto de medidas tendentes a proteger a los deudores hipotecarios sin recursos que se encuentran en riesgo de exclusión y/o en situaciones de especial vulnerabilidad, las solicitudes que sobre reestructuración de su deuda, quita o dación en pago formulen los deudores hipotecarios a las entidades que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas que se contiene en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, en su versión original, y, posteriormente, a las modificaciones introducidas en aquel por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no pueden reconducirse sin más a una mera cuestión de «política comercial y de asunción de riesgos» de las entidades, resultando obligatorio para las entidades adheridas al código su aplicación en los términos y con los requisitos que dichas normas establecen.

4.5.3 REAL DECRETO-LEY
6/2012, DE 9 DE MARZO, DE
MEDIDAS URGENTES
DE PROTECCIÓN DE
DEUDORES
HIPOTECARIOS
SIN RECURSOS¹⁰¹

El 10 de marzo de 2012 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que entró en vigor el mismo día de su publicación.

La norma establece una serie de medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando aplicables dichas medidas a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el denominado «umbral de exclusión» que define el Real Decreto-ley, excepto las relativas al «Procedimiento de ejecución extrajudicial» y a la «Preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos», que son de aplicación general.

Así, el Real Decreto-ley señala que se considerarán situados en el «umbral de exclusión»¹⁰² los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre su *vivienda habitual*, cuando concurren todas las circunstancias que se indican en el número 1 del

100 La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (*BOE* de 29 de octubre de 2011), por lo que ahora interesa, señala en su artículo 18, «Evaluación de solvencia», incluido en el capítulo I, «Préstamo responsable», lo siguiente:

«1 La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. [...]

3 En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía. [...]

6 La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.»

101 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece en su disposición transitoria octava: «Las entidades que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y no se adhieran a las modificaciones introducidas en el mismo por esta Ley seguirán obligadas en los términos de dicho Real Decreto-ley, en su versión originaria.»

102 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica las circunstancias que han de concurrir para considerar al deudor hipotecario situado en el «umbral de exclusión».

artículo 3, las cuales han de ser acreditadas mediante la presentación de los documentos que se relacionan en el número 2 de dicho artículo. Dichas circunstancias son las siguientes:

- «a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.
- b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).
- f) 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.»

Entre las medidas de protección que contiene el Real Decreto-ley, cabe destacar las contempladas en su anexo, que contiene un «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», al que pueden adherirse, con carácter voluntario, las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realicen la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, resultando obligatoria para estas la aplicación de las previsiones del código, desde el momento de su adhesión¹⁰³, como ya se ha indicado, y una vez resulte acreditado por el deudor que se encuentra situado en el «umbral de exclusión». La adhesión de la entidad se entiende producida por un plazo de dos años, prorrogable automáticamente por períodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera con una antelación mínima de tres meses.

Además, el Real Decreto-ley establece unos parámetros de sujeción al Código de Buenas Prácticas, señalando que este se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no exceda de los valores que se establecen en función del número de habitantes de los municipios donde están ubicados los inmuebles^{104, 105}. Por tanto, con

103 Las entidades han de comunicar su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, ordenando el secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, la publicación del listado actualizado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, <http://www.tesoro.es/SP/CodigoBuenasPracticas.asp>, y en el *Boletín Oficial del Estado*.

Véanse las resoluciones de 8 de enero de 2013 (*BOE* de 10 de enero), 8 de abril de 2013 (*BOE* de 10 de abril), 5 de julio de 2013 (*BOE* de 12 de julio), 3 de octubre de 2013 (*BOE* de 10 de octubre), 10 de enero de 2014 (*BOE* de 23 de enero), 10 de abril de 2014 (*BOE* de 16 de abril) y 8 de octubre de 2014 (*BOE* de 21 de octubre).

104 Los valores establecidos en el número 2 del artículo 5 son los siguientes:

- «a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros.
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros.
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.»

105 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica estos valores.

independencia de que el deudor hipotecario esté situado dentro del «umbral de exclusión», no le resultarán de aplicación las medidas que se contienen en Código de Buenas Prácticas en el supuesto de que el precio de adquisición de la vivienda habitual que sirve de garantía al préstamo supere el valor que para el municipio se señala en la norma.

Igualmente, es de destacar el seguimiento que del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas establece el Real Decreto-ley. Así, por una parte, se constituye una comisión de control y, por otra, se determina la competencia del DCMR para conocer las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por parte de las entidades adheridas del Código de Buenas Prácticas, indicándose a este respecto que «Podrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al citado Banco de España».¹⁰⁶

a. Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual¹⁰⁷

Como indica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2012, el Código de Buenas Prácticas contempla tres fases de actuación, que seguidamente analizamos:

- *La primera*, dirigida a procurar la *reestructuración viable de la deuda hipotecaria* (mediante la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo de amortización).
- *La segunda*, y de no resultar suficientes las medidas anteriores, mediante el ofrecimiento al deudor de una *quita sobre el conjunto de la deuda*.
- *La tercera*, prevista para el supuesto de que ninguna de las dos medidas anteriores resultaran suficientes para reducir el esfuerzo del deudor hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera, *la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda*, la cual deberá ser aceptada por la entidad, tras la solicitud del deudor, pudiendo permanecer la familia en la vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

¹⁰⁶ Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y para aquellas entidades que se adhieran a las modificaciones introducidas por esta norma en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y en el Código de Buenas Prácticas, lo establecido en el artículo 5, apartado 4 —aplicación obligatoria del código— y en el apartado 9 —obligación de informar adecuadamente al cliente sobre la existencia del código y las posibilidades de acogerse a él—, así como lo previsto en el apartado 5 del artículo 6 —obligación de las entidades adheridas de remitir al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la comisión de control, con el contenido mínimo que se señala—, tiene la consideración de normativa de ordenación y disciplina, estimándose el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de dichos preceptos infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Habida cuenta de la fecha de cierre de la presente Memoria, la anterior remisión normativa ha de entenderse realizada a la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó la citada anteriormente.

¹⁰⁷ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, respecto a la aplicación del Código de Buenas Prácticas, establece en su disposición transitoria séptima, respecto a los procedimientos en curso, lo siguiente: «Los procedimientos de aplicación del Código de Buenas Prácticas iniciados y no finalizados antes de la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, incorporando las adaptaciones necesarias para ajustarse a los cambios que introduce esta Ley en el Código, a partir de que la entidad comunique su adhesión. La aplicación de las modificaciones de este Código en ningún caso implicará un empeoramiento de la situación para el deudor, en relación con la protección que hubiera recibido de acuerdo con la antigua redacción del Código.»

En una primera fase de actuación, los deudores hipotecarios situados en el «umbral de exclusión» pueden solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria, para lo cual deberán acompañar a su solicitud los documentos que acreditan el cumplimiento de todas las circunstancias exigidas por la norma para considerar incursos a los deudores hipotecarios en dicho «umbral de exclusión».

No obstante lo anterior, debemos llamar la atención respecto a que esta medida de reestructuración de la deuda hipotecaria *no podrá ser solicitada* por los deudores que se encuentren inmersos en un procedimiento de ejecución hipotecaria, *una vez se haya producido el anuncio de subasta*.

Una vez presentada la solicitud de reestructuración de la deuda hipotecaria, junto con la documentación necesaria, la entidad dispone de un plazo de un mes para notificar y ofrecer al deudor un *plan de reestructuración*¹⁰⁸ en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras, que para el deudor tienen la aplicación *conjunta* de las siguientes medidas:

- Carencia en la amortización de capital de cuatro años¹⁰⁹.
- Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la formalización del préstamo.
- Reducción del tipo de interés aplicable a euríbor + 0,25 % durante el plazo de carencia.

Ahora bien, en el supuesto de que el plan de reestructuración resultara inviable, la entidad ha de advertir al deudor hipotecario del *carácter inviable*¹¹⁰ de aquel, al tiempo que ha de informar a este de que puede solicitar las medidas complementarias que analizaremos en el apartado, y que, básicamente, se concretan en una quita en el capital pendiente de amortización.

Adicionalmente, la entidad puede llevar a cabo *la reunificación del conjunto de deudas* contraídas por el deudor, si bien la adopción de esta medida —*reunificación de deudas*— es de carácter *discrecional* por parte de la entidad.

Por último, se establece que *la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario* que sea solicitada *durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración* no conllevará costes por compensación.

En una segunda fase, y como se ha indicado anteriormente, en el supuesto de que el plan de reestructuración resultara inviable, el deudor podrá solicitar una quita en el capital

108 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, introduce la posibilidad de que sea el deudor quien presente en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, la cual debe ser analizada por esta, debiendo comunicar al deudor, en el caso de que rechazara su propuesta, los motivos en los que se fundamenta.

109 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, eleva a cinco años el plazo de carencia en la amortización de capital, al tiempo que dispone que 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.

110 El Real Decreto-ley 6/2012 entiende por *plan de reestructuración inviable* aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, reduce dicho porcentaje al 50 %.

pendiente de amortización, siendo *facultad de la entidad el aceptar o rechazar* esta medida, dentro del plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

Al objeto de determinar la quita, la norma señala los métodos de cálculo de aquella, debiendo la entidad emplear alguno de ellos, así como notificar al deudor los resultados obtenidos, con independencia de que esta decida o no conceder la quita.

Los métodos de cálculo son los siguientes:

- Reducción en un 25 %.
- 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.
- 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.

La solicitud de esta medida, a diferencia de lo que sucede con la medida de reestructuración de la deuda hipotecaria, podrá ser solicitada por los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de subasta, así como por los deudores que, estando situados en el «umbral de exclusión», no hubieran podido optar a 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 habitual¹¹¹

En la tercera fase de actuación, los deudores situados en el «umbral de exclusión» para los que la reestructuración de la deuda hipotecaria no hubiera resultado viable, ni tampoco hubieran podido beneficiarse de una quita sobre el capital pendiente de amortizar, pueden solicitar, en el plazo de doce meses a contar desde la solicitud de reestructuración, la dación en pago de su vivienda habitual, *estando obligada la entidad a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor*, a la propia entidad o a un tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda, así como las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de dicha deuda.

Además, si en el momento de pedir la dación en pago el deudor solicitara permanecer en la vivienda, este podrá hacerlo durante un plazo de dos años en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación, devengando durante dicho plazo el impago de la renta un interés de demora del 20 %¹¹².

¹¹¹ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, al regular la sujeción al Código de Buenas Prácticas, establece, por lo que ahora interesa, que «solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código —medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual— las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiera excedido de los siguientes valores:

- a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros».

¹¹² La Ley 1/2013, de 14 de mayo, reduce el interés de demora al 10 %,

Por otra parte, y como contraprestación por la colaboración que los deudores puedan prestar en la transmisión, se contempla la posibilidad de que las entidades pacten con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda.

Es de destacar que la medida de *dación en pago* de la vivienda habitual *no será aplicable* a los supuestos en los que el deudor se encuentre en un procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

b. Otras medidas contempladas en el Real Decreto-ley 6/2012

Además de las medidas recogidas en el Código de Buenas Prácticas, de obligado cumplimiento para las entidades que se han adherido a él con carácter voluntario, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, contempla otras medidas de protección para los deudores hipotecarios sin recursos, que exponemos a continuación.

Moderación de los intereses moratorios

Con objeto de disminuir la carga financiera que se genera en casos de incumplimiento por impago de los deudores hipotecarios que son objeto de protección, el Real Decreto-ley modera los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el «umbral de exclusión».

Así, desde el momento en el que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra situado en el «umbral de exclusión», el interés moratorio será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 %¹¹³ sobre el capital pendiente del préstamo.

Medidas fiscales

- Se lleva a cabo una modificación del texto refundido de la *Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, de forma tal, que las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se realicen al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, quedan exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados.
- Igualmente, se modifica el texto refundido de la *Ley Reguladora de las Haciendas Locales*¹¹⁴, disponiéndose que en las transmisiones realizadas por los deudores situados en el «umbral de exclusión» con ocasión de la dación en pago de su vivienda, efectuada al amparo del Código de Buenas Prácticas, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.
- Se modifica la *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*¹¹⁵, incorporando una «Disposición adicional trigésima sexta. Dación en pago de la vivienda», en la que se señala que estará exenta de este impuesto la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores situados en el «umbral de exclusión» con ocasión de la dación en pago de su vivienda, efectuada al amparo del Código de Buenas Prácticas.

113 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, reduce este porcentaje hasta el 2 %.

114 Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo).

115 Aprobada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (BOE de 29 de noviembre).

- Finalmente, se establece una bonificación del 50 % en los derechos arancelarios notariales y registrales que se deriven de la cancelación del derecho real de hipoteca en los casos de dación en pago de deudor hipotecario situado en el «umbral de exclusión» que establece el Real Decreto-ley 6/2012, al tiempo que se indica que el deudor no soportará ningún coste adicional de la entidad financiera que adquiere, libre de carga hipotecaria, la titularidad del bien antes hipotecado.

Procedimiento de ejecución extrajudicial

La ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, prevista en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, se simplifica y aclara en los casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor, sometiéndolo a una serie de reglas que, en esencia, prevén una subasta única y un importe mínimo de adjudicación, remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario la regulación de la venta extrajudicial.

Este régimen de ejecución extrajudicial es de aplicación general, no requiriéndose, por tanto, que el deudor se encuentre situado en el «umbral de exclusión» previsto en el Real Decreto-ley 6/2012.

Acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias

Finalmente, la norma incorpora al colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2011, a las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria llevados a cabo con posterioridad al 1 de enero de 2012.

La solicitud de estas ayudas habrá de ser formulada en un plazo no superior a seis meses desde que se produjo el lanzamiento.

Del mismo modo, se establece que estas personas tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas de los inquilinos, pudiendo obtener también estas ayudas a los inquilinos aquellos solicitantes que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la medida de dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, siempre y cuando, en este último caso, sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), en los términos establecidos en el Real Decreto 2066/2008.

4.5.4 REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS^{116, 117}

El 16 de noviembre de 2012 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, que ahora comentamos, el cual entró en vigor el mismo día de su publicación. La norma tiene como objeto fundamental la suspensión inmediata y por un plazo de dos años, desde su entrada en vigor, de los desahucios de las familias que se encuentran en una situación de especial riesgo de exclusión, de forma tal, que no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de aquellas personas que se encuentren dentro de los *supuestos de es-*

¹¹⁶ El Real Decreto-ley 27/2012 resulta de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de aquel, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

¹¹⁷ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, suspende los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la ley, esto es, desde el 15 de mayo de 2013 hasta el 15 de mayo de 2015.

pecial vulnerabilidad que contempla el Real Decreto-ley 27/2012, en las que, además, concurren las *circunstancias económicas* que, igualmente, se señalan en esta disposición.

Así, se detallan como *supuestos de especial vulnerabilidad* los siguientes:

- Familia numerosa.
- Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, cuando la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

En cuanto a las *circunstancias económicas* que han de concurrir, estas son las siguientes:

- Que el conjunto de ingresos de los miembros de la unidad familiar¹¹⁸ no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).
- Que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa¹¹⁹ de las circunstancias económicas, en términos de esfuerzos de acceso a la vivienda, en los cuatro años anteriores a la fecha de la solicitud.
- Que la cuota hipotecaria sea superior al 50 % de los ingresos netos percibidos por el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- Que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y este hubiera sido concedido para la adquisición de dicha vivienda.

118 Se entiende 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.

119 Se estima 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.

La acreditación de la concurrencia de las circunstancias económicas deberá efectuarse por el deudor ante el juez o el notario encargado del procedimiento, en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes del lanzamiento, presentando a tal efecto los documentos que relaciona la norma.

Finalmente, el Real Decreto-ley encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un Fondo Social de Viviendas propiedad de las entidades de crédito, con objeto de ofrecer cobertura a aquellas personas desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurren las circunstancias antes enumeradas, facilitando a estas personas el acceso a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

4.5.5 RECLAMACIONES
PLANTEADAS
ANTE EL DCMR
DEL BANCO DE ESPAÑA
(REAL DECRETO-LEY
6/2012, DE 9 DE MARZO,
Y CÓDIGO DE BUENAS
PRÁCTICAS)

A raíz de la promulgación del Real Decreto-ley 6/2012 y del Código de Buenas Prácticas, así como de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, resulta que se han adherido con carácter voluntario 66 entidades a las modificaciones operadas por la mencionada Ley 1/2013, mientras que continúan adheridas únicamente al citado Código de Buenas Prácticas en su versión primigenia 31 entidades^{120, 121}. El DCMR ha venido conociendo, como así dispone el número 6 del artículo 6 del Real Decreto-ley, las reclamaciones que le han sido formuladas derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, siendo que, en función de la entidad reclamada y de la fecha en que acaecieron los hechos denunciados, les sería de aplicación una u otra versión del citado código.

Desde un primer momento, el DCMR señaló en sus informes, con carácter general y desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, que las entidades *habían de atender con diligencia las solicitudes* que les formularan sus clientes relativas a la modificación de las condiciones pactadas en sus préstamos o créditos hipotecarios, quita o dación en pago de la vivienda habitual, una vez estos habían puesto de manifiesto la dificultad —cuando no imposibilidad— de hacer frente a los compromisos de pago que adquirieron en su día, evitando cualquier demora innecesaria.

Efectivamente, no puede obviarse que las entidades, como profesionales expertas que son de su operativa, cuentan con los medios y los procedimientos necesarios para atender y analizar este tipo de solicitudes, debiendo velar no solo por sus intereses, sino también por los de sus clientes, máxime en estos casos en los que la solicitud por parte del deudor hipotecario de algunas medidas depende de que no se hayan producido determinadas situaciones, tales como el anuncio de subasta en los casos en los que el deudor esté inmerso en un procedimiento de ejecución hipotecaria —medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria o dación en pago de la vivienda habitual—, o que la vivienda presente cargas posteriores a la hipoteca —medidas complementarias: dación en pago de la vivienda habitual—.

Del mismo modo, el DCMR ha venido indicado que una actuación acorde con las buenas prácticas y usos financieros requiere que, cuando un cliente comunique a su entidad la dificultad o imposibilidad de cumplir con sus compromisos de pago en los términos que

120 El listado actualizado de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas puede consultarse a través del siguiente enlace:
<http://www.tesoro.es/SP/CodigoBuenasPracticas.asp>.

121 Según la Resolución de 8 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

fueron pactados en su día, esta *informe*¹²² al cliente de su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, así como de los requisitos y circunstancias que han de concurrir para, en su caso, considerarlo situado dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 «umbral de exclusión», facilitando a este que pueda solicitar y acogerse, en su caso, a las medidas que el código contempla. Además, ello se infiere del propio Código de Buenas Prácticas, cuando en su número 4, «Publicidad del Código de Buenas Prácticas», señala que «Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes».

Asimismo, resulta procedente manifestar que las modificaciones operadas en el Real Decreto-ley 6/2012 por la Ley 1/2013 en materia de publicidad del Código de Buenas Prácticas requieren de las entidades una mayor proactividad que la exigida en su primera versión, en tanto que estas deben *comunicar por escrito la existencia* del código a sus clientes *que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria*.

Igualmente, procede destacar que las mayores exigencias promulgadas por la versión más reciente del Código de Buenas Prácticas a las entidades a él adheridas, unidas a la flexibilización de los requisitos que han de cumplir los clientes para serles de aplicación las medidas en aquel contenidas, han sido tenidas en cuenta a lo largo del período que abarca la presente Memoria a la hora de evaluar la conducta de las entidades sujetas a aquellas.

Se ha de añadir que, 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 estas que respondan a las solicitudes que les hubieran sido formuladas, informando a sus clientes de que no les resultan de aplicación las medidas contempladas en el código, detallando la/s causa/s invocada/s, con objeto de que estos puedan llevar a cabo cuantas actuaciones estimen convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

En cualquier caso, y con carácter general, el DCMR ha dejado constancia en sus informes, para el debido conocimiento de la parte reclamante, de las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, informando a esta de que resulta necesario acreditar ante la entidad su condición de deudor hipotecario situado en el «umbral de exclusión» que establece el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, para lo cual debe aportar a la entidad la documentación que, a tal efecto, señala la norma.

- a. Informes favorables
a las entidades reclamadas

Dentro de las reclamaciones que concluyeron con un informe favorable a las entidades reclamadas, al no haberse apreciado por el DCMR quebrantamiento de lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros en su proceder, ni tampoco incumplimiento de lo establecido en el Código de Buenas Prácticas, podríamos diferenciar tres grupos de reclamaciones, a efectos de sistematizar su exposición.

122 La Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece 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, indicando que dicha previsión tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, al tiempo que señala que el incumplimiento de dicha obligación tendrá la consideración de infracción grave, que será sancionada según lo dispuesto en la citada ley.

A. En el *primer grupo*, los reclamantes manifestaron ante el DCMR que, dada la situación de dificultad económica por la que atravesaban y la imposibilidad de atender el pago del préstamo hipotecario que habían formalizado en su día, solicitaron a las entidades la aplicación de alguna medida.

En estos casos, la pretensión de los reclamantes se centraba, básicamente, en que las entidades aceptaran directamente la medida consistente en dación en pago de la vivienda, con la extinción total de la deuda, la concesión de un plazo de carencia en la amortización del capital, la reducción de las cuotas del préstamo hipotecario hasta un determinado importe con ampliación del plazo de amortización del préstamo, la condonación de la deuda, una vez se había producido la subasta de la vivienda y el lanzamiento, etc., denunciando los reclamantes la negativa de las entidades a atender sus pretensiones.

En parte de estas reclamaciones las solicitudes de estas medidas no se formulaban al amparo de lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, ni de su Código de Buenas Prácticas, de forma tal, que los reclamantes —a veces, por desconocimiento— no habían formulado su solicitud conforme al procedimiento establecido en dicho real decreto-ley, con la presentación de la documentación necesaria.

En otras ocasiones, si bien los reclamantes mostraron su intención de acogerse a las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, las entidades advirtieron a sus clientes, desde el momento en el que presentaron la solicitud, que no les resultaba de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012 y en el Código de Buenas Prácticas; y ello, por cuanto del propio contenido de las peticiones que se les formulaban, o tras las entrevistas mantenidas con sus clientes, se advertía claramente que los deudores hipotecarios no estaban incluidos dentro del «umbral de exclusión» que establecía la norma o no se cumplían los requisitos necesarios para la sujeción del supuesto al Código de Buenas Prácticas, informando de ello a sus clientes.

- En ocasiones, la pretensión de los reclamantes se centraba en la solicitud de la dación de la garantía en pago total de las deudas, con o sin la petición de formalización conjunta de un contrato de *alquiler social*, justificando dicha solicitud en la situación de dificultad económica, que le impide hacer frente a los compromisos de pago que asumió.

La entidad, en sede de alegaciones, puso de manifiesto que la vivienda sobre la que se solicitaba la operación no era la única que mantenía su cliente en propiedad, y acreditó haberle informado de ello ante su solicitud.

Las pretensiones fueron denegadas en estos supuestos acogiendo la alegación formulada por la entidad, en tanto que no se verificaba el cumplimiento del requisito de que la vivienda fuere la única en propiedad del reclamante, emitiéndose un pronunciamiento favorable a las entidades.

- En una serie de supuestos, la parte reclamante solicitaba que se procediera a *la condonación de la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria y lanzamiento de su vivienda*, sobre la base de que sus ingresos no le permitían asumir el pago de la cuota hipotecaria. Denunciaba que, bien la entidad no había atendido, o bien se la había denegado, su petición solicitando la aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 y el Código de Buenas Prácticas al que la entidad se había adherido.

El DCMR señaló que, si bien la parte reclamante denunciaba venir solicitando la reestructuración o la dación de la garantía en pago total de su deuda, no era menos cierto que, por razón de las fechas en las que se había producido la subasta de la vivienda, esto es, con anterioridad a 2012, aún no se había promulgado el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, y el Código de Buenas Prácticas, al que efectivamente se había adherido la entidad. Así las cosas, dado que la aplicación de las medidas que se solicitaron requería, en todo caso, el acuerdo de ambas partes, no resultó por tanto de aplicación al supuesto lo contemplado en dicha norma y en su Código de Buenas Prácticas, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 11 de marzo de 2012, habiéndose llevado a cabo ya en esa fecha la subasta y el lanzamiento de la vivienda.

Por último, procedería clasificar en este grupo una reclamación en la que el reclamante solicitaba, como pretensión principal, la permuta de su *vivienda por otra* de la entidad en *zona diferente* y, como pretensión subsidiaria, la dación de dicha vivienda en pago total de su deuda.

La entidad, en sede de alegaciones, señaló que en la pretensión inicial del reclamante no se estaba solicitando la aplicación del Real Decreto-ley, 6/2012, sino la permuta de su *vivienda* a cambio de otra en *zona diferente*. Añadió que la operación de dación en pago no se llevó finalmente a efecto, dado que la vivienda estaba ocupada por inquilinos.

Respecto a la aceptación de la mencionada permuta, al no ser una de las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, no se consideró reprochable la conducta de la entidad, la cual además acreditó, en relación con la pretensión subsidiaria, haber solicitado la documentación que el cliente había de remitir y haber formulado respuesta en tiempo apropiado.

En definitiva, el DCMR estimó que la negativa de las entidades a aceptar, en estos supuestos, las medidas propuestas por sus clientes se fundamentaba —como así invocaban estas en sus alegaciones— en su «política comercial», debiendo concluir el DCMR que no existía imperativo legal alguno que, con carácter general, estableciera una obligación por parte de las entidades de modificar las condiciones de las operaciones concedidas, puesto que, efectivamente, las decisiones que adoptan libremente las entidades de crédito respecto a la concesión o denegación de facilidades crediticias, o la modificación de las condiciones previamente acordadas, como se pretendía por parte de los reclamantes en estos supuestos, se incardinan en lo que viene a denominarse su «política comercial», excediendo en principio su fiscalización las competencias del Banco de España, que no interviene, por tanto, en dichas decisiones, al enmarcarse en la esfera discrecional de su actuación, que se basa en el principio de libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

B. En el *segundo grupo*, una vez las entidades recibieron las solicitudes que le formularon sus clientes, informaron a estos del procedimiento que debían seguir para acogerse, en su caso, a las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, al cual se habían adherido voluntariamente, solicitándoles la documentación necesaria para estudiar su solicitud.

En estas ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el DCMR que, a pesar de que las entidades estaban adheridas al Código de Buenas Prácticas, estas no habían aplicado las medidas solicitadas y/o contempladas en el código. Sin embargo, las entidades re-

clamadas alegaron ante el DCMR, y así quedó acreditado, que los reclamantes no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley, bien por no reunir las circunstancias necesarias para considerarlos situados en el «umbral de exclusión», bien por no aportar la documentación requerida, o bien porque aportada esta, tras ser analizada, se había puesto de manifiesto que no concurrían las circunstancias necesarias para que dichos supuestos estuvieran sujetos al Código de Buenas Prácticas o poder solicitar la aplicación de algunas de las medidas en él contempladas, informando de ello a sus clientes.

- La parte reclamante denuncia ante el DCMR la negativa de la entidad a atender su solicitud de dación en pago de la vivienda, argumentado esta que no cumple con los requisitos exigidos, y más concretamente con el de hallarse empadronada en la vivienda objeto de garantía durante los seis meses anteriores a la solicitud.

La entidad alegó en defensa de su actuación que, una vez analizada la solicitud de su cliente, verificó que el inmueble que pretendía dar en dación en pago de la deuda hipotecaria se encontraba alquilado y, por tanto, no constituía *su vivienda habitual*, siendo que, además, no se encontraba empadronado en ella. Indicaba que es condición esencial para que el deudor hipotecario se considere situado en el «umbral de exclusión» que la finca hipotecada constituya la vivienda habitual de aquel, según define el Real Decreto-ley 6/2012, por lo que no estaba obligada la entidad a aceptar la propuesta de su cliente.

El DCMR observó que, efectivamente, el número 1 del artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, establece que «Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren todas las circunstancias siguientes: ...», partiendo la norma del presupuesto de que el crédito o préstamo esté garantizado con hipoteca y de que dicha garantía recaiga sobre la vivienda habitual de los deudores hipotecarios, exigiendo, por otra parte, el número 2 de dicho artículo 3 que el deudor acredite ante la entidad acreedora la concurrencia de las circunstancias exigidas para entender situado al deudor en el umbral de exclusión, para lo cual debe aportar los documentos que se indican, entre ellos, y por lo que interesaba a la reclamación, el certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos y a los seis meses anteriores.

En el presente supuesto, se aportó al expediente certificado de empadronamiento en la que la parte reclamante figuraba recientemente empadronada, esto es, no quedando acreditado que lo estuviera durante los seis meses anteriores a formular su solicitud, por lo que, dadas las circunstancias, el DCMR apreció la alegación efectuada por la entidad, concluyendo que no resultaba de aplicación al supuesto los dictados del código, sin perjuicio de señalar al reclamante que, a fecha de emisión del informe, dicho período de empadronamiento podría haber transcurrido.

- Fueron también numerosas las reclamaciones en las que los reclamantes denunciaron la negativa de las entidades a aplicarles las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas; en su mayor parte, la medida de dación en

pago de la vivienda habitual, a pesar de que estaban situados en el «umbral de exclusión» que establece el real decreto-ley, alegando las entidades en estas ocasiones que no resultaba aplicable a dichos supuestos el Código de Buenas Prácticas, por cuanto el precio de adquisición de la vivienda objeto de garantía excedía el valor que para el municipio fijaba la norma, desestimando las solicitudes de sus clientes y comunicando a estos sus resoluciones.

En estos casos, el DCMR indicó que a dichos supuestos no les resultaba de aplicación el Código de Buenas Prácticas, al no cumplirse con lo dispuesto en el número 2 del artículo 5 de la norma, constatando e informando en cada uno de los casos que el código no les resultaba de aplicación por cuanto el precio de adquisición de las viviendas excedían el valor fijado para su municipio en función del número de habitantes —y la eventual existencia de personas a cargo en la unidad familiar—, verificando dicho precio de adquisición de las viviendas en las correspondientes escrituras de compraventa de los inmuebles.

- En otros supuestos, tras la denuncia de la parte reclamante relativa a que la entidad no había aceptado su petición de dación en pago de la vivienda, por cuanto no podía hacer frente al pago de la cuota de su hipoteca, la entidad alegó —y así lo acreditó— que, pese a haber informado sobre la existencia del Código de Buenas Prácticas y haberle sido solicitada a su cliente la documentación acreditativa de su situación económica, esta nunca había sido aportada, a pesar de los numerosos escritos reiterativos de su pretensión frente a la entidad, en los que únicamente garantizaba poder aportar determinada documentación, sin que efectivamente se acreditase dicha aportación.

El DCMR, tras analizar la reclamación, concluyó que el proceder de la entidad reclamada, globalmente considerado, no podía estimarse contrario a lo establecido por las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que informó a su cliente de su adhesión al Código de Buenas Prácticas, así como de la necesidad de que aportara la documentación necesaria para estudiar su solicitud, sin que quedara acreditado en el expediente que se hiciera entrega de ella.

- Otras veces, los reclamantes denunciaron a las entidades por haberles denegado la dación de su vivienda en pago total de la deuda, basando dicha negativa en que, a la fecha de solicitud, ya se había producido el anuncio de subasta, circunstancia que, según el 2.º párrafo del apartado 1.a) del Código de Buenas Prácticas, impediría la aplicación de las medidas en él contenidas.
- En una variante del caso anterior, en el que el procedimiento de reclamación judicial se encontraba en un estado más avanzado, los reclamantes manifestaron que las entidades habían denegado su solicitud de dación en pago de la vivienda, alegando que esta ya había sido objeto de subasta y adjudicación a un tercero. Al respecto, se apreció la alegación efectuada por las entidades, relativa a que las viviendas habían sido adjudicadas en subasta con anterioridad a la promulgación del Real Decreto-ley 6/2012 —o adhesión de la entidad a este—, por lo que el DCMR consideró que no había lugar a aplicar las medidas del código que en él se contienen.

C. En el *tercer grupo* se incluyen aquellas reclamaciones en las que las *entidades reclamadas no estaban adheridas al Código de Buenas Prácticas*, denunciando los reclaman-

tes ante el DCMR que, dada la situación económica por la que atravesaban y la imposibilidad de cumplir con los compromisos de pago que adquirieron en su día en relación con su préstamo hipotecario, solicitaron a estas entidades que aceptaran la dación en pago de su vivienda, con extinción total o parcial de la deuda, o que llevaran a cabo la refinanciación de los préstamos o la reestructuración de la deuda, sin que aquellas hubieran atendido sus peticiones.

El DCMR estimó que la negativa de las entidades a atender dichas solicitudes no podía estimarse contraria a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que, por una parte, no cabía exigir a dichas entidades que aplicaran las medidas que se contienen en el Real Decreto-ley 6/2012 y en el Código de Buenas Prácticas, por cuanto dichas entidades no se habían adherido al código, incidiendo el DCMR en el hecho del carácter voluntario de dicha adhesión, y, por otra parte, la modificación de las condiciones previamente acordadas se incardinaba, en estos casos, y como así se alegaba por las entidades, en la «política comercial y de asunción de riesgos» de estas.

b. Informes favorables
a los reclamantes

Entre las reclamaciones que concluyeron con un informe favorable a los reclamantes al haberse apreciado por el DCMR quebrantamiento de las buenas prácticas y usos financieros en el proceder de las entidades y/o incumplimiento de lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012 y en el Código de Buenas Prácticas, cabe destacar las siguientes:

- En ocasiones, los reclamantes manifestaron ante el DCMR que, debido a la situación sobrevenida de dificultad económica en la que se encontraban, solicitaron a la entidad que procediera a la reestructuración de su deuda hipotecaria conforme establece el Real Decreto-ley 6/2012, acompañando dicha solicitud de documentos para la comprobación de las condiciones de vulnerabilidad señaladas en la norma, denunciando que la entidad no había procedido a aplicar las medidas solicitadas, ni les ha facilitado contestación escrita alguna.

En algunos casos, las entidades alegaron haber indicado verbalmente al reclamante el incumplimiento de los requisitos para considerarle situado en el denominado «umbral de exclusión» o la falta de aportación de parte de la documentación necesaria para el estudio, por lo que no había sido posible resolver su petición. En otras ocasiones, las entidades alegaban —sin acreditarlo— que habían remitido por escrito indicaciones similares a las mencionadas. En alguno de dichos casos, dado que la escasa concreción sobre los requisitos incumplidos o sobre la documentación pendiente caracterizaba también al propio trámite de alegaciones, se indicó que la no formulación de alegaciones de forma motivada, completa y documentada podría considerarse falta de colaboración con el DCMR.

El DCMR consideró que el proceder de la entidad reclamada no podía estimarse ajustado a las buenas prácticas y usos financieros, por cuanto no actuó con la diligencia que le es exigible ante la petición de su cliente. En este sentido, el DCMR señaló, en alguno de los casos, que no podía obviarse que la entidad debe velar no solo por sus intereses, sino también por los de su cliente, cosa que, a la luz de lo analizado, no parecía que hubiere sucedido en dichos casos.

- En ocasiones, los reclamantes se mostraban disconformes, dado que, a pesar de haber puesto de manifiesto a la entidad las dificultades económicas por las

que atravesaba su unidad familiar, que les impedían asumir los compromisos derivados de su deuda hipotecaria, la entidad no había ofrecido la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas o las había denegado, unas veces indicando los motivos de la denegación y otras veces sin detallarlos.

Las entidades reclamadas, en sede de alegaciones, indicaban en unas ocasiones que, habiéndole sido indicada a su cliente la documentación acreditativa que debía aportar, esta nunca llegó a ser aportada. En otras, señalaban que, una vez analizada la documentación entregada, se determinó que no se cumplían los requisitos para considerar al reclamante en el denominado «umbral de exclusión».

En ambos casos, las entidades consideraban que habían actuado conforme a las Buenas Prácticas y al Real Decreto-ley 6/2012. Sin embargo, el DCMR pudo comprobar, a raíz de la documentación aportada por las partes, que había sido excesivo el período transcurrido entre la puesta en conocimiento de la situación de dificultad económica por el reclamante y la formulación de la respuesta por parte de la entidad, fuese esta para informarle sobre la documentación que había de aportar o fuese para emitir una resolución sobre la aplicabilidad de las medidas. Lo dilatado del mencionado plazo determinó la emisión de nuestro pronunciamiento desfavorable.

- En una serie de casos, los reclamantes solicitaron la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas o manifestaron, de alguna manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.

Las entidades indicaron que, constatada la documentación aportada por la parte reclamante, no se reunían los requisitos para ser considerado en el denominado «umbral de exclusión», siendo que unas veces acreditaban habérselo comunicado convenientemente, y otras no.

Concretamente, los motivos que alegaban en estos casos eran principalmente los siguientes: unas veces señalaban que algún miembro de la unidad familiar percibía rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas; en otras ocasiones, indicaban la existencia de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; también se hacía referencia a la existencia de codeudores incluidos en la unidad familiar que no se encontraban en la situación de «umbral de exclusión»; y, en otras ocasiones, se manifestaba que la cuota hipotecaria no resultaba superior al 60 % de los ingresos de la unidad familiar.

Sin embargo, dado que la entidad en estos casos se encontraba adherida voluntariamente a las modificaciones operadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y puesto que el requisito señalado como impedimento para que fuesen de aplicación al cliente las medidas del Código de Buenas Prácticas eran los requeridos en la versión primitiva del Real Decreto-ley 6/2012, se concluyó considerando que la conducta de la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos financieros.

- En algún caso, la parte reclamante, tras exponer la situación económica por la que atravesaba, manifestó haber solicitado a la entidad la adopción de alguna

medida que le permitiera afrontar sus compromisos, sin que esta le hubiera ofrecido una solución viable.

El servicio de atención al cliente (SAC), por su parte, alegó ante el DCMR que la materia controvertida quedaba fuera de sus competencias, al tiempo que señalaba que, en relación con la concesión de riesgos, es únicamente la entidad acreedora, mediante sus comités competentes, la que puede conceder, denegar o modificar las operaciones, por cuanto en materia de política de riesgos no es posible inmiscuirse.

El DCMR señaló que no compartía la afirmación relativa a que la materia objeto de controversia quedaba fuera del ámbito de competencia del SAC; y ello por cuanto, tras la publicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que contiene un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, al que la entidad reclamada se había adherido, la cuestión que nos ocupaba no podía reconducirse, sin más, a una mera cuestión de «política comercial y de evaluación de riesgos» de la entidad, como invocaba, en la medida en que, una vez había asumido voluntariamente dicho código, las solicitudes de reestructuración de deuda hipotecaria, quita o dación en pago de la vivienda que le sean formuladas por sus clientes deben ser atendidas y resueltas conforme a los dictados de aquel, informando a sus clientes de los requisitos y de la documentación necesaria para analizar su solicitud conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012, o indicar a estos la no sujeción o aplicación de las medidas contenidas en el código, en caso de existir alguna circunstancia conocida por la entidad, que, sin necesidad de efectuar mayores análisis, determinara la no aplicación de lo establecido en el código.

Además, del examen de la documentación aportada no se infería que la entidad hubiera informado a su cliente de la existencia del procedimiento establecido en el Real Decreto-ley 6/2012, como se ha indicado, con objeto de que la reclamante pudiera instarlo en el supuesto de que estimara que reunía los requisitos necesarios para que le resultasen de aplicación las medidas que en él se contemplan.

Finalmente, el DCMR concluyó indicando que, estando la entidad adherida a la versión del Real Decreto-ley 6/2012, modificado por la Ley 1/2013, podría existir quebrantamiento normativo, en tanto que no había quedado acreditado que, conociendo la dificultad de su cliente para atender el pago de su deuda hipotecaria, le hubiera ofrecido información sobre el Código de Buenas Prácticas.

- En una serie de expedientes, denunciaba el reclamante que, a pesar de cumplir los requisitos establecidos en el Real Decreto-ley 6/2012, la entidad se había negado a aplicar las medidas en él contempladas, basando su negativa a aplicar el Código de Buenas Prácticas en que el principal del préstamo no fue concedido exclusivamente para financiar la adquisición de su vivienda habitual.

Las entidades alegaron, en defensa de su actuación, que al caso concreto no le resultaban de aplicación las medidas contempladas en el Real Decreto-ley, por cuanto, a su juicio, la parte reclamante incumplía el requisito que exige para

considerarle incurso en «el umbral de exclusión»: «Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma». Interpreta la entidad reclamada este artículo entendiendo que sus requisitos no se dan en estos supuestos, por cuanto la financiación no tuvo por *finalidad exclusiva*, la compra de la vivienda hipotecada.

El DCMR, dejando a salvo la mejor opinión de los tribunales de justicia, no compartió la interpretación efectuada por la entidad; y ello por cuanto de la literalidad del precepto se infiere, por lo que ahora se discutía, que habrá de estarse a que el préstamo o crédito hipotecario recaiga sobre la única vivienda propiedad del deudor y que dicha *financiación haya sido concedida para la adquisición de la vivienda*, no exigiendo dicho real decreto-ley, por tanto, que la financiación tenga por *finalidad única y exclusiva* la adquisición de la vivienda, como así pretendía la reclamada y el DCMR no compartía, imponiendo así mayores exigencias que las contempladas en la norma, por lo que su proceder no se ajustó a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012, contraviniendo las buenas prácticas y usos financieros, al no apreciarse la razón indicada por la entidad para no aplicar a su cliente las medidas establecidas en dicha norma y en el Código de Buenas Prácticas.

- Manifiesta el reclamante que, ante la imposibilidad de afrontar sus obligaciones de pago, solicitó la dación de su vivienda en pago total de las deudas contraídas. Ante la falta de respuesta por parte de la entidad reclamada, reiteró su petición mediante burofax, recibiendo como única respuesta un requerimiento de pago formulado por los servicios jurídicos de la entidad, previo a la interposición de la reclamación de cantidad.

La entidad, requerida por este DCMR, alegó que su cliente se había negado a autorizar la realización de una tasación de su vivienda, apreciando por ello falta de colaboración, lo que según aquella fue una falta de colaboración que impidió concluir el análisis del expediente que se había comenzado con motivo de su solicitud.

El DCMR, tras examinar la documentación, consideró que no había quedado acreditado que el banco informara a su cliente de las medidas y documentación que debía aportar para el análisis de su solicitud, ni que comunicara que no le eran de aplicación las medidas del Código de Buenas Prácticas al percibir rentas derivadas del trabajo, siendo que no es hasta el trámite de alegaciones ante este DMCR —en lugar de a su cliente, como diligentemente hubiere procedido— cuando así lo manifiesta.

La conducta de la entidad se consideró contraria a las buenas prácticas, tanto por la falta de acreditación anterior como por haber condicionado el estudio de la solicitud, al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, a la realización de una tasación, requisito este no contemplado en la citada norma.

- En ocasiones, manifestaba el reclamante que, habiendo referido la situación de dificultad económica por la que atravesaba, lo cual le dificultaba afrontar el pago de la cuota hipotecaria, y habiendo formulado su solicitud de aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas, la entidad había exigido la

regularización de las cuotas hipotecarias pendientes o condicionado la aplicación del código a la mencionada regularización, ante lo que su cliente mostró su disconformidad.

Una vez analizada la documentación aportada al expediente, el DCMR consideró que la conducta de la entidad se había apartado de las buenas prácticas, por haber condicionado la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas, al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, a la regularización de las cuotas hipotecarias vencidas y no satisfechas, requisito este no contemplado en la citada norma.

En una serie de casos, el reclamante manifestaba que, por causas ajenas a su voluntad, se había deteriorado su situación económica, dificultándole el pago de las cuotas de su préstamo hipotecario, fruto de lo cual solicitó a la entidad la aplicación de la medida de reestructuración de deuda amparada en el Real Decreto-ley 6/2012, emitiendo la entidad un dictamen denegatorio, basado en la existencia de cargas posteriores.

La entidad alegó, básicamente, que, una vez contrastada la documentación aportada por su cliente (más concretamente, la información registral), había podido comprobar la existencia de cargas posteriores inscritas sobre la vivienda objeto de garantía del préstamo, argumentando que, debido a dicho motivo, no le resultaban aplicables las medidas del Código de Buenas Prácticas, al tratarse esta de una de las causas de excepción establecidas el propio Real Decreto-ley 6/2012.

El DCMR señaló que, puesto que la razón central invocada por la entidad para no aplicar las medidas previstas en el Real Decreto-ley, tras estudiar toda la documentación que le había sido aportada, era que la vivienda estaba *gravada con cargas posteriores*, no podía apreciarse la alegación efectuada por la entidad en esos términos.

El DCMR indicó que, efectivamente, la letra e) del número 3 del Código de Buenas Prácticas señala que, en los supuestos en los que la vivienda estuviera gravada con cargas posteriores, no sería aplicable la medida de dación en pago de la vivienda habitual, lo cual nos llevó a considerar el proceder de la entidad contrario a lo establecido por las buenas prácticas y usos financieros, puesto que la referida existencia de cargas posteriores no sería óbice para que la entidad, de conformidad con lo establecido en el código, hubiera atendido la solicitud de reestructuración de la deuda hipotecaria, que era la pretensión que le había sido formulada por su cliente, pudiendo igualmente haber informado a la reclamante, en su caso, acerca de la posibilidad de solicitar las medidas complementarias —quita en el capital pendiente de amortización—, cosa que, en alguno de los casos, no se hizo y mereció nuestro pronunciamiento más desfavorable.

- En otro supuesto, el reclamante denunció ante el DCMR la negativa de la entidad a atender su solicitud de dación en pago de la vivienda, a pesar de cumplir todos los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley 6/2012, estar adherida la entidad al Código de Buenas Prácticas y haber presentado toda la documentación necesaria, argumentado la entidad su negativa a

concederle la dación en pago por ser posible reestructurar la deuda hipotecaria.

El DCMR, partiendo del hecho de que finalmente no se cuestionaba por la entidad el cumplimiento por parte del reclamante de los requisitos necesarios para entender a aquel situado en el «umbral de exclusión» que fija el real decreto-ley, determinó que la controversia se centraba en determinar si la propuesta de reestructuración de la deuda hipotecaria formulada por la entidad a su cliente se adecuaba o no a lo establecido por la norma, coincidiendo el DCMR en que la medida de dación en pago de la vivienda como medio liberatorio definitivo de la deuda es la tercera y última de las previstas en el Código de Buenas Prácticas, resultando aplicable esta solo en el supuesto de que ninguna de las otras dos medidas contempladas resultaran suficientes para reducir el esfuerzo del deudor hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera.

Así, respecto a la *reestructuración de la deuda hipotecaria*, el DCMR señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas, es la primera de las medidas que en él se contemplan, debiendo la entidad notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

- «i. Carencia en la amortización de capital de cuatro años.
- ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- iii. Reducción del tipo de interés aplicable a euríbor + 0,25 % durante el plazo de carencia»,

señalando, en su caso, el carácter inviable de aquel cuando establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 %¹²³ de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

El DCMR analizó las alegaciones de la entidad sobre el plan de reestructuración de la deuda hipotecaria, observando que dicho plan se refería únicamente al período de carencia de amortización del capital pendiente de pago del préstamo —cuatro años—, obteniendo con ello una cuota mensual de 93 euros, período de carencia en el que, como es sabido, tan solo se pagan intereses.

Además, se señaló que la entidad no remitió el desglose del plan ofrecido, no siendo posible que este DCMR conociese si la cuota mencionada era, como señala el Código de Buenas Prácticas, fruto de la adopción conjunta de las medidas adicionales en él contempladas: ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo y reducción del tipo de interés aplicable a euríbor +0,25 %. Se consideró que, manteniendo el tipo de interés pactado en este momento para el préstamo hipotecario, nos

123 Porcentaje que correspondía según la versión del código al que se encontraba adherida la entidad en la fecha de los hechos denunciados.

daría, una vez transcurrido el período de carencia, una cuota mensual que superaría con creces el 60 % de los ingresos que percibe la unidad familiar, resultando, por tanto, inviable dicho plan conforme define el Código de Buenas Prácticas, extremo que no fue advertido por la entidad, con objeto de que su cliente solicitara la adopción de la medida complementaria, consistente en una quita sobre el capital pendiente de amortizar, teniendo derecho el deudor, en el supuesto de que esta medida fuera rechazada por la entidad, a solicitar la dación en pago de la vivienda habitual, dentro de los plazos establecidos, estando la entidad obligada a aceptarla, por lo que la actuación de la entidad mereció nuestro pronunciamiento más desfavorable, resultando su actuación no ajustada a lo establecido en el Código de Buenas Prácticas.

- En otras ocasiones, el reclamante exponía que había solicitado a la entidad acogerse a las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, considerando que con un plan de reestructuración de su deuda hipotecaria sí que podría hacer frente a los pagos de las cuotas del préstamo, denunciando que la entidad, sin embargo, tan solo le había ofrecido una dación en pago de la vivienda, propuesta que no resultaba de su interés.

Las entidades reclamadas, por su parte, alegaban que, dada la situación económica de su cliente, estimaban que el plan de reestructuración era inviable, y, dado que la opción de la quita se desestimó, quedó la dación en pago de su vivienda como única opción viable.

A este respecto, el DCMR señaló que la entidad reclamada había dado por supuesto que el plan de reestructuración de la deuda hipotecaria era inviable sin haber informado de los motivos¹²⁴, ni haber ofrecido a su cliente, como así se comprometió al adherirse al Código de Buenas Prácticas, un plan de reestructuración en el que hubiera efectuado un estudio personalizado de su situación, aplicando las medidas conjuntas que se contienen en él, concretando la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de dicho plan.

Además, se indicó que la entidad se había comprometido, igualmente, a advertir en el plan de reestructuración, en su caso, de su carácter inviable conforme al criterio establecido en su número 2, así como del derecho del deudor a solicitar una quita, aun cuando esta fuera rechazada por la entidad, lo cual daría lugar a la adopción, en su caso, de la tercera y última medida contemplada en el código, esto es, la dación en pago de la vivienda.

En definitiva, el DCMR concluyó que no había quedado acreditado en el expediente que la entidad reclamada presentara a su cliente, como es su obligación, el plan de reestructuración solicitado, con independencia de la calificación que este hubiera obtenido —viable o inviable—, limitándose a señalar que su plan de reestructuración era inviable. A este respecto, el DCMR señaló en alguno de los casos que el hecho de que el deudor se encontrara en «situación de desempleo sin prestación», sin llevar a cabo un mayor análisis de las circunstancias que concurrían en la unidad familiar, no era razón suficiente para calificar, sin

124 Según el código, se considera inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

más, de inviable la reestructuración de la deuda hipotecaria, desconociendo este DCMR los ingresos, distintos a las rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, que pudiera tener, en su caso, el reclamante o los miembros de la unidad familiar; cuestiones estas imprescindibles para analizar un plan de reestructuración y su viabilidad o no, y que la entidad no acreditó haber analizado, lo cual mereció nuestro pronunciamiento desfavorable, incumpliendo con ello los dictados del Código de Buenas Prácticas.

- En algún caso, el reclamante expuso que, ante la imposibilidad de atender las cuotas del préstamo hipotecario, solicitó a la entidad que aceptara la dación de la vivienda que lo garantizaba en pago total de la deuda, manifestando aquel su disconformidad con que —en algunos casos— la entidad reclamada no formuló respuesta alguna a la solicitud, mientras que, en otros, se emitió respuesta que resultó ser denegatoria fundamentándose en el incumplimiento de los requisitos establecidos. Bien en su escrito inicial, bien en alguno posterior, el reclamante se mostraba especialmente contrariado con el hecho de que, pese a la manifestación de la situación de dificultad en que se encontraba y la solicitud efectuada, la entidad había procedido a formular demanda de ejecución hipotecaria.

Las alegaciones realizadas por las entidades en situaciones como la planteada fueron diversas, pudiéndose señalar, a título de ejemplo, la invocación de la existencia de cargas posteriores a la hipoteca en el bien cuya dación en pago se pretendía o la alegación consistente en que la fecha de presentación de la solicitud de dación en pago era posterior a la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria.

En algunos de los casos, el DCMR consideró que de las manifestaciones efectuadas por la entidad y/o de la documentación aportada al expediente no se infería que se hubiese informado a su cliente, tras realizar su solicitud, de la existencia del procedimiento establecido en el Real Decreto-ley 6/2012. Por otro lado, se aclaró que la mera interposición de la demanda de ejecución hipotecaria por parte de la entidad no impediría al deudor hipotecario solicitar las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, ni tampoco que la entidad deba concederlas, en los términos expresados en dicho código. Así, tan solo quedarían excluidas la posibilidad de solicitar la medida de reestructuración de la deuda hipotecaria y la de dación en pago, en aquellos supuestos en los que el deudor hipotecario se encuentre en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de subasta.

En algún caso, además, el DCMR recordó a la entidad que una actuación acorde con las buenas prácticas y usos financieros exige que esta, además de velar por sus intereses, lo haga por los de sus clientes, los cuales depositaron en ella su confianza, máxime en supuestos en los que la solicitud por parte del deudor hipotecario de algunas medidas dependen de que no se hayan producido determinadas situaciones, tales como el anuncio de subasta, en los casos en los que el deudor esté inmerso en un procedimiento de ejecución hipotecaria —medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria o dación en pago de la vivienda habitual—, o que la vivienda presente cargas posteriores a la hipoteca —medidas complementarias: dación en pago de la vivienda habitual—, cosa que, a la luz de los razonamientos expuestos, no parece que suce-

diera en el caso, mereciendo la actuación de la entidad nuestro pronunciamiento más desfavorable.

4.5.6 LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

El 15 de mayo de 2013 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 1/2012, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la cual entró en vigor el mismo día de su publicación. En esencia, la ley perfecciona y refuerza el marco de protección de los deudores que han visto alterada su situación económica o patrimonial a causa de las circunstancias excepcionales en las que estamos inmersos.

Así, en primer lugar, la ley suspende los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables durante un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley, como seguidamente se desarrollará.

En segundo lugar, efectúa una importante reforma del mercado hipotecario a través de la modificación de las siguientes normas: texto refundido de La Ley Hipotecaria¹²⁵, según Decreto de 8 de febrero de 1946; Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; Ley 47/2007 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 tercer lugar, se llevan a cabo diferentes modificaciones en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, con objeto de garantizar que la ejecución hipotecaria se realice de forma que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución; entre dichas modificaciones, cabe destacar: el establecimiento de la posibilidad de que, si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumplan determinadas condiciones de pago; la inclusión de mejoras en el procedimiento de subasta y, finalmente, y como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, la introducción de una serie de modificaciones del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencias de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquellas que fueran consideradas abusivas.

En cuarto lugar, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, así como el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual, que se contiene en aquel, y en cuyo contenido centraremos nuestro análisis, en la medida

¹²⁵ Es de destacar la limitación que se efectúa de los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, disponiéndose, en la nueva redacción dada al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que dichos intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, los intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

en que el DCMR es competente para conocer las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento de dicho código por las entidades adheridas.

a. Suspensión
de los lanzamientos

Con carácter excepcional y temporal, la ley suspende los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables por un plazo de dos años, a contar desde su entrada en vigor. Esta medida afecta a cualquier proceso de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas que se señalan en la norma.

La Ley mantiene los supuestos de *especial vulnerabilidad* que se habían fijado con anterioridad en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, a saber:

- Familia numerosa.
- Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, cuando la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

No obstante, se flexibilizan las circunstancias económicas que han de concurrir, además de estar incurso en uno de los supuestos de especial vulnerabilidad antes descritos, para que sea de aplicación la suspensión de los lanzamientos por plazo de dos años.

Así, si bien se mantiene la exigencia de que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), sin embargo, ahora este límite puede ampliarse hasta *cuatro*¹²⁶ o *cinco*¹²⁷ veces el IPREM cuando se den determinadas circunstancias.

126 Cuando alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 %, o se encuentre en situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral, o cuando en la unidad familiar convivan una o más personas unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

127 Cuando 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

Por otra parte, la acreditación por el deudor de la concurrencia de las circunstancias expuestas se efectúa en la misma forma que se estableció en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, esto es, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, presentando los documentos que relaciona la norma.

b. Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, así como las características de las medidas que pueden ser adoptadas. Dichas modificaciones pueden resumirse del siguiente modo:

- Se amplía el *ámbito de aplicación* del Real Decreto-ley 6/2012, extendiendo la aplicación de las medidas que en él se contienen a los *avalistas hipotecarios* respecto de su vivienda habitual, con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.
- Se modifican las circunstancias que han de concurrir para considerar al deudor hipotecario situado en el «umbral de exclusión», siendo estas las siguientes:
 - Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), pudiendo ampliarse este límite hasta cuatro¹²⁸ o cinco¹²⁹ veces el IPREM, cuando se den los supuestos que señala la ley.
 - Que en los cuatro años anteriores a la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una *alteración significativa de sus circunstancias económicas*¹³⁰, o durante dicho período hubieran sobrevenido circunstancias familiares de *especial vulnerabilidad*¹³¹.
 - Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, reduciéndose dicho porcentaje al 40 % cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias que la norma indica¹³².
- Por otra parte, y además de las circunstancias antes expuestas para considerar al deudor hipotecario incurso en el «umbral de exclusión», la ley introduce *cuatro requisitos adicionales* que han de cumplirse para la aplicación de las medi-

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.

128 Cuando alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 % o se encuentre en situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

129 Cuando el deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad 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.

130 Se entiende 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.

131 Las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad que se establecen son: la familia numerosa, la unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo, la unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 % o se encuentre en situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, acreditada, para realizar una actividad laboral y, por último, la unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

132 Véanse las circunstancias recogidas en las notas 26 y 27.

das complementarias y sustitutivas que se contienen en el Código de Buenas Prácticas —quita en el capital pendiente de amortización y dación en pago de la vivienda habitual—, siendo estos los siguientes:

- Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezcan de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
 - Que se trate de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y este hubiese sido concedido para su adquisición.
 - Que se trate de un préstamo o crédito que carezca de otras garantías, reales o personales, o, de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
 - Que, en caso de existir codeudores que no formen parte de la unidad familiar, estos se encuentren incluidos en las circunstancias enumeradas en las letras a), b) y c) del número 1 del artículo 3.
- Los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión pueden exigir a la entidad que agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada.
- Se reduce el interés moratorio que se ha de aplicar a los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el «umbral de exclusión», desde el momento en el que este solicite a la entidad la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas y acredite su situación. Así, se dispone que el interés moratorio será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 % sobre el capital pendiente del préstamo.
- En cuanto a la sujeción al Código de Buenas Prácticas, se incrementan los valores¹³³ establecidos para el *precio de adquisición de la vivienda* en función del número de habitantes de los municipios donde estén ubicados los inmuebles y del número de personas que habiten en la vivienda. La aplicación del Código de Buenas Prácticas, como ya se indicó al analizar el Real Decreto-ley

133 Los nuevos valores son los siguientes:

- «a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.»

6/2012, de 9 de marzo, en su versión original, se extiende a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no exceda de los valores que se fijan.

No obstante, la ley establece que solo podrán acogerse a la aplicación de las *medidas sustitutivas a la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual* aquellas hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los valores¹³⁴ que, para este supuesto, indica la norma.

- Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas han de informar adecuadamente¹³⁵ a sus clientes por escrito de su existencia, así como de la posibilidad para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten dificultades en el pago de su deuda hipotecaria de acogerse al código, con una descripción concreta de su contenido.
- Se introduce un «régimen sancionador» en el que se establece que lo previsto en el artículo 5, apartado 4 —aplicación obligatoria del código— y apartado 9 —obligación de informar adecuadamente al cliente sobre la existencia del código y sobre las posibilidades de acogerse a él—, así como lo previsto en el artículo 6, apartado 5 —obligación de las entidades adheridas de remitir al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la comisión de control, con el contenido mínimo que se señala—, tiene la condición de normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, señalándose que el incumplimiento de estas obligaciones será sancionado de acuerdo con lo establecido en dicha ley¹³⁶.
- Se amplía la composición de la comisión de control constituida para la supervisión de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, pasando a estar integrada por once miembros¹³⁷, al tiempo que se modifican algunas reglas de funcionamiento de aquella. La comisión de control ha de constituirse y celebrar su primera reunión, con la nueva composición, en el plazo máximo de un mes a contar desde la entrada en vigor de la Ley 1/2003.

134 Los valores establecidos para poder acogerse a las medidas sustitutivas de ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual, son los siguientes:

- «a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.»

135 Esta previsión tiene 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, considerándose el incumplimiento de dicha obligación infracción grave, que será sancionada de acuerdo con lo establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio.

136 Remisión normativa que, al igual que indicábamos en la nota anterior, ha de entenderse realizada a la recientemente promulgada Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó la precitada.

137 Además de los miembros designados por el Ministerio de Economía y Competitividad (1), el Banco de España (1), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (1) y la Asociación Hipotecaria Española (1), se incorporan los miembros designados por el Consejo General del Poder Judicial (1), el Ministerio de Justicia (1), el Consejo General del Notariado (1) el Instituto Nacional de Estadística (1) el Consejo de Consumidores y Usuarios (1) y, finalmente, los designados por las asociaciones no gubernamentales que determine el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad que realicen labores de acogida (2).

c. Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en el Código de Buenas Prácticas

Por otra parte, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, lleva a cabo la modificación de algunos aspectos contemplados en el Código de Buenas Prácticas que se contiene en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, siendo estos los siguientes:

Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias

- Se amplía el período de carencia en la amortización de capital que se ha de incluir en los planes de reestructuración, pasando de cuatro a cinco años.
- El deudor puede presentar a la entidad una propuesta de plan de reestructuración que debe ser analizada por esta y, en caso de ser rechazada, la entidad debe comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.

Medidas complementarias: quita

- A efectos de determinar si el plan de reestructuración resulta o no viable, se reduce el porcentaje que ha de representar la cuota hipotecaria respecto a los ingresos que perciben conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. Así, se entiende que el plan de reestructuración es inviable cuando establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.
- Para la aplicación de esta medida, el deudor hipotecario, además de acreditar que se encuentra situado en el «umbral de exclusión», deberá cumplir los requisitos¹³⁸ que se establecen en el número 2 del artículo 3, como ya se indicó anteriormente.

Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual

- La Ley 1/2013, de 14 de mayo, al regular la sujeción al Código de Buenas Prácticas, establece, por lo que respecta a la aplicación de las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual, que solo podrán acogerse a ellas las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiera excedido de los valores que para este supuesto señala¹³⁹.
- Además de lo anterior, para la aplicación de esta medida el deudor hipotecario ha de acreditar que se encuentra situado en el nuevo «umbral de exclusión» que establece la norma y, por último, que cumple los requisitos¹⁴⁰ que se establecen en el número 2 del artículo 3, como ya se indicó anteriormente.
- Finalmente, se reduce al 10 % el *interés de demora por impago de la renta* que se devengue durante el plazo (dos años) en el que el deudor, si así lo solicita en el momento de pedir la dación en pago, permanezca en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación.

138 Dichos requisitos son los siguientes:

- Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezcan de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- Que se trate de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y este hubiese sido concedido para su adquisición.
- Que se trate de un préstamo o crédito que carezca de otras garantías, reales o personales, o, de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- Que, en caso de existir codeudores que no formen parte de la unidad familiar, estos se encuentren incluidos en las circunstancias enumeradas en las letras a), b) y c) del número 1 del artículo 3.

139 Véase nota 32.

140 Véase nota 35.

d. Aplicación del Código de Buenas Prácticas

La Ley 1/2013, en relación con los procedimientos en curso, establece que los procedimientos de aplicación del Código de Buenas Prácticas iniciados y no finalizados antes de su entrada en vigor, se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, incorporando las adaptaciones necesarias para ajustarse a los cambios que introduce la ley en el código, a partir de que la entidad comunique su adhesión.

Asimismo, dispone que las modificaciones introducidas en el código en ningún caso pueden implicar un empeoramiento de la situación para el deudor, respecto a la protección que hubiera recibido este de acuerdo con la antigua redacción del código.

e. Adhesión al Código de Buenas Prácticas

Las entidades que se adhieran a las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013 en el Código de Buenas Prácticas tienen que comunicar su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, la cual llevará a cabo la publicación del listado de entidades adheridas a dichas modificaciones, en las fechas que se indican, en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por otra parte, *las entidades que no se adhieran a las modificaciones* introducidas en el Código de Buenas Prácticas por la Ley 1/2013 y se hubieran adherido al Código aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, seguirán obligadas en los términos de dicho real decreto-ley, en su versión original.