

5 CRITERIOS ESPECÍFICOS DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS

ÍNDICE

5.1	OPERACIONES DE ACTIVO. FONDOS PRESTADOS POR LAS ENTIDADES	81
-----	---	----

5.1.1	Préstamos y créditos con garantía hipotecaria	81
a.	Contratación	81
	Política comercial	81
	Aprobación	81
	Requisitos adicionales	82
	Información previa	83
	Tramitación	85
	Tasación	86
b.	Notario	87
	Elección	87
	Formalización de contratos en escritura pública	88
	Cambio de titularidad	89
c.	Liquidación	89
	Comisiones	89
	Comisión de apertura	89
	Comisión por emisión de un certificado preciso para el cumplimiento de una obligación legal derivada del artículo 82 de la Ley Hipotecaria o por la mera cancelación notarial de hipoteca	89
	Comisión por preparación de la documentación para cancelación notarial de hipoteca	90
	Comisión por cancelación (no subrogatoria)	90
	Préstamos hipotecarios a interés variable	90
	Préstamos hipotecarios a interés fijo	90
	Comisión por cancelación subrogatoria	91
	Préstamos hipotecarios a interés variable	91
	Préstamos hipotecarios a interés fijo	92
	Comisión por ingreso de cheque bancario entregado para ejecutar la subrogación	93
	Comisión por emisión de un certificado de deuda en un proceso de subrogación	93
	Comisión por novación. Ampliación del plazo en préstamos a interés variable	93
	Comisión por subrogación de deudor	93
	Gastos	93
	Productos vinculados. Seguros	93
	Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualdad de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza	95
	Intereses	95
	Primera liquidación de intereses	96
	Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés	96
	Intereses tras una amortización anticipada	98
	Intereses bonificados	98
	Año comercial-año civil	98
	Redondeo	99
	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	100
	Cancelación	100

	<i>Dación en pago</i>	100
	<i>Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas</i>	101
	<i>Pago mediante transferencia</i>	102
d.	Subrogación por cambio de deudor	102
	Información de las condiciones	102
	Hipoteca del promotor	103
e.	Subrogación por cambio de acreedor (Ley 2/1994)	103
	Concepto y regulación	103
	Derecho a enervar	104
	Concurrencia de dos acreedores	105
	Pago mediante transferencia	105
	Subrogación de créditos hipotecarios	105
5.1.2	Cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés	106
5.1.3	Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	108
	a. Criterios de transparencia aplicados por el Servicio de Reclamaciones en la resolución de reclamaciones referidas a este tipo de productos	110
5.2	OPERACIONES DE PASIVO. FONDOS DEPOSITADOS EN LAS ENTIDADES	112
5.2.1	Depósitos a la vista	112
	a. Contratación	112
	Apertura	114
	Régimen de disposición en cuentas plurales	115
	<i>Cuentas indistintas y cuentas mancomunadas</i>	115
	<i>Modificación unilateral del régimen de disposición indistinta: bloqueo de la cuenta</i>	115
	<i>Autorizado en cuenta</i>	116
	Formalización/documentación	118
	<i>Cuentas abiertas a nombre de incapaces. Menores de edad</i>	118
	<i>Cuentas abiertas a nombre de personas jurídicas</i>	119
	b. Liquidación	119
	Comisiones	119
	<i>Comisión de mantenimiento</i>	119
	<i>Comisión de mantenimiento en cuentas vinculadas a otra operación de activo o pasivo</i>	120
	<i>Comisión de administración</i>	120
	<i>Comisión por reintegro de fondos</i>	120
	<i>Comisión por disposiciones de efectivo por no clientes. Operaciones SICA</i>	120
	<i>Comisión por ingresos en efectivo</i>	121
	<i>Comisión de descubierto</i>	121
	Intereses	122
	<i>Fecha de valoración</i>	122
	<i>Sábado, hábil o inhábil</i>	123
	c. Actuación unilateral de las entidades	124
	Adeudos/abonos sin autorización	124
	Adeudos por reintegros	124
	Cargos por retribuciones en especie	124
	Rectificación de errores	124
	Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social	125

	Negativa a permitir reintegros de efectivo en oficina diferente a la de apertura de la cuenta	126
	Restricción del importe en los reintegros en efectivo	127
	Bloqueo	127
	Discrepancias con las entregas en efectivo	127
	Embargos	128
d.	Compensación de cuentas	129
e.	Cancelación de cuentas	131
	Cancelación por uno de los titulares	131
	Modificación de la titularidad	132
	Reapertura de cuentas	132
5.2.2	Incidencias derivadas del fallecimiento de un titular de un depósito	132
a.	Disposiciones post mortem en cuentas plurales	132
	Cuentas indistintas	132
	Cuentas conjuntas	133
b.	Herederos	133
	Información	133
	Disposición de los fondos del causante	134
	Cambio de titularidad	135
c.	Legatarios	135
5.3	TARJETAS DE CRÉDITO	136
5.3.1	Tarjetas de pago aplazado	136
a.	Tarjetas <i>revolving</i>	136
	Transferencias de efectivo con cargo a la línea de crédito	137
	Modificación contractual	137
	Incremento unilateral de tipos de interés	138
b.	Disposiciones fraudulentas	138
	Criterio del Servicio	139
	<i>Acreditación documental de las operaciones reclamadas</i>	139
	<i>Responsabilidad por las disposiciones efectuadas</i>	141
	<i>Bloqueo por motivos de seguridad</i>	141
5.4	AVALES Y FIANZAS	142
5.4.1	Competencia del Servicio de Reclamaciones	142
5.4.2	Criterios generales	142
5.4.3	Cancelación y liquidación	143
5.4.4	Liberación de cofiadores	143
5.4.5	Ejecución	144

5 CRITERIOS ESPECÍFICOS DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS

5.1 Operaciones de activo. Fondos prestados por las entidades

Para conocer qué es y cómo funciona un préstamo hipotecario, puede acceder a lo publicado en el Portal del Cliente Bancario, disponible en el sitio web del Banco de España, en el siguiente enlace:

5.1.1 PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas.html>

Igualmente, podrá informarse en el portal de educación financiera lanzado por el Banco de España junto con la Comisión Nacional del Mercado de Valores: <http://www.finanzas-paratodos.es/es/economiavida/comprandovivienda/prestamohipotecario.html>.

a. Contratación

Las operaciones hipotecarias son aquellas operaciones de financiación que gozan, además de la responsabilidad personal del deudor con todo su patrimonio (establecida en el artículo 1911 del Código Civil), con una garantía especial, que consiste en la constitución de un derecho real, llamado hipoteca, sobre un bien inmueble (generalmente una vivienda) que suele ser propiedad del cliente.

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, entonces la entidad de crédito 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, tal venta no supone que se extinga la responsabilidad personal del deudor por el importe no pagado.

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 de la que no se ha dispuesto. Si la cuenta de crédito lleva aneja una garantía hipotecaria, estamos en presencia de un crédito hipotecario.
- 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.

Política comercial

Las entidades son libres para contratar las operaciones que les plantean en función del estudio —riguroso e individualizado— del riesgo del prestatario 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 po-

Aprobación

líticas crediticias¹. Estas políticas, 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.

Ahora bien, este Servicio entiende que, una vez que una entidad acepta las limitaciones (de garantía, de liquidez, de 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.

Igualmente, se considera, de acuerdo con las buenas prácticas y usos financieros, que la decisión debe adoptarse en un *plazo razonable*, acorde a las circunstancias concurrentes, comunicándose, en su caso, de forma fehaciente y sin demoras la *denegación* de la solicitud formulada a la parte interesada, para que, si lo considera oportuno, pueda recurrir a otra entidad en solicitud de apoyo financiero, y actuar de acuerdo con sus disponibilidades. Por lo dicho, no se considera acorde a 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 en función de las mismas.

En todo caso, debemos precisar que, una vez cumplida, por parte de la entidad de crédito, la 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, al pertenecer estas al ámbito operativo interno de la entidad.

Requisitos adicionales

No existe, en principio, limitación alguna a las condiciones 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 1.255 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 puede ser, por ejemplo, domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones, un producto de inversión o un seguro

1 Actualmente, la Circular Contable CBE 4/2004, de 22 de diciembre, a Entidades de Crédito, sobre Normas de información financiera pública y reservada, y modelo de estados financieros (BOE de 30) (Corrección de errores, BOE de 28 de junio de 2006), establece en su anejo IX, «Análisis y cobertura del riesgo de crédito», lo siguiente:

«1. Las entidades establecerán las políticas, métodos y procedimientos que aplicarán en la concesión, estudio y documentación de sus instrumentos de deuda, riesgos contingentes y compromisos contingentes (en adelante, operaciones), así como en la identificación de su deterioro y del cálculo de los importes necesarios para la cobertura de su riesgo de crédito [...].

Las políticas, métodos y procedimientos deberán:

[...]

c) *Detallar*, entre otras cuestiones:

(i) Los *criterios para la concesión de operaciones*, entre los que se incluirán cuestiones tales como los mercados, productos, tipo de clientela, etc., en los que se va a operar, así como los límites globales de los riesgos que se vayan a asumir para cada uno de ellos, y *los requisitos que deben cumplir los clientes y las garantías para concederles las operaciones*.

[...]

2. Las entidades deberán aplicar, en todo caso, los siguientes criterios:

a) *Pondrán el máximo cuidado y diligencia en el estudio riguroso e individualizado del riesgo de crédito de las operaciones, no solo en el momento de su concesión, sino también continuamente durante su vigencia [...].*

b) *Documentarán adecuadamente todas las operaciones [...], como mínimo: los contratos firmados con los clientes y, en su caso, garantes, debidamente verificados para comprobar que no presentan defectos jurídicos [...]; la información necesaria para poder determinar el valor razonable de las garantías que se hubiesen recibido, incluyendo las oportunas tasaciones [...]; e información económico-financiera que permita analizar la solvencia y capacidad de pago de los clientes y garantes».*

de unas determinadas características, aportar uno o varios fiadores, o que sean varios los prestatarios responsables del pago de las cuotas del préstamo.

En relación con los productos de inversión o de seguros, la competencia del Servicio 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 registran las entidades cuentan con el preceptivo consentimiento de su titular.

En consecuencia, las 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., y
- la comercialización de seguros —incluyendo la información previa, la formalización, interpretación o ejecución de contratos—, y de planes o fondos de pensiones,

son competencia, respectivamente, de los Servicios establecidos al efecto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSyFP), que, a estos efectos, tiene sus criterios publicados en el siguiente sitio web:

<http://www.dgsfp.meh.es/reclamaciones/criterios/servicioreclamacionescriteriosHI.asp>

Información previa (véase lo recogido en el punto 4.1.1.a)

Se reitera en este apartado que, a las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que velen tanto por sus intereses como por los de sus clientes, lo cual se traduce 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 puede llegar a ser muy largo, y que, durante la vida de una operación, puedan seguir comparando otras ofertas del mercado, por si, llegado el caso, les resultan interesantes; puedan cancelar la operación en vigor —con arreglo a las condiciones pactadas al efecto—, y concertar otra nueva, más ventajosa, con otra entidad.

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 valoración del inmueble ofrecido en garantía y/o la capacidad económica de los solicitantes y fiadores, 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.

Dicho esto, también es cierto que, una vez que la entidad efectúa las comprobaciones correspondientes, puede emitir una *oferta definitiva* con las condiciones financieras

aplicables a la operación —eliminando así futuros problemas que pudieran surgir de una negociación verbal—, bien sea a través de una «oferta vinculante» obligatoria (si la operación entra dentro de los límites cuantitativos y materiales de la Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de préstamos hipotecarios²), o bien mediante cualquier otro documento con el que informe a los solicitantes de las condiciones económicas a las que, durante el plazo que allí se recoja, y de acuerdo con la buena fe que debe presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, se compromete.

En este mismo sentido, está previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito —artículo 48.2.a, según la redacción dada al mismo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que «[l]a 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 modo que la futura Orden de transparencia que se dicte en cumplimiento de este mandato legal derogará el límite cuantitativo actualmente vigente a efectos de exigir de las entidades la emisión de una oferta vinculante reglada.

Asimismo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reconoce —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).

Los criterios antes expuestos 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.

Igualmente, a resultas de los mismos, se considerarán malas prácticas bancarias, entre otras:

- Que las entidades no puedan acreditar el cumplimiento adecuado del deber de información, por no constar este en soporte duradero, por no haber quedado constancia de su recepción por parte del cliente, o por no habérsela facilitado con antelación suficiente a la fecha de firma de la escritura.
- El cambio de las condiciones ofertadas durante la vigencia comprometida de las mismas, o sin avisar con antelación suficiente al momento de la firma.

2 Préstamos hipotecarios de importe igual o inferior a 150.253,03 euros o su equivalente en divisas, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física.

- Que las entidades creen expectativas de aprobación de las operaciones solicitadas o de aplicación de determinadas condiciones a las mismas que, luego, se vean injustificadamente defraudadas.

Tramitación

Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional, ya que la *inscripción registral* de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto la misma 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 de la carga que existiese 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 la misma.

Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar la entidad que va a gestionar la gestión administrativa de la operación³, 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, tendría que esperar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la correspondiente carga hipotecaria para que aquella ponga a su disposición los fondos prestados

Ahora bien, elegida la gestora por la entidad, a esta le incumbe una cierta responsabilidad por la actuación de la misma 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 usos bancarios, pues, como ha declarado repetidamente este Servicio, 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, 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 llevaron a cabo las mismas.

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

3 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 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 parte de 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—.

conceptos de gasto y procurando, además, que las provisiones requeridas a sus clientes se ajusten al máximo a la realidad, a fin de que conozcan con razonable aproximación la totalidad de cargas que deben asumir.

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

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

- Que las entidades no acrediten haber informado a sus clientes, previamente a su adeudo en cuenta:
 - 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 cuando el conocimiento por parte de la entidad fuera también posterior a la formalización de la operación. (Véase apartado Liquidación. Gastos).
- Que las entidades tampoco puedan acreditar el consentimiento de los clientes a su cargo, inicial o sobrevenido.
- Que sea elevado el porcentaje de desviación al alza del importe de provisión del que se ha informado inicialmente y se ha autorizado.
- Que las entidades se despreocupen completamente de las incidencias que puedan surgir por la actuación de las gestorías por ellas elegidas.

Tasación

El informe de tasación es el instrumento utilizado por las entidades prestatarias para calcular el importe del préstamo que pueden considerar garantizado con la hipoteca constituida sobre el inmueble tasado. Y ello teniendo en cuenta que la decisión, 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 solicitantes.

De conformidad con el artículo 3 bis I de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y no esté caducada, según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que, en ningún caso, podrá repercutir un 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 Servicio 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; es recomendable, así mismo, la indicación de que la realización de la tasación no conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, y que su negativa no conlleva la devolución de dichos gastos. En este caso, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que este pueda acudir, si lo desea, a otra entidad dentro del plazo de vigencia de aquel (seis meses desde su fecha de emisión⁴) en demanda del préstamo no concedido.

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 material, de velar no solo por sus propios intereses sino también por los de sus clientes, se considera una buena práctica bancaria que minimicen durante el análisis de la propuesta de riesgos los costes en que ha de incurrir el solicitante, posponiendo en lo posible la obtención de los informes más costosos, 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.

b. Notario

Elección

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 «adquiriente» de bienes o derechos vendidos o transmitidos onerosamente por quienes se dedican a ello habitualmente. 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, siempre que el notario que elija tenga 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 le ofrezca más garantía de imparcialidad 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 del mismo 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 a 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

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

modo especialmente legible [...] c) el derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor».

A la vista de lo anterior, este Servicio 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 bancarias 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, que estarían recogidos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (bien por tratarse de préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 150.253,03 euros, bien porque, al haber emitido una oferta vinculante de la operación, ha quedado obligada a formularla con los requisitos exigidos por la citada Orden).

En este sentido, el artículo 5.2 de dicha Orden establece que «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 documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7 (tres días hábiles anteriores a su otorgamiento), en el despacho del Notario autorizante».

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.3 de la mencionada Orden, «[e]n cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

[...]

6. Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras».

*Formalización de contratos
en escritura pública*

El artículo 1279 del Código Civil establece que «si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».

Por su parte, en general, la normativa de ordenación y disciplina bancaria no regula el tema, siendo una cuestión vinculada a la práctica bancaria e íntimamente relacionada con las exigencias del producto que se quiere contratar o las ventajas procesales que se pretenden obtener por el hecho de la intervención notarial.

Ahora bien, este Servicio interpreta que la exigencia de intervención notarial, determinada por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, para que la entidad prestamista en un proceso de subrogación pueda ejercer el

derecho de enervación, que obliga a manifestar ante notario, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante, así como la regulación del contenido de la escritura pública de novación en que se materialice la enervación ejercida, se traduce en la formalización de una escritura pública.

Cambio de titularidad

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 quien sea su dueño en cada momento.

c. Liquidación

En general, el cobro de cualquier comisión deberá ajustarse a los términos y condiciones en que se haya pactado el préstamo.

Comisiones

Comisión de apertura

La normativa de transparencia establece que *la comisión de apertura*, que se devengará una sola vez, *englobará 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. Además, para los préstamos denominados en divisas en que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, el prestatario sea una persona física, y el importe del préstamo sea inferior a 150.253,03 euros o su equivalente en divisas, *la comisión de apertura incluirá*, asimismo, cualquier *comisión por cambio de moneda* correspondiente al desembolso inicial del préstamo, añadiendo que, en estos casos, *se incluirán las comisiones de cambio máximas que pudieran resultar aplicables* (de conformidad con la norma tercera, apartado 1 bis, de la Circular de Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, referida a los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994).

Cuando se pacta una modificación de los términos del préstamo, es criterio del Servicio considerar que esta comisión solo puede aplicarse si se incrementa el capital inicialmente concedido y, únicamente, sobre el importe del principal ampliado, y no sobre el capital pendiente de amortizar, pues lo contrario supondría duplicar una comisión que ya se liquidó por el servicio de apertura con ocasión de la concesión del préstamo.

Comisión por emisión de un certificado preciso para el cumplimiento de una obligación legal derivada del artículo 82 de la Ley Hipotecaria o por la mera cancelación notarial de hipoteca

Esta 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 notarial de su hipoteca.

Para que exista derecho al cobro por este concepto, el Servicio de Reclamaciones 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), o
- el simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que, a esos efectos, indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria)⁵ para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

Comisión por preparación de la documentación para cancelación notarial de hipoteca

Además de lo comentado en el punto anterior, debe recordarse que los clientes pueden llevar a cabo por sí mismos los trámites necesarios para la cancelación registral de su hipoteca, por lo que esta comisión, en cuanto retribuye un servicio opcional, normalmente no viene recogida en las escrituras de préstamo hipotecario.

Dado que las entidades 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 —y de las que se le ha informado— por este concepto.

Comisión por cancelación (no subrogatoria)

a) Préstamos hipotecarios a interés variable.

- En los préstamos contratados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 —fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007⁶—, «la entidad acreedora no podrá percibir por *comisión de amortización anticipada no subrogatoria* más del 1 por 100 del capital que se amortiza, aunque estuviese pactada una comisión mayor⁷».
- En los préstamos o créditos hipotecarios formalizados con posterioridad a esta fecha, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física, o en los que sea un persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto sobre sociedades, no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial, sino únicamente el régimen de la compensación previsto en la citada Ley, y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada.

El régimen legal citado prevé dos clases de compensaciones, que se analizan en el punto siguiente.

b) Préstamos hipotecarios a interés fijo.

Al no serles de aplicación la Ley 2/1994, habrá que estar a lo pactado en el contrato.

⁵ Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

⁶ Por la que se modificó 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.

⁷ Disposición Adicional Primera de la Ley 2/1994, de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Tampoco sería de aplicación el límite máximo previsto por el Gobierno en 1996 para supuestos de cancelación anticipada del préstamo por subrogación, y que se analiza en el punto b) siguiente.

a) Préstamos hipotecarios a interés variable.

Hasta la nueva redacción dada por la Ley 41/2007 a la Ley 2/1994, esta contemplaba la posibilidad de que las entidades adeudaran a sus clientes, al asumir otra entidad la posición prestamista que hasta ese momento ostentaban, una comisión por la amortización anticipada del préstamo, siempre que así se hubiera pactado en el contrato y con los límites allí recogidos.

Dichos límites, dependiendo de la fecha en que estos préstamos se hayan concertado —y, a estos efectos, la fecha computable en los préstamos en los que se hubiera producido subrogación de deudor sería la de formalización del préstamo matriz y no la de subrogación—, oscilan entre un 1 % y un 0,5 %. Así:

- Para los concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003⁸, la máxima comisión que puede aplicarse será del 1 % sobre el capital pendiente de amortizar.
- No obstante, si la acreedora demostrara la existencia de un daño económico directo por este motivo, que no implique la sola pérdida de ganancias, podrá reclamarlo, debiendo el prestatario indemnizarla por el daño producido.
- Para los concertados a partir del 27 de abril de 2003, ese máximo se reduce al 0,5 %.
- Para los concertados a partir del 9 de diciembre de 2007⁹, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física, o en los que sea un persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto sobre sociedades, al igual que en las amortizaciones de préstamos no subrogatorias, no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial, sino únicamente el régimen de la compensación previsto en la citada Ley¹⁰, y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada. El citado régimen prevé dos tipos de compensaciones:
 - Compensación por desistimiento, que no podrá ser superior al 0,5 % del capital amortizado anticipadamente durante los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, ni del 0,25 % en el resto de los casos.
 - Compensación por riesgo de tipo de interés, que solo se puede aplicar, de estar pactada, a los préstamos y créditos con riesgo de tipo de

8 Fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2003, que posteriormente se tramitó como proyecto de ley y fue aprobado como Ley 36/2003.

9 Fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007. A los préstamos hipotecarios que no cumplan las condiciones de esta Ley, se les aplicará el régimen anterior (Real Decreto Ley 2/2003 y Ley 2/1994), que sigue vigente.

10 El legislador considera que la comisión de amortización anticipada no está ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad, por lo que el cambio de denominación se justifica por ser, el de compensación, más acorde con su naturaleza.

interés —es decir, fijos o con una periodicidad de revisión del tipo aplicable superior a la anual—, cuyo tipo de interés se encuentre, en el momento de la cancelación o subrogación, por encima del de mercado¹¹. En consecuencia, solo podrá adeudarse si la cancelación genera una pérdida de capital para la entidad, y podrá pactarse como un porcentaje fijo, o directamente como el importe que, en su caso, genere la pérdida, debiendo preverse, en este supuesto, la compensación simétrica al prestatario si se generara una ganancia de capital para la entidad.

En relación con esta última compensación, se ha constatado que es una práctica creciente el incluirlas en los préstamos hipotecarios concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007, aprovechando la modificación de sus condiciones, y generalmente en términos porcentuales (en torno al 5 %) y según el importe de la pérdida estimada. Este Servicio considera una mala práctica bancaria:

- Que, si esta modificación se ha recogido en contrato privado y, con posterioridad, una entidad pretende la subrogación del préstamo, esta se oponga a su pago, en perjuicio de su cliente, alegando que la citada compensación no es un gasto imputable a la subrogación. En estos casos, el Servicio considera que deben ser las entidades las que resuelvan sus diferencias, evitando que el cliente salga perjudicado, bien en vía judicial, tal como está previsto en la Ley 2/1994, o extrajudicial, a través de mecanismos para dirimir conflictos interbancarios.
- Que, cuando se liquide esta compensación, no se compruebe que su importe es inferior al de la pérdida estimada, calculada de acuerdo con los términos previstos en la Ley, y/o se liquide por un importe mayor.

b) Préstamos hipotecarios a interés fijo.

- Para los concertados con anterioridad a la Ley 41/2007, o con posterioridad a ella cuando la misma no les fuera aplicable:

Al no estar sujetos a la Ley 2/1994, la comisión por cancelación parcial o total anticipada subrogatoria aplicable será la que se haya pactado en los correspondientes contratos.

No obstante, en 1996, el Gobierno emitió una Declaración que alude a esta cuestión, recomendando que, en la subrogación de ciertos prés-

¹¹ Valor de mercado que 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. Este valor actual se calcula a un tipo de interés de actualización, que 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. Entre tanto no se lleve a cabo esta determinación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, la Ley dispone que el tipo de interés de referencia que se empleará para calcular si existe ganancia de capital, con independencia del plazo residual del préstamo o crédito hipotecario, será el tipo vigente de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública con vencimiento residual entre dos y seis años, regulado en la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de 5 de diciembre de 1989, que puede consultarse en la columna de la siguiente página web del Portal del Cliente Bancario del Banco de España: <http://www.bde.es/clientebanca/tipo/referencia/temas/tipos.htm>.

tamos hipotecarios, las entidades apliquen voluntariamente un límite del 2,5 % en la comisión por cancelación anticipada, cuando, en virtud de la misma, el tipo fijo se convierta en una fórmula de tipo variable de interés:

«El Gobierno, tras la consulta con la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y la Asociación Española de Banca Privada (AEB), considera que sería muy positivo que las entidades de crédito redujeran voluntariamente las comisiones por cancelación anticipada de los préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo, hasta un máximo del 2,5 % de capital pendiente de amortización, cuando, en virtud de una subrogación, dicho tipo fijo se convierta en una fórmula de tipo variable de interés. Este límite máximo del 2,5 % sería aplicable a la subrogación de préstamos hipotecarios cuyo importe inicial hubiera sido inferior a 40 millones de pesetas, rigiéndose en todo lo demás dichas subrogaciones por lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios».

- 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 descrito en el punto anterior.

Comisión por ingreso de cheque bancario entregado para ejecutar la subrogación

En el supuesto de que la entidad acreedora decidiera unilateralmente el ingreso en la cuenta del prestatario del cheque recibido, no resultarían de aplicación los límites sobre valoración establecidos para las operaciones bancarias, pues no podría considerarse como un abono en cuenta corriente. Además, tampoco sería de aplicación una comisión por este ingreso, pues la entidad no realiza ningún servicio de compensación a su cliente, sino que este servicio se lo presta a sí misma o en interés propio.

Comisión por emisión de un certificado de deuda en un proceso de subrogación

Dado que es un precepto normativo el que motiva su emisión, el cobro de una comisión por este concepto se consideraría contrario a las buenas prácticas bancarias.

Comisión por novación. Ampliación del plazo en préstamos a interés variable

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 las modificaciones pueden suponer para la entidad.

En los préstamos hipotecarios a interés variable, cuando la modificación solo se refiera a la ampliación del plazo del préstamo, la comisión está limitada al 0,1 % de la cifra de capital pendiente de amortizar.

Comisión por subrogación de deudor

Las entidades pueden pactar una comisión aplicable 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.

Gastos

Productos vinculados. Seguros

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 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,

	Caso 1	Caso 2	Caso 3	Caso 4
	Préstamos hipotecarios a tipo variable concertados con anterioridad al 27.4.2003	Préstamos hipotecarios a tipo variable concertados a partir del 27.4.2003 (a) [siempre que no estuvieran incluidos en el caso 4]	Préstamos hipotecarios a tipo fijo [siempre que no estuvieran incluidos en el caso 4]	Préstamos y créditos hipotecarios concertados a partir del 9.12.2007 con personas físicas sobre viviendas o con personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión (b)
Comisión por amortización anticipada subrogatoria	– 1% (o la comisión pactada, si es inferior) – No habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto si no se pactó esta comisión en el contrato	– 0,5% (o la comisión pactada, si es inferior) – No habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto si no se pactó esta comisión en el contrato	– 2,5% (o la comisión pactada, si es inferior)	0
Comisión por amortización anticipada no subrogatoria	– 1% (o la comisión pactada, si es inferior)	– 1% (o la comisión pactada, si es inferior)	– % pactado	0
Comisiones y compensaciones aplicables según la fecha de concertación de la operación	Compensación por desistimiento	0	0	– Dentro de los 5 primeros años del préstamo: 0,5% (o la compensación pactada, si es inferior) – Después: 0,25% (o la compensación pactada, si es inferior)
	Compensación por riesgo de tipo de interés	0	0	– Dentro de un período de revisión de tipos inferior a 12 meses: 0 – Si se produce ganancia de capital para la entidad (c): 0 – Si existe pérdida de capital y el período de revisión es superior al año: % pactado o importe de la pérdida de capital

FUENTE: Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

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

su anulación por presunta falta de pago de la prima¹²—con los negativos efectos que conlleva para el prestatario de la entidad de crédito, además de asegurado «forzoso» de una compañía de su grupo—) sean cuestiones ajenas, que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

Por el contrario, este Servicio de Reclamaciones considera que, en estos casos, las entidades deben velar especialmente porque sus clientes estén adecuadamente informados

¹² 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.

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 de 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 este tiempo como primer beneficiario de la cobertura, pese a que se habían extinguido sus derechos y obligaciones como acreditante, sin advertir de estas circunstancias a su cliente.

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 el mismo de pactos de igualación de rango o de afianzamientos.

En este caso, nos encontramos ante gastos no conocidos —y, por tanto, de los que no se ha informado— al inicio de la operación, de los que se tiene noticia con posterioridad a su formalización. Por ello, este Servicio 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 cualquier cantidad e intentando llegar a un acuerdo intermedio satisfactorio para ambas partes. En todo caso, se considera contrario a las buenas prácticas el adeudo automático del impuesto en la cuenta del cliente.

Intereses

La normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito, y establece que, en todo caso, la información relativa al tipo de interés aplicable a los préstamos hipotecarios deberá incluir, al menos:

- El tipo de interés nominal.
- 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. No será necesario incluir dicha información cuando se adjunte el correspondiente cuadro de amortización.
- El coste efectivo de la operación (TAE).

En los préstamos hipotecarios en los que el interés pactado sea variable, normalmente el tipo a aplicar se obtendrá añadiendo a un índice de referencia un determinado margen o porcentaje. Estos tipos de referencia pueden ser publicados por entidades privadas o públicas. Sin embargo, dado que las entidades no podrán usar (en la revisión de presta-

mos hipotecarios concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebase los 150.253,03 euros) los que dependen exclusivamente de ellas mismas y no se puedan agregar objetivamente, lo más habitual es que se utilicen los tipos de interés de referencia oficial¹³, publicados mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y difundidos por el Banco de España.

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 que puedan surgir al respecto puedan ser resueltas por este Servicio de Reclamaciones, sino, en última instancia, por los tribunales de justicia. No obstante, este Servicio de Reclamaciones ha venido considerando que, cuando las cláusulas pactadas hagan referencia a uno de los índices de referencia oficial, 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 revisión¹⁴, 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.

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.

A este respecto, debe aclararse, dado el número de reclamaciones recibidas por este motivo, que el adelanto de la publicación del EURIBOR a los primeros días de cada mes, efectuado en enero de 2009, no altera *el alcance de los acuerdos pactados*.

Por otra parte, se admite como una práctica consolidada que, a falta de precisión contractual, la consideración de los meses a los que se hace mención en las cláusulas de revisión se refiera a meses naturales y no de fecha a fecha, insistiendo, no obstante, en la necesidad de fijar con claridad estos términos en las escrituras.

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

13 Los tipos de interés de referencia oficial son:

- Referencia interbancaria a un año (EURIBOR).
- Tipo interbancario a un año (MIBOR), exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000.
- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, concedidos por los bancos.
- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, concedidos por las cajas.
- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, concedidos por el conjunto de entidades.
- Tipo activo de referencia de las cajas (indicador CECA, tipo activo).
- Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

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

es que este conozca y acepte el criterio que se ha de aplicar, bien por estar recogido en la escritura, bien, en caso contrario, por haber informado sobre él 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.

La casuística presentada es 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 —que suele ser lo más habitual—, o
- 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 de cada período —mensual—. Mediante la suma de ambos importes, se determinará la cuota periódica que hay que pagar mensualmente, que resultará variable para cada pago.

– Préstamos en progresión geométrica

En este tipo de préstamos, suele pactarse que, partiendo de un determinado tipo de interés para toda la vida de la operación, las cuotas de amortización aplicables serán crecientes en una determinada progresión periódica —normalmente anual—.

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 este Servicio, ni se ha acreditado al Servicio que haya sido explicada a su cliente antes de la formalización. Únicamente se ha podido constatar que el contrato no podía ser ejecutado en los estrictos términos en que fue firmado, difiriendo sustancialmente de las expectativas de los clientes, y generando efectos no previstos en el contrato.

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 explicaran detalladamente a sus clientes (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, este Servicio ha transmitido a las entidades, directamente 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, dadas las características de la operación y las deficiencias informativas detectadas, debería ser la propia entidad la que asumiera los costes derivados de una posible novación de la escritura de préstamo (si finalmente los clientes optasen por el sistema de amortización francés de cuota anual constante).

Por último, aclarar que estas conclusiones nada obstan a la responsabilidad que asume el cliente al contratar este tipo de productos, que son financieramente neutros a su vencimiento y, en escenarios de tipos bajistas, ilusoriamente «beneficiosos».

Intereses tras una amortización anticipada

En estos casos, y salvo otro tipo de pacto, los intereses de la cuota que vence inmediatamente después de la amortización anticipada se calculan sumando:

- a) 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 inicio y la fecha de la amortización anticipada, más
- b) 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).

En consecuencia, con carácter general, puede concluirse que la amortización parcial anticipada realizada en un período con una duración de 31 días —todos aquellos en los que el mes de inicio del período de cómputo sea de 31 días— tiene un efecto negativo en perjuicio del prestatario, de modo que este resulta penalizado y paga más intereses en la cuota que vence inmediatamente después de la amortización parcial anticipada que los que hubiera pagado si no se hubiera efectuado esa amortización anticipada. Dicho efecto es beneficioso para el prestatario cuando la amortización parcial anticipada se realiza en períodos con duración inferior a 31 días.

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, se considera una 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.

Véase apartado 5.1.2, «Cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés».

Año comercial-año civil

Aunque esta cuestión suele tener más incidencia en productos de pasivo, no son infrecuentes los casos en los que se cuestiona su aplicación en los préstamos hipotecarios. El criterio mantenido por el Servicio es el siguiente:

«[...] el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un “uso bancario”, establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (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 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 constituye un auténtico uso bancario».

Debemos advertir, 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 carece 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 alcance de las cláusulas de los contratos».

En cualquier caso, hay un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican el año natural en el numerador y el comercial en el denominador, o 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 la misma y tipo de interés aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo.

Redondeo

Hasta el 24 de noviembre de 2002 (fecha de la entrada en vigor de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, 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 aplicable¹⁵. 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 calificaron de abusivas las «estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva» (art. 7 bis), deviniendo nulas de pleno derecho a partir del 1 de marzo de 2007 —fecha máxima para adaptar los contratos de los consumidores a la citada Ley—.

Las reclamaciones que se atienden desde entonces sobre el particular denuncian que las entidades continúan aplicando la controvertida cláusula, sin tener en cuenta lo estableci-

¹⁵ 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.

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 supervisada por el Banco de España —como señala la propia Ley—, corresponde a las autoridades competentes en esta materia. Igualmente, es a los jueces y tribunales de justicia a quienes compete en exclusiva pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula controvertida y sobre los efectos derivados de tal nulidad.

Sin perjuicio de lo dicho, este Servicio 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 para el 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.

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, no pudiendo este Servicio de Reclamaciones emitir pronunciamiento alguno en relación con la controvertida cláusula del redondeo. En todo caso, si la mercantil reclamante estimase que la cláusula de redondeo al alza fuera abusiva (y que, en consecuencia, debería declararse su nulidad), debe acudir a los jueces y tribunales de justicia, al ser dicha declaración materia privativa de su competencia.

*Amortización anticipada del préstamo
con el seguro contratado a tal fin*

En principio, y a salvo de 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.

No obstante lo anterior, cuando se denunciaran demoras en el pago de la indemnización pactada, con la pretensión de retroceder los intereses devengados, habría que analizar, en primer lugar, cuál fue la responsabilidad de la entidad en estos hechos. Si quedara fuera de discusión, parecería lógico entender que ha estado financiando el capital prestado hasta ese momento, por lo que no procedería la devolución de los intereses devengados, pues estos son la remuneración de un capital del que efectivamente ha dispuesto el prestatario. Dicho esto, no competiría a este Servicio determinar quién debería ser el responsable último de los pagos efectuados, debiendo sustanciarse esta cuestión, si se estima conveniente, ante los órganos judiciales oportunos.

Cancelación

Para que esta sea válida, es decir, para que la obligación primitiva quede extinguida mediante la transmisión del inmueble que sirve de garantía al préstamo, es preciso:

Dación en pago

- 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». El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2002, además de en otras, ha establecido que «esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial 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». Cuestión esta que, dado que supone una modificación de las condiciones pactadas para el préstamo hipotecario, se enmarca en la política comercial y de asunción de riesgos de la entidad de crédito, por lo que su fiscalización excede de las competencias del Servicio de Reclamaciones.

- La entrega del objeto de la nueva 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.

Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas

En el supuesto de existencia de varios préstamos y/o créditos 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 esos préstamos y/o créditos.

A falta de previsiones contractuales, la multiplicidad de deudas a cargo del deudor puede dar lugar a equívocos¹⁶ 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* —«[s]i 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 supues-

16 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.

to, 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—.

Pago mediante transferencia

Es habitual que los reclamantes consideren que su voluntad de cancelar queda en evidencia cuando, al tiempo de ordenar transferencias desde otras entidades, para su abono en sus propias cuentas, hacen constar en las propias órdenes la instrucción de pago.

No obstante, en estos casos resulta imprescindible que la entidad cuente con las instrucciones escritas de su cliente para poder materializar la amortización, pues, si bien es una muy buena práctica bancaria que la entidad se interese por la orden que recoge la transferencia, el concepto de la transferencia no puede suplir las instrucciones escritas, ya que la finalidad de que en las transferencias aparezca un concepto no es impartir instrucciones a la entidad en la que está abierta la cuenta en la que los fondos se abonan, sino que tal concepto va dirigido al beneficiario de la transferencia, para que este conozca la procedencia de los fondos.

d. Subrogación por cambio de deudor

Con este término, 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 contraídas por aquel.

Información de las condiciones

En estos casos, las entidades no tienen legalmente 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 recae en el deudor original. En este sentido, la normativa de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 150.253,02 euros, establece expresamente 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 a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas¹⁷, en los préstamos otorgados a constructores o promotores inmobiliarios en los que se prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas, deben incluirse cláusulas financieras con contenido similar al que se exige para los préstamos regulados por la Orden.

No obstante lo anterior, este Servicio considera que, en aquellos casos en los que *la entidad intervenga en el otorgamiento de la escritura* de compraventa con subrogación (para admitir la misma de forma expresa y, en su caso, para novar las condiciones del préstamo), resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación con-

17 – Prohíbe que la oferta, promoción y publicidad dirigidas por el promotor a la venta induzcan o puedan 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 las mismas (art. 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 y responsabilidad hipotecaria de cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (art. 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 (art. 9.º).

tenga la máxima información posible, y de que no contenga incorrecciones u omite 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.

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 toda la información necesaria para el cálculo del coste real de la operación, a fin de que el cliente pueda elegir libremente subrogarse en la misma o buscar otra alternativa en el mercado. Y esta obligación es tanto más exigible en aquellos casos en los que el apoderado de la entidad que firma el documento de promoción sea uno de los que más tarde van a intervenir, en idéntica condición, en la formalización de la escritura de compraventa con subrogación y, en su caso, ampliación y modificación de hipoteca, ya que, si bien la entidad tiene la potestad de admitir o no la subrogación del deudor hipotecario, este tiene el derecho de conocer las condiciones íntegras de la deuda cuya devolución va a asumir.

Hipoteca del promotor

A partir del 1 de marzo de 2007, dos meses después de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, los contratos con los consumidores no pueden incorporar cláusulas declaradas como abusivas por esta Ley, entre las que se encuentra la que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación, estableciendo igualmente que, en estos casos, los gastos de cancelación corresponden al empresario.

e. Subrogación por cambio de acreedor (Ley 2/1994)

Con este término, se identifican a las operaciones de cambio de entidad acreedora en préstamos hipotecarios, realizadas por voluntad del deudor-prestatario —sin precisar, por tanto, el consentimiento de la entidad acreedora— y acompañadas del pago del débito pendiente al acreedor primitivo.

Concepto y regulación

La finalidad perseguida por el legislador al desarrollar esta figura, a través de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (modificada, en último término, por la Ley 41/2007), era la de hacer viable económicamente el derecho de los ciudadanos de mejorar las condiciones de tipo de interés (de los préstamos contratados con anterioridad a la bajada de tipos experimentada en el mercado, sin necesidad de cancelarlos y formalizar otros nuevos), tanto ordinario como de demora, o de plazo (tras la publicación de la Ley 36/2003¹⁸, que daba nueva redacción al n.º 2 del artículo 5 de la Ley 2/1994). Con la nueva redacción de la Ley dada por la 44/2007, de 7 de diciembre, la escritura de subrogación, aparte de la modificación del plazo y la mejora de las condiciones de tipo de interés, también puede recoger cualquier modificación de las condiciones financieras allí pactadas.

En líneas generales, el procedimiento que hay que seguir en estos casos exige:

- a) En primer lugar, que la nueva entidad presente al deudor una oferta vinculante en la que consten las condiciones financieras del nuevo préstamo.

¹⁸ Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

- b) Aceptada la oferta, que la entidad notifique por conducto notarial a la acreedora original su disposición a subrogarse, requiriéndola para que, en un máximo de 7 días naturales, le entregue certificación del importe debido (capital pendiente e intereses y comisiones devengadas y no satisfechas).
- c) De no ejercer esta última su derecho a enervar (véase punto siguiente), la subrogación surtirá efectos:
- Tras pagar la deuda acreditada. Se debe incluir en la misma escritura de subrogación una declaración de la entidad subrogada al respecto, así como un resguardo con la operación bancaria realizada para tal finalidad.
 - Mediante depósito de la cantidad estimada en la notaría, en el caso de falta de entrega del certificado de deuda por parte de la entidad acreedora original. La entidad subrogada la calculará bajo su responsabilidad, y, asumiendo las consecuencias de su error —que no será repercutible al deudor—, depositará dicha suma en poder del notario autorizante, a disposición de la acreedora original.

El notario notificará de oficio a la acreedora, que puede alegar error por el mismo conducto, dentro de los 8 días siguientes. En ese caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta sus efectos, el juez citará a las partes en un plazo de 8 días y resolverá en uno posterior de 3 días.

Derecho a enervar

La Ley 41/2007 ya citada, al dar nueva redacción al artículo 2 de la Ley 2/1994 que lo regula, ratifica el derecho del primitivo acreedor a continuar siéndolo si, ante una oferta de subrogación presentada por otra entidad, modifica las condiciones financieras del préstamo en los términos deseados por el deudor, siempre que mejoren o igualen los ofertados por la otra entidad. En todo caso, podrán añadirse a estas modificaciones (de interés y/o plazo) tanto la ampliación o reducción de capital como la prestación o modificación de las garantías personales y el método o sistema de amortización, y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.

Para ejercer este derecho, la acreedora tendrá un plazo de 15 días naturales desde que la entidad le comunica vía notarial su deseo de subrogarse, y ante el mismo notario deberá 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.

A este respecto, y dado que la Ley no establece ni unos criterios de homogeneización ni las condiciones necesarias para que la comparación pueda realizarse de manera objetiva e inequívoca, el Servicio de Reclamaciones entiende que la mejora debe afectar a todas y cada una de las condiciones contenidas en la oferta vinculante de la entidad que pretende la subrogación, salvo que, existiendo condiciones tanto favorables como adversas, todas ellas en conjunto sean aceptadas, de manera expresa, como más favorables por el prestatario. A estos efectos, la entidad acreedora original debe entregar a su cliente una contraoferta en la que detalle y explique, en términos claros y fácilmente comprensibles, las condiciones ofertadas.

Igualmente, este Servicio considera que, cuando la entidad hace uso de su derecho a enervar, formulando un compromiso vinculante de modificación del préstamo de su cliente, no puede incumplirlo injustificadamente.

Desde un punto de vista financiero, tampoco es indiferente para el cliente la fecha de aplicación de las nuevas condiciones derivadas de la enervación, si bien la normativa en vigor no establece un plazo para llevar a cabo la novación. No obstante, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, este Servicio entiende que la mejora en las condiciones debe ser aplicada lo antes posible, sin demoras injustificadas, y, en todo caso, no más tarde del momento en el que hubiera tenido efecto, de haberse producido, la subrogación enervada.

Concurrencia de dos acreedores

El Servicio de Reclamaciones considera contrario a las buenas prácticas bancarias provocar situaciones en las que el cliente se vea obligado a pagar intereses a las dos entidades (acreedora original y subrogada) por un mismo préstamo. En este sentido, se estima que la fecha de otorgamiento de la escritura de subrogación opera como el punto de inflexión que marca la extinción de un derecho de crédito y el nacimiento de otro nuevo, con todas las consecuencias jurídicas que implica este cambio. Por tanto, debe entenderse que, desde el momento en que ha quedado acreditado el pago a la entidad primitiva (en la propia escritura de subrogación o mediante depósito notarial a su disposición), la subrogación surte todos sus efectos, sustituyéndose un acreedor por otro.

Igualmente, se considera que, en estos casos, las dos entidades deberán observar una especial diligencia y colaboración en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones (acompañadas de la celeridad que aconseja este tipo de operaciones), con el fin de que la subrogación concluya sin incidencias ni demoras que ocasionen perjuicios a los interesados (Preámbulo de la Ley 2/1994).

Pago mediante transferencia

Con carácter general, y tal como se ha señalado en el apartado «Cancelación. Pago mediante transferencia», la finalidad del concepto que figura en una orden de transferencia no es impartir instrucciones a la entidad en la que está abierta la cuenta en la que los fondos se abonan, sino informar al beneficiario de la transferencia sobre la procedencia de los fondos y, en su caso, del destino que su ordenante pretende dar a los mismos.

Ahora bien, el uso de transferencias ordinarias en un procedimiento de subrogación de acreedor de préstamos hipotecarios de la Ley 2/1994, si bien es perfectamente válido, requiere que la entidad que transfiere los fondos informe correctamente a su cliente para que este se ponga en contacto con su prestamista, a fin de darle expresa y personalmente a esta las instrucciones de cancelación oportunas, pues, en caso contrario, en el prestatario se podrían generar unas expectativas sobre el buen fin de la operación de cancelación del préstamo original que no se corresponden con la realidad.

Por este motivo, el Servicio de Reclamaciones ha sido bastante crítico con el uso de este tipo de transferencias, ya que, siendo lo que subyace un pago de una entidad acreedora a otra, el mecanismo más adecuado en estos casos es que los fondos se abonen en una cuenta abierta en la entidad prestamista para que proceda inmediatamente a su cancelación, existiendo, a estos efectos, un procedimiento operativo normalizado interbancariamente, que consiste en una cumplimentación de una OMF, junto con un mensaje SWIFT¹⁹.

Subrogación de créditos hipotecarios

Tras las modificaciones registradas en la Ley 2/1994 con la entrada en vigor de la Ley 41/2007, varias han sido las resoluciones administrativas que se han pronunciado expresamente acerca del alcance de la primera norma, ya que, si bien su ámbito de aplicación

¹⁹ Que utiliza un código especial en uno de sus campos (el código CORT en el campo 23E), que sirve a la entidad receptora para diferenciar este tipo de operaciones.

no fue modificado literalmente, de la lectura de otros artículos de esta Ley, así como del preámbulo de la última de las citadas, surgieron dudas, entre las entidades y su propia clientela, acerca de la posibilidad de que la subrogación especial de préstamos hipotecarios fuera también extensible a los créditos hipotecarios.

Así las cosas, este Servicio de Reclamaciones, que hasta esa fecha mantenía una opinión contraria a esta posibilidad, de acuerdo con lo dispuesto expresamente en la Ley 2/1994, modificó su criterio, en línea con el expresado por la Dirección General de Registros y del Notariado, en cuanto a que las entidades no pueden negarse a la solicitud de subrogación de créditos hipotecarios, de conformidad con el procedimiento y los beneficios previstos en la Ley 2/1994, interesada por sus clientes, si bien con la advertencia a los interesados de que, en estos casos, la Agencia Estatal Tributaria no comparte el mismo y, por tanto, no admite la aplicación de los beneficios fiscales previstos en esa norma.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 716/2009, este Servicio se reafirmó en esa opinión, al prever la disposición adicional segunda de dicho Real Decreto:

«Ejercicio de la subrogación y del derecho a enervar.

2. La entidad acreedora que ejerza su derecho a enervar la subrogación en los supuestos en que el deudor subrogue a otra entidad financiera, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos o créditos hipotecarios, deberá comparecer por medio de apoderado de la misma ante el notario que haya efectuado la notificación a que se refiere el artículo citado, manifestando, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo o crédito que igualen o mejoren la oferta vinculante. A tal efecto, la entidad acreedora deberá trasladar, en el plazo de 10 días hábiles, por escrito al deudor una oferta vinculante, en los términos previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos o créditos hipotecarios, en la que, bien iguale en sus términos las condiciones financieras de la otra entidad, o bien mejore las condiciones de la oferta vinculante de la otra entidad».

Queda claro, por tanto, que procedería la aplicación al crédito de los límites ya vistos aplicables para las comisiones por amortizaciones anticipadas subrogatorias de préstamos hipotecarios a tipo variable.

5.1.2 CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS

Estas cláusulas, por las que se limita la variación del tipo de interés —lo que vulgarmente se denomina «suelo y techo»—, son muy habituales en los préstamos hipotecarios, estando incluso previstas expresamente en la normativa de transparencia que regula la información que deben incorporar aquellos que, por su finalidad e importe, merecen una mayor protección —préstamos sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 150.253 euros—²⁰.

El Servicio de Reclamaciones considera, pues, que dicha limitación es aplicable siempre que resulte de un acuerdo expreso entre las partes, y se encuentre debidamente recogido

²⁰ Véase, a estos efectos, el anejo II, cláusula 3.ª bis, de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE del 11); <http://wwwa.bde.es/clf/leyes.jsp?id=10757>.

da en el contrato, si bien entiende que las entidades deben poder acreditar que los clientes conocían su existencia con anterioridad a la firma de los documentos contractuales.

Este Servicio, cuando atiende las reclamaciones que sobre materias de su competencia le presentan los clientes de las entidades sujetas a la supervisión del Banco de España, estudia el asunto que se expone, recaba información al respecto de la entidad objeto de la reclamación, y emite un informe al reclamante, ciñéndose exclusivamente a la documentación aportada al expediente. En consecuencia, cuando ambas partes mantienen versiones distintas acerca de lo sucedido, sin respaldo documental suficiente, este Servicio de Reclamaciones no puede hacer prevalecer una versión en detrimento de la otra, debiendo los interesados someter su controversia, en su caso, y de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia, únicos que, mediante la práctica de las pruebas que estimen oportunas, pueden determinar, sin ningún género de duda, cómo acaecieron los hechos y establecer las consecuencias que de los mismos deban derivarse para los interesados.

La exigencia de este conocimiento previo por parte de los clientes, según considera este Servicio, se incardina en la transparencia y la claridad que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, y que exigen que estos conozcan con suficiente antelación las condiciones a las que se van a obligar antes de formalizar los correspondientes contratos, ya que, de conformidad con lo dispuesto 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 al tenor de los mismos». Criterio que, para eliminar posibles problemas derivados de una negociación verbal, es el que contempla la propia normativa de transparencia antes citada, al exigir que se incorporen estas cláusulas en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes de préstamos hipotecarios de cuantía igual o inferior a 150.253,03 euros, y que este Servicio hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios, cualesquiera que sean su importe y la forma cómo se facilita esa información.

A lo anterior, debe añadirse que, cuando las entidades forman parte de la escritura en la que sus clientes se subrogan en un préstamo hipotecario preexistente, o cuando formalizan con los nuevos deudores un acuerdo modificativo de las condiciones de interés preexistentes, y con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes —la del comprador, de velar por sus propios intereses informándose de cuanto le pueda afectar; la del vendedor, de facilitar, a instancias del comprador, copia de la primera escritura²¹; y la del notario, de conformidad a lo dispuesto en la normativa notarial (Norma sexta de

21 Las entidades financieras, tal como se ha expuesto en el apartado «Contratación. Información previa», no están legalmente obligadas a facilitar a los compradores de vivienda subrogados en el préstamo hipotecario concedido al vendedor (promotor o constructor) la información completa de las condiciones financieras del préstamo en el que se subrogan, ya que el legislador considera que esta obligación debe recaer en este último. Así, el Real Decreto 515/1989, sobre «Protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas»:

- prohíbe que la oferta, promoción y publicidad dirigidas por el promotor a la venta induzcan o puedan inducir a error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, por lo que no se podrán silenciar datos fundamentales de los objetos de la misma (art. 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 y responsabilidad hipotecaria de cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (art. 6.º 4), y
- regula el «derecho» de todo adquirente, a la firma del contrato, a recibir, a costa del vendedor, copia de los documentos referidos anteriormente (art. 9.º).

la Circular 8/1990, de 7 de septiembre)—, de informar al nuevo deudor, previamente a la firma de la operación y con todo detalle, de todas las condiciones que van a regir desde ese momento la operación que formaliza.

Y, en este sentido, la experiencia acumulada por el Servicio de Reclamaciones no puede llevarle a aceptar como *única prueba* de que esta información ha sido dada el que el notario actuante en la escritura de subrogación manifieste expresamente que *no existen discrepancias entre las condiciones financieras contenidas en la oferta vinculante exhibida por el prestatario y las cláusulas financieras pactadas en la escritura*, aun cuando, además, expresamente informe en ese acto al prestatario de la existencia de esta cláusula limitativa de las variaciones de tipo de interés, pues no han sido pocas las ocasiones en las que se han detectado ofertas vinculantes firmadas en la misma fecha de formalización del préstamo en escritura o incluso sin firmar.

Como excepción a lo dicho hasta aquí, este Servicio considera que el nuevo deudor que lo fuera en su cualidad de socio de la cooperativa promotora de la vivienda objeto de reclamación, y, por tanto, prestataria del préstamo promotor en el que sí figuraban detalladas todas las condiciones inherentes al préstamo que es objeto de subrogación y novación, incluida la controvertida *cláusula suelo*, ya pudo conocer dichas condiciones con anterioridad a la firma de la escritura de subrogación.

Por último, este Servicio considera que idéntica exigencia informativa descrita ut supra ha de extenderse a los casos en los que se acuerda bonificar a los clientes el tipo de interés aplicable si cumplen una serie de condiciones o requisitos, pues, en la mayoría de ellos, la existencia de una cláusula suelo podría hacer prácticamente inoperativa la aplicación de las bonificaciones pactadas —si el tipo de referencia aplicable estuviera por debajo o ligeramente por encima del suelo pactado—, aunque se hubieran cumplido todas las condiciones exigidas a tal fin o se hubieran contratado todos los productos que se señalan necesarios para ello.

5.1.3 INSTRUMENTOS DE COBERTURA DEL RIESGO DE TIPO DE INTERÉS

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 Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Aunque, aisladamente considerados, estos instrumentos financieros entrarían dentro de las competencias de la CNMV, no obstante, en la medida en que existe una vinculación entre ellos y un producto o productos bancarios concretos, y son, por tanto, productos accesorios de estos, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España resulta 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 elementos esenciales de los contratos u otros elementos de juicio existentes que permitan determinarla.

A estos efectos, nos remitimos al documento acordado por el Banco de España y la CNMV sobre «Delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura», al que se puede acceder a través del sitio web del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

En los casos en que no hubiera habido dicha vinculación entre el producto bancario y el de cobertura, correspondería a la CNMV la resolución de las reclamaciones planteadas sobre dicho tipo de instrumentos, a los que les serían de aplicación las normas de conducta Mifid referidas en la Ley del Mercado de Valores y normas de desarrollo.

En todos los supuestos en los que exista la vinculación del derivado financiero con un producto o productos bancarios concretos, el Banco de España únicamente puede exigir, en su comercialización, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa bancaria dictada en aplicación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito, que exige a las entidades de crédito determinados requisitos en cuanto a la documentación que debe entregar al cliente.

Base normativa

El Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, posteriormente transformado en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, en su artículo 19, estableció la obligación de las entidades de crédito de «informar a sus deudores 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 tuvieran 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 subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Con esta base normativa, cabe presumir que las entidades que aún no lo hacían comenzaron a informar de estos productos a su clientela bancaria titular de endeudamiento financiero, de carácter hipotecario o no, y, en algunos casos, aplicaron criterios similares a los contenidos en la Ley a todo tipo de productos de financiación. Sin embargo, no es hasta los años 2007 y 2008 cuando se produce una comercialización significativa de este tipo de productos, coincidiendo con la evolución alcista de los tipos de interés durante este período. Ello ha tenido una repercusión en las reclamaciones recibidas sobre esta materia en el Servicio de Reclamaciones, habiendo tenido su punto álgido, en cuanto a volumen de reclamaciones sobre la cuestión, a lo largo del ejercicio 2010.

Clases de coberturas

Los instrumentos de cobertura 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:

- Los 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.

- Los SWAPS 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 no conlleva el pago de prima, pero no permite beneficiarse de la bajada de los tipos.
- Los 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 a pagar siempre va a ser igual o inferior al tipo CAP e igual o superior al tipo FLOOR. En estos casos, suele compensarse la prima a cobrar por la entidad con la que le correspondería pagar al cliente por la compra del FLOOR. Permiten beneficiarse de cierta bajada de los tipos de interés, hasta el límite impuesto por este último.

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. Cuando dichos productos son contratados de forma independiente, sin que exista vinculación con otro producto bancario, entran dentro de las competencias de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En la medida en que pueda determinarse la existencia de dicha vinculación con un producto bancario, entran dentro de las competencias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

- a. Criterios de transparencia aplicados por el Servicio de Reclamaciones en la resolución de reclamaciones referidas a este tipo de productos

Sobre la base normativa antes citada, el Servicio de Reclamaciones ha emitido sus pronunciamientos referidos a la transparencia, si bien teniendo en cuenta que el mismo solo puede emitir sus pronunciamientos sobre aquellas cuestiones que se someten a su conocimiento y que cuentan 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

Se aprecia una deficiente comercialización del producto cuando se aportan evidencias documentales que acreditan que la información suministrada durante la comercialización del producto fue deficiente, entre otras causas, por no ajustarse a la realidad del mismo, por ser dicha información insuficiente, por impedir que el cliente realizara una valoración correcta del producto... Dichas evidencias pueden consistir en correos electrónicos con información confusa o errónea, locuciones telefónicas grabadas donde se aprecie una deficiente información, etc.

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 del ofrecimiento del instrumento de cobertura —con descripción de sus características— en la oferta vinculante, o documento similar que le haya entregado la entidad con las condiciones financieras del préstamo, en función de la obligación legal impues-

ta por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, en su artículo decimonoveno²². El Servicio de Reclamaciones, además, viene considerando que, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este requerimiento de entrega de oferta vinculante o documento análogo debe extenderse a todas aquellas ofertas de condiciones financieras que las entidades deben entregar a sus clientes, aunque no exista la obligación legal que establece la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de entrega de la «oferta vinculante», por tratarse de préstamos de importe superior a 150.000 euros.

Se considera que la falta de aportación de dicho documento o la no inclusión, comprobada, de dicha información en el mismo respaldan la versión del reclamante e implican una falta de transparencia informativa para con su cliente, considerada por este Servicio como contraria a las buenas prácticas bancarias, ya que le impide comprobar que la entidad ofreció a su cliente los instrumentos de cobertura disponibles en dicho momento, a fin de que este pudiera elegir el que más convenía a sus intereses.

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 la misma a las condiciones generales —por ejemplo, recogidas en el Contrato Marco de Operaciones Financieras—, debe acreditar haber entregado a su cliente dicho contrato, mediante la firma del mismo.

No se considera mala práctica el hecho de que el documento de permuta financiera esté firmado por uno solo de los titulares del préstamo, aunque figure dicho documento a nombre de más titulares, ya que, si bien ello supone una irregularidad formal, no invalida el contrato, teniendo como único efecto no generar obligaciones sobre la parte que no ha firmado el mismo. No es competente el Servicio para pronunciarse acerca de la nulidad del contrato, en el caso de que esta fuera invocada por el reclamante, por lo que se remite la cuestión a los tribunales de justicia.

Documentos de liquidación

En cuanto a los documentos de entrega de liquidación del producto de cobertura, así como el de cancelación anticipada del mismo, se hacen extensivos, en la medida de lo posible, los requisitos mínimos de información que la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de las entidades de crédito, establece para la entrega de documentos de liquidación de operaciones, debiendo hacer constar en los mismos: i) el nominal de la permuta; ii) los tipos de liquidación del cargo y abono y el tipo de referencia utilizado en el mismo, y iii) el período de liquidación.

22 De acuerdo con el mismo:

«1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. 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.

Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura 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, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios».

En el caso de haber llevado a cabo la cancelación anticipada, la entidad debe 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 parte del cliente ni por el Servicio de Reclamaciones 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 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 el que solicita la resolución del contrato. En estos casos, el Servicio viene considerando como falta de transparencia no haber realizado una liquidación de la primera permuta, aunque luego la entidad decidiera no repercutirla al cliente. También se han visto casos en los que, presumiblemente, la liquidación podría 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.

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

Para considerar si los productos contratados son adecuados a los objetivos perseguidos por la normativa que ha servido de base para la comercialización de productos derivados como instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés, 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 existiese dicho límite.

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, este Servicio entiende 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.

5.2 Operaciones de pasivo. Fondos depositados en las entidades

Para conocer qué son y cómo funcionan los depósitos bancarios, se puede acceder a lo publicado en el Portal del Cliente Bancario que se encuentra accesible en el sitio web del Banco de España, en el siguiente enlace:

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/depositos.htm>.

No obstante, a lo largo de este capítulo se profundizará en aquellos temas que son recurrentemente objeto de reclamación y que, a juicio de este Servicio, precisan de un desarrollo adicional.

5.2.1 DEPÓSITOS A LA VISTA

El contrato de cuenta corriente bancaria se caracteriza:

a. Contratación

- Por no estar *regulado* en nuestro ordenamiento en ninguna norma (lo que, en términos jurídicos, se denomina «contrato atípico»), si bien, al ser un contrato

marco de servicios de pago, la reciente normativa de transparencia aplicable a estos²³ prevé — cuando el usuario del servicio sea un consumidor o, de no serlo, cuando así se hubiera pactado— cuál ha de ser su contenido mínimo, de modo que deberán incorporar información:

- Sobre la entidad o proveedor de servicios de pagos.
 - Sobre la utilización del servicio²⁴.
 - Sobre los gastos, tipo de interés y tipo de cambio aplicables²⁵.
 - Sobre la comunicación²⁶.
 - Sobre salvaguardas y medidas correctivas²⁷.
 - Sobre modificaciones y rescisión (y duración).
 - Sobre la ley aplicable y los procedimientos de reclamación (SR).
- Por ser, además, mixto, ya que participa:
- De los elementos del mandato o la gestión de negocios ajenos, al obligarse el Banco a prestar un servicio de caja realizando operaciones de pago y cobros por cuenta y en interés de su cliente, y
 - también de los elementos propios del contrato de cuenta corriente mercantil (también atípico), ya que el resultado de todas las operaciones se traduce contablemente en una cuenta corriente. No obstante, la cuenta corriente bancaria se diferencia de la mercantil por cuanto:
 - Nace de un depósito irregular y unilateral, sin que suponga una mutua concesión de crédito entre los contratantes, y
 - el cliente puede disponer, en cualquier momento, de las sumas en que consista su crédito — sin tener que esperar a que llegue el momento de su cierre—, las cuales se compensan automáticamente con las deudas reflejadas en la cuenta, siendo, en todo caso, el saldo resultante de la compensación entre los activos y pasivos el crédito exigible en cada momento a favor del cuentacorrentista o, en su caso, a favor del banco, y siendo facultad de ambas partes dar por terminado el contrato, mediante la cancelación unilateral de la cuenta.

23 Véase lo recogido en el apartado 4.1.1.a, «Claridad y transparencia con el cliente. a) Con anterioridad a la contratación y en el momento de formalizar la misma».

24 Características del servicio; identificador único que hay que facilitar; forma y procedimiento del consentimiento y su retirada; momento de recepción de la orden y hora límite; plazo máximo de ejecución, y si hay límites a las operaciones que se van a ejecutar a través de un instrumento.

25 Gastos y desglose. Tipos de interés y cambio, método y fecha de cálculo, e índices de referencia. Aplicación inmediata, en su caso, de los cambios.

26 Medios, forma, frecuencia, lengua y derecho a obtener las condiciones del contrato marco en cualquier momento.

27 Para preservar la seguridad del instrumento; derecho al bloqueo del PSP; responsabilidad del ordenante; forma y plazo para notificar las operaciones no autorizadas o ejecutadas de forma incorrecta y responsabilidades del PSP; devolución.

Las entidades de crédito, al aceptar en sus cuentas el depósito de fondos de sus clientes, tienen que atender una serie de obligaciones derivadas de la normativa aplicable. Así, mientras que la normativa de *transparencia* y protección a la clientela les obliga a formalizar un *documento contractual* y a conservar este²⁸, la normativa de prevención de *blanqueo* de capitales y, en concreto, los artículos 3 y 25 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, les impone la obligación de *identificar* a sus clientes, así como la conservación documental de los medios empleados a este fin durante un período mínimo de 10 años, debiendo entenderse esta correcta identificación de la persona con la que se va a realizar un determinado negocio jurídico como una medida que promueve la seguridad del tráfico mercantil y que, por lo tanto, debe considerarse beneficiosa.

A este respecto, y según lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento²⁹ de la Ley 19/1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales —Ley expresamente derogada por la citada Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo—, que hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario de esta última Ley mantendrá su vigencia en cuanto no resulte incompatible con aquella³⁰, las entidades de crédito exigirán la presentación de los documentos acreditativos de la identidad de sus clientes³¹, habituales o no, en el momento de entablar relaciones de negocio o de efectuar cualesquiera operaciones, salvo, entre otros supuestos, «cuando se trate de operaciones con clientes no habituales cuyo importe no supere los 3.000 euros o su contravalor en divisas, salvo las transferencias en las que la identificación del ordenante será en todo caso preceptiva [...]».

Por otra parte, 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.

Esta actuación de la entidad redunda en beneficio de ambas partes, pues los clientes tienen la seguridad de que se les identifica correctamente, de modo que terceros no legitimados no podrán actuar en su nombre, y las entidades pueden justificar debidamente las operaciones realizadas con sus clientes.

En cualquier caso, conviene señalar, ante la recurrencia de reclamaciones sobre esta cuestión, que este Servicio no es competente para valorar si se ha producido un ilícito penal al utilizarse un documento de identificación de los reclamantes para suplantar la personalidad de estos con objeto de abrir una cuenta en la entidad, sino que corresponde a los

28 La Ley 16/2009, de servicios de pago, establece en su artículo 20 que recaerá en las entidades la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información desarrollados por la Orden de transparencia EHA/1608/2010, de 14 de junio, que regula el contenido informativo que deben recoger los contratos marco que regulen las operaciones de pago, siempre que el usuario sea un consumidor o, cuando no lo sea, si así se hubiera pactado, estableciendo la gratuidad de su entrega.

29 Modificado por la Ley 19/2003, de 4 de julio, de régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

30 Disposición Transitoria Primera de la Ley 10/2010.

31 Artículo 3.2 del Reglamento. «Cuando el cliente sea *persona física* deberá presentar Documento Nacional de Identidad, permiso de residencia expedido por el Ministerio de Justicia e Interior, pasaporte o documento de identificación válido en el país de procedencia que incorpore fotografía de su titular, todo ello sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF) o el número de identificación de extranjeros (NIE), según los casos, de acuerdo con las disposiciones vigentes. Asimismo, se deberán acreditar los poderes de las personas que actúen en su nombre».

Artículo 3.3 del Reglamento. «Las *personas jurídicas* deberán presentar documento fehaciente acreditativo de su denominación, forma jurídica, domicilio y objeto social, sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF). Asimismo, se deberán acreditar los poderes de las personas que actúen en su nombre».

jueces y tribunales de justicia, mediante la adopción de los medios de prueba oportunos, determinar lo que realmente ha sucedido y las responsabilidades que pudieran derivarse, en su caso, para los sujetos intervinientes. Ahora bien, en esos supuestos, y salvo que, por parte de los órganos judiciales, se decreten medidas cautelares en sentido contrario, este Servicio considera que las entidades no deberían negarse a suministrar información sobre la cuenta a quien figura como titular, para la mejor defensa de sus intereses.

Régimen de disposición en cuentas plurales

En este tipo de cuentas, su titularidad corresponde a dos o más personas, sin que esto implique, por sí solo, que la propiedad de los fondos en ellas 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. En consecuencia, las relaciones internas (familiares o de otra índole) que justifican la apertura de una cuenta plural, y los pactos que alcancen sus titulares, solo producen efectos entre estos 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), pues solo queda vinculada respecto al contrato que las partes han suscrito.

En el mismo, esta titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición, 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 establecerse 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 y cuentas mancomunadas

En las cuentas de titularidad *indistinta o solidaria*, cualquiera de los titulares puede disponer de la totalidad del saldo de la misma con su sola firma, mientras que, en las cuentas de titularidad *mancomunada o conjunta*, aunque sus titulares pueden efectuar por sí solos ingresos en cuenta, necesitan el consentimiento de alguno o de todos los demás para poder efectuar reintegros u operaciones que disminuyan el saldo.

Entre las controversias que han surgido en los últimos ejercicios en torno a las cuentas indistintas, interesa destacar las que cuestionan si resulta, o no, ajustado a las buenas prácticas y usos financieros el que la entidad exija a un cotitular indistinto el descubrimiento que presenta la misma y que obedece a actos de disposición efectuados únicamente por el otro cotitular indistinto. En estos casos, en los que, además, la cuestión no resulta pacífica ni para la doctrina ni para nuestros tribunales de justicia, el Servicio de Reclamaciones 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 descubrimiento; la cuantía del descubrimiento y su reiteración; el grado de conocimiento que sobre las disposiciones habidas en descubrimiento tenía el otro cotitular; la existencia, o no, en otras ocasiones de descubrimientos en la cuenta y su regularización, así como cualesquiera otras circunstancias que tengan a bien considerar para alcanzar un pronunciamiento, poniendo, así, fin a la controversia de manera definitiva.

Modificación unilateral del régimen de disposición indistinta: bloqueo de la cuenta

Puede darse el caso de que uno de los titulares de una cuenta indistinta solicite el bloqueo de la cuenta, entendido este como una modificación del régimen de disposición de la cuenta, de modo que pasa de indistinto a mancomunado.

En la práctica bancaria, pese a tratarse de un problema que se suscita frecuentemente, los contratos bancarios no suelen contener previsiones en este sentido, por lo que se suscita la duda 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 efectuado por un cotitular, pese al requerimiento de bloqueo formulado por otro cotitular (o sus herederos), mientras que no sea demandado judicialmente.

Siendo la transformación de la modalidad dispositiva una modificación del contrato, esta, en principio, debe ser consentida por todas las partes, esto es, por la entidad de crédito y por todos los titulares del contrato.

No obstante, se pueden producir circunstancias extraordinarias que justifiquen la quiebra puntual del argumento anterior. Así, cuando se presentan diferencias irreconciliables entre los titulares —por romperse la confianza o por producirse determinados eventos que justifican la suspensión del funcionamiento normal de la cuenta (disoluciones de empresas, conflictos entre sus representantes, separaciones o divorcios...)—, la entidad puede recibir órdenes contradictorias de los cotitulares imposibles de cumplir. En estos casos, la mayor parte de la doctrina considera que, en situaciones como estas, parecería poco razonable forzar a un titular que tiene desavenencias con el resto de los cotitulares y quiere evitar que se retiren los fondos hasta que se llegue a un acuerdo sobre cómo repartir los mismos a realizar lo que no quiere (la retirada de los fondos), cuando estaría dispuesto a conformarse con una solución menos grave para los demás, consistente en bloquear la cuenta de modo que solo pueda disponerse conjuntamente mientras se solventan las diferencias y se realizan las liquidaciones pertinentes, o, en su defecto, se resuelvan aquellas judicialmente, evitando, con esta medida, que «cobre el primero que llegue».

Este mismo criterio ha sido igualmente mantenido en determinadas ocasiones por este Servicio (véase la Memoria correspondiente a 1997, página 62), estimando que, en el caso de que surjan discrepancias entre los titulares de una cuenta, las entidades deben adoptar una postura neutral, sin beneficiar a unos en detrimento de otros, pudiendo, por ello, y a título de ejemplo, bien bloquear la cuenta en tanto no medie una orden suscrita por todos los interesados, o bien consignar judicialmente el saldo del depósito.

Por tanto, se considera que, si bien con carácter general, como se ha apuntado, un cambio en el régimen de disposición de unos fondos requiere el consentimiento de todos sus titulares o representantes legales, en la práctica bancaria pueden existir circunstancias extraordinarias —tales como que las discrepancias entre los representantes de la cuenta desvirtúen la confianza que inspiró aquella— que justifiquen que se pueda suspender, al menos temporalmente, la anterior regla.

Ahora bien, siendo una medida restrictiva de los derechos de los clientes, deberá adoptarse con una serie de cautelas, como el preaviso a todos los cotitulares.

Autorizado en cuenta

Los autorizados son las personas a las que los titulares permiten 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 para cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni para realizar disposiciones contra la cuenta tras el falleci-

miento del titular, por extinción del mandato. No obstante esto último, es esencial que se notifique a la mayor brevedad el fallecimiento del titular de la cuenta a la entidad, para que esta pueda adoptar las medidas necesarias y adquiera responsabilidad por las disposiciones indebidas, pues ninguna le competirá si las disposiciones se han realizado desconociendo la entidad el fallecimiento del titular.

Se precisa que conste de forma expresa este apoderamiento, bien mediante escritura pública o bien, lo más usual, firmando ante el banco un documento de «autorización», en que conste la firma del titular y del autorizado, cuya finalidad, al integrarse en la documentación contractual de la cuenta, es permitir a cualquier empleado de la entidad realizar las comprobaciones oportunas que eviten disposiciones de fondos fraudulentas.

Si la cuenta es mancomunada o conjunta, la designación del autorizado debe ser firmada por todos los cotitulares. En las cuentas de titularidad indistinta o solidaria, en cambio, dependerá de lo pactado en el contrato de la cuenta, donde se puede establecer como necesario el consentimiento de todos los cotitulares. A falta de previsión contractual en contrario, la solidaridad activa propia de las cuentas indistintas posibilita a cada cotitular el designar autorizados (si bien, 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, informe de forma 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 el mismo y rompiendo el vínculo contractual que les unía con el otro cotitular).

La experiencia del Servicio le permite concluir que la existencia de autorizados a disponer puede suscitar las siguientes cuestiones:

- Extensión de sus facultades de actuación: en general, la amplitud o limitación de las facultades del autorizado dependerán del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta en la misma forma que el titular.
- Revocación de la autorización: en cualquier momento, el titular de la cuenta puede anular la autorización dada, con el único requisito de comunicarlo a la entidad. 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 Servicio 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 la misma, 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 que defiende 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.

Formalización/documentación

En general, la apertura de cuentas requiere el consentimiento expreso de todos los titulares y la aceptación de las condiciones por las partes suscribientes del contrato. Nos remitimos a lo expuesto en «Criterios generales».

Cuentas abiertas a nombre de incapaces. Menores de edad

Para iniciar y desarrollar negocios con una entidad de crédito, salvo en situaciones especiales, es suficiente con que la persona sea mayor de 18 años, o se encuentre emancipado (excepción hecha de la posibilidad de tomar dinero a préstamo o gravar inmuebles, pues, en estos casos, de conformidad con el artículo 323 del Código, el menor emancipado precisará del consentimiento de sus padres o tutores)³².

No obstante, pueden existir situaciones especiales que determinen que una persona sea considerada *incapaz*, precisando entonces de representantes legales para realizar válidamente negocios jurídicos. En esos casos, este Servicio de Reclamaciones entiende que las entidades de crédito deben presumir la capacidad de obrar de sus clientes hasta que no se acredite que han sido judicialmente declarados incapaces para regir su persona y sus bienes, debiendo entonces requerir a sus representantes la sentencia o resolución judicial firme que les otorgue la representación y establezca la extensión de la misma, de forma que, al abrir la cuenta, exista plena certeza de que obra en representación del incapaz su legítimo y legal representante.

Por su parte, los menores de edad, aunque tienen capacidad jurídica, y, por tanto, pueden ser titulares de depósitos, no tienen capacidad de obrar, por lo que no pueden contratar por sí mismos, sino debidamente representados, normalmente por sus padres (artículos 154 y 162 del Código Civil), o, en su defecto, por su representante legal (artículos 222 y 267 del Código Civil). En consecuencia, no cabe la apertura de cuentas a nombre de menores sin el conocimiento y consentimiento de sus representantes legales.

En estos casos, los progenitores pueden ejercer la patria potestad³³ conjuntamente o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, por lo que basta para la apertura de cuentas a nombre de menores el consentimiento de uno de los padres. No obstante,

³² 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 para poder ejercitar la misma necesita tener capacidad de obrar, que será graduable en función del tipo de acto que se pretenda realizar.

La capacidad de obrar se presume, de conformidad con los artículos 322 y siguientes del Código Civil, a todas las personas mayores de edad, no pudiendo nadie 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, tal y como establecen los artículos 199 y siguientes del citado cuerpo legal.

³³ El artículo 162 del Código Civil establece que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos, 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).

cuando los padres viven separados³⁴, puede ocurrir que se cuestione la prevalencia del régimen general de patria potestad respecto del especial pactado en el convenio regulador —cuando en el mismo se hubiera previsto que la patria potestad la comparten conjuntamente ambos cónyuges—, remitiendo, en esos casos, este Servicio a las partes a los jueces y tribunales de justicia, pues, dadas las divergentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, son los únicos órganos competentes para determinar, valorando la complejidad de cada caso, el alcance del régimen pactado.

Igualmente, en los casos en los que exista conflicto entre los progenitores, pues uno de ellos discrepa 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 el artículo 156 del Código Civil. No obstante, podría valorarse, de acuerdo 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 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.

Cuentas abiertas a nombre 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, debiendo siempre actuar a través de las personas que, en cada momento, ostenten su representación.

Lo correcto es que la entidad de crédito, antes de proceder a la apertura de la cuenta a nombre de una persona jurídica, requiera los correspondientes poderes, con el fin de proceder a su bastanteo, estableciendo quién y en qué condiciones 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 parte de personas no legitimadas para ello.

b. Liquidación

Comisiones (véase «Criterios generales»)

Comisión de mantenimiento

El mantenimiento de una cuenta bancaria tiene lugar por el mero hecho de su existencia, como un elemento intrínseco al mismo, por lo que debe entenderse aceptado por el cliente mientras subsista dicho contrato, pudiendo afirmarse que la entidad está legitimada para aplicar las comisiones debidamente incluidas en sus tarifas, cumpliendo los correspondientes requisitos establecidos en la normativa.

Para conocer qué servicios remunera, y la diferencia entre cuenta activa y cuenta abandonada, nos remitimos a lo recogido en el siguiente enlace del Portal del Cliente Bancario, al que, igualmente, se ha hecho referencia al inicio de este capítulo:

³⁴ En estos casos, el ejercicio de la patria potestad se encuentra sometido a un doble régimen jurídico:

- El previsto en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, relativos a los efectos comunes de la separación, nulidad y divorcio, estableciendo que el convenio regulador deberá contener, entre otros extremos, lo convenido por los padres acerca del ejercicio de la patria potestad.
- El régimen previsto en los artículos 154 y siguientes del citado cuerpo legal, reguladores del régimen general de la patria potestad, establece, en el artículo 156, que, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien conviva el hijo. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/depositos/cuentacorrente/disposicion.htm>.

En los casos en que los titulares de cuentas renunciaran a mantener las mismas, cancelando estas, las entidades deberán restituir —de haberse cobrado por anticipado— la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al tiempo en que no se hubiera usado la cuenta.

Comisión de mantenimiento en cuentas vinculadas a otra operación de activo o pasivo

El Servicio de Reclamaciones considera que no corresponde a los clientes soportar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración cuando las cuentas *se mantienen, con la finalidad de ser utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo hipotecario:*

- *por imposición de la entidad*, pues conduciría al absurdo de que el cliente pague por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, siendo claramente contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios, o
- *por voluntad del interesado*, pues la comisión carecería de causa. No obstante, si las entidades negaran la gratuidad a este canal de pago, podrían habilitar alternativamente cualquier otro procedimiento para que los prestatarios pudieran hacer los pagos sin coste alguno (como transferencias a una cuenta habilitada a tal fin, domiciliación en cuentas abiertas en otras entidad, etc.). De no ser así, deberían informar del coste a soportar en el momento de la contratación.

Comisión de administración

Véase lo recogido en la siguiente dirección del Portal del Cliente Bancario:

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/depositos/comisiones/comisiones.htm>.

Comisión por reintegro de fondos

No existe disposición alguna que limite los pagos en efectivo que han de realizar las entidades de crédito, debiendo estas, en consecuencia, atender, mediante billetes y monedas de curso legal, las órdenes de pago que cursen sus clientes a los fondos que tengan disponibles, sea cual sea el importe solicitado.

No obstante, en los casos en los que la oficina no disponga, en el momento, de efectivo suficiente en caja para cumplir órdenes de importante cuantía, este Servicio considera que las buenas prácticas bancarias exigirían de la entidad que informara a su cliente de estas razones, pudiendo acordar retrasar la disposición pretendida el tiempo necesario para conseguir el efectivo. Ahora bien, si el cliente no accediera, deberá ofrecerle medios de pago alternativos —conformación de cheques, expedición de cheque bancario... — libres de gastos, pues no estaría prestando un servicio por una solicitud específica de su cliente, sino en cumplimiento de un servicio de caja asumido contractualmente.

Comisión por disposiciones de efectivo por no clientes. Operaciones SICA

Este tipo de operaciones está disponible únicamente para los clientes de las cajas de ahorros confederadas, ya que el sistema SICA (Sistema de Intercomunicación de las Cajas de Ahorros) lo facilita la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) a sus asociadas, como soporte y para la canalización de los productos y servicios ofertados por las cajas a sus propios clientes. Así, previo acuerdo de estas entidades, una caja de ahorros (entidad A) presta en nombre de otra (entidad B) el servicio de caja (en el que se enmarcan estas operaciones) a que da lugar la apertura y mantenimiento de una cuenta de pasivo en esta última (entidad B).

Por la prestación de este servicio, la entidad de la que es cliente quien efectúa la solicitud (entidad B) puede cobrar la comisión que a estos efectos tuviera tarifada si realmente este servicio de caja hubiera sido aceptado o solicitado en firme por el cliente. Dicha aceptación se puede producir a través de dos vías: bien —en el caso de operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo— en el correspondiente documento contractual, o bien —en el caso de operaciones concretas no ligadas a estas relaciones de duración indefinida— en el documento de solicitud del servicio de que se trate.

Con carácter general, este Servicio de Reclamaciones entiende —de acuerdo no solo con la normativa que regula las comisiones, sino con los principios de claridad y transparencia que deben presidir la actuación de las entidades de crédito— que, cuando los clientes solicitan a su entidad (entidad B) la prestación de un determinado servicio que lleve consigo el devengo de una comisión, incumbe a esta poner los medios necesarios para que quede constancia tanto de la solicitud del servicio como de la aceptación de la comisión concreta que la prestación de tal servicio conlleve.

Este criterio no puede verse alterado por la circunstancia de que la entidad que tiene abierta la cuenta (entidad B), a cuyo servicio de caja se ha comprometido, llegue a acuerdos con otras entidades (entidad A) para atender mutuamente solicitudes de sus clientes, siendo necesario, en tal caso, que dichas entidades articulen procedimientos adecuados para asegurarse de que los clientes conocen y aceptan las comisiones que van a soportar por los servicios solicitados.

Dicho esto, se recuerda a las entidades que prestan este servicio de caja en nombre de otras que, de acuerdo con los principios de claridad y transparencia antes citados, deberán reflejar en los documentos de solicitud de prestación del servicio suscritos no solo la comisión asociada al mismo, sino la entidad que procederá a su devengo (esto es, la entidad A o la B).

Comisión por ingresos en efectivo

Por definición, la aceptación de ingresos en efectivo para abono en una cuenta de la propia entidad receptora constituye una prestación del servicio de caja, inherente al contrato de cuenta, y, por tanto, no puede ser remunerada de forma independiente. Es decir, dado que el servicio de caja, en estos supuestos, se retribuye a través de la comisión de mantenimiento, el adeudo de cualquier otra comisión se considera improcedente.

En consecuencia, siempre que el ordenante del ingreso no pretenda un servicio adicional al del simple ingreso de efectivo en la cuenta de un tercero, 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.

Comisión de descubierto

Para conocer cuándo se producen los descubiertos, véase lo dispuesto en el sitio web del Portal del Cliente Bancario:

<http://www.bde.es/clientebanca/productos/depositos/descubiertos/descubiertos.htm>.

No obstante, interesa incidir en que son las entidades las que deciden si adeudan en cuenta de sus clientes una determinada partida, a pesar de que el saldo no sea suficiente. Como contraprestación de esta facilidad crediticia, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el período de liquidación. Por este mismo motivo, no podrán exigirse comisiones de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración, o reiterarse su aplicación en otros descubiertos no pactados

que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta. En cualquier caso, será preciso que estas comisiones vengan recogidas en el contrato de la cuenta afectada.

Además, de conformidad con la normativa aplicable en los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuentas a la vista con consumidores, en ningún caso podrá aplicarse un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente (TAE) a 2,5 veces el interés legal del dinero (artículo 20.4 de la reciente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo). A este respecto, debemos referirnos al criterio mantenido 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 Servicio 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 consumidores³⁵, producidos en los períodos de liquidación, se hará aplicando «las normas sobre créditos en cuenta corriente», y resultando que, en estos casos³⁶, «las comisiones de apertura u otros gastos iniciales» se integrarán «como componente de coste efectivo anual», esta institución ya indicó, tal como 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».

Distinta es la comisión que responde a la reclamación de descubiertos como consecuencia de haber quedado sus cuentas en esa situación, que podrá adeudarse únicamente si se dan los requisitos ya vistos en el capítulo de Criterios generales, que, resumidamente, son los siguientes: deben responder a una reclamación formal de posiciones deudoras; han de ser gastos realmente habidos; que estén debidamente justificados, y que su repercusión al cliente esté prevista en el documento contractual.

Intereses

A efectos meramente informativos, y desde una perspectiva exclusivamente económica, se puede indicar que:

Fecha de valoración

- la «fecha de valor» de una operación es un concepto financiero que hace referencia al momento en que el apunte contable inicia o finaliza el devengo de intereses, y
- la «fecha de la operación» se corresponde con el momento en que se efectúa o se asienta dicho apunte en los registros contables de la entidad.

Hasta la publicación de la Ley 16/2009, de servicios de pago, y de su normativa de desarrollo, la existencia de discrepancias entre estas fechas no implicaba, en modo alguno, que la entidad estuviera actuando de manera irregular, siempre y cuando no excedieran los límites que a tales efectos tiene establecida la normativa de disciplina.

Con la publicación de las normas citadas (en la que se define la «fecha valor» como el momento utilizado por un proveedor de servicios de pago como referencia para el cálculo

35 Letra b), del apartado 5, de la Norma Octava de la Circular 8/1990 del Banco de España.

36 Según lo establecido en la letra c), del apartado 4, de la Norma Octava ya citada.

del interés sobre los fondos abonados o cargados a una cuenta de pago), se derogó expresamente la normativa previa en materia de valoración contenida en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en la Circular del Banco de España 8/1990, estableciéndose, con carácter general, que la fecha valor del abono de una orden de pago se producirá como máximo al final del día hábil siguiente —dos días, si la operación se inicia en papel— a aquel hábil en que el ordenante dio la citada orden a su entidad, resultando disponibles los fondos inmediatamente después de su abono. No obstante, hasta el 1 de enero de 2012, estos plazos podrán ampliarse hasta los tres días hábiles, o dos si la operación se origina y se recibe en España (un día más si la operación se inicia en papel). Véanse, para mayor profundidad y para conocer los casos particulares, Criterios generales; Apuntes en cuenta; Disponibilidad de los fondos.

Sábado, hábil o inhábil

Hasta el 18 de junio de 2010, la normativa de transparencia en vigor establecía que «[l]a consideración de los sábados como días hábiles o inhábiles deberá estar en función de la clase de operación de que se trate. Si su formalización hubiese de retrasarse por imperativos ajenos a la entidad (pagos a Hacienda, operaciones en Bolsa, Cámara de Compensación, etc.), será día inhábil. En los restantes casos, en que la operación pueda formalizarse en el día, será considerado hábil».

Aunque el contenido de dicha nota era susceptible de distintas interpretaciones, su literalidad parecía denotar que, en la medida en que las operaciones puedan formalizarse sin intervención de terceros que pudieran impedir dicha formalización, los sábados serían días hábiles. Y ello, tal vez, con independencia de que la entidad abra o no sus puertas a los clientes, de modo que, a efectos de cómputo de fechas valor en aquellas operaciones de adeudo y abono internas (es decir, que no precisen de la intervención de sistemas ajenos de liquidación), pudiera entenderse que los sábados son días hábiles.

Sin perjuicio de lo anterior, y dadas las diferentes posibilidades de interpretación antes citadas, este Servicio entendía que tampoco cabría considerar como mala práctica la aplicación del criterio que identifica día hábil con día laborable, salvo que se apreciara que dicha entidad estaba aplicando a los abonos y adeudos calendarios de días hábiles diferentes en perjuicio de sus clientes (caso, por ejemplo, de que en un día no laborable —y, por tanto, inhábil a efectos de la valoración de un abono— adeude en las cuentas de sus clientes cualquier tipo de operación).

No obstante lo anterior, estando ya en vigor la nueva normativa de servicios de pagos, que, como hemos señalado, deroga expresamente la previa en materia de valoración, el Sistema Nacional de Compensación Electrónica anunció que, desde el 1 de octubre de 2010³⁷, no se producirán ya intercambios los sábados en ninguno de sus subsistemas, eliminando cualquier referencia a los sábados hábiles en su normativa.

Por último, señalar que la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, define «día hábil» como 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 o del beneficiario que intervienen en la ejecución de la operación de pago. En el 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 (art. 226 de la citada Ley).

³⁷ A efectos prácticos, desde el 1 de abril, pues, desde esta fecha, en aplicación del período de verano y hasta el 1 de octubre, no se producían ya intercambios en esos días.

c. Actuación unilateral de las entidades

Como consecuencia de la vinculación que une a las entidades con sus clientes titulares de depósitos a la vista, que se caracteriza, principalmente, por ser contratos de gestión, aquellas deben limitarse a cumplimentar las órdenes que estos puedan darles, 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 Servicio de Reclamaciones 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, o una explícita previsión contractual o legal en tal sentido, o bien la existencia de mandato judicial.

Adeudos/abonos sin autorización

En estos casos, el Servicio de Reclamaciones entiende que el principal interés tutelable es el del titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición, de donde se deduce que la entidad debe cerciorarse con todo rigor acerca de la identidad de quien efectúa la orden de pago.

Adeudos por reintegros

Esta identificación la llevará a cabo de un modo personal y directo (por conocer al titular), 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), y verificando, además, 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.

Si, al margen de lo anterior, surgen discrepancias por el importe reintegrado o por el reintegro en sí, las entidades tienen la obligación de acreditar la razón de sus actuaciones, aportando, al efecto, el impreso de reintegro debidamente firmado por su cliente, el cuadro de caja donde se efectuaron las operaciones, cuadro que, no obstante, solo sería determinante si, al hacer el arqueo, hubiera sobrado exactamente el dinero controvertido (pues ello corroboraría la tesis del reclamante). En suma, comprobar la realidad de los hechos acaecidos correspondería a los tribunales de justicia, únicos con potestad suficiente para ordenar las actuaciones probatorias que considerasen precisas, determinar, así, el modo en que se desarrollaron los acontecimientos y poder dirimir la discrepancia existente entre las partes.

Cargos por retribuciones en especie

Son frecuentes las reclamaciones en las que los titulares de cuentas discrepan con el cargo unilateral del importe penalizador de una *retribución* en especie cuando, de acuerdo con las condiciones del contrato, se han dejado de atender los requisitos exigidos para obtener aquella. En esos casos, si bien este Servicio reconoce el derecho de las entidades de 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 previamente al cliente del mismo.

Rectificación de errores

Es criterio asentado de este Servicio de Reclamaciones que los apuntes realizados por las entidades con la finalidad de rectificar errores —informáticos o administrativos— previamente cometidos por ellas no suponen por sí solas un proceder irregular, puesto que las operaciones bancarias, al igual que el resto de actividades humanas, no se encuentran exentas de verse afectadas por errores de diversa naturaleza, y dado que, además, pesa sobre el titular de la cuenta el deber de restituir el abono que no le corresponde, pues, en ningún caso, el error puede ser causa de un enriquecimiento injusto.

Ahora bien, en estos casos, las entidades deben sopesar el tiempo transcurrido hasta que el error es detectado, a efectos de notificar previamente a la clientela la incidencia y la necesidad de resolverla. Es decir, sobre todo cuando el apunte tenga ya cierta firmeza por el tiempo transcurrido, no es correcto retrocederle sin haber facilitado previamente al cliente la documentación necesaria al respecto (con el debido respeto al secreto bancario).

Las entidades financieras pagadoras de pensiones y otras prestaciones periódicas tienen 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 vayan 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 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 trate³⁸,

38 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».

Por otra parte, el Real Decreto 1678/1987, de 30 de diciembre, por el que se reglamenta la profesión de habilitado de clases pasivas en los aspectos de la misma relacionados con los fines administrativos en materia de clases pasivas y con el interés general, establece, en su artículo 33, lo siguiente:

«1. El habilitado que realice servicios de administración está obligado a comunicar urgentemente a la Administración los errores materiales o defectos de otra índole que pudieran presentar las nóminas pagaderas o relaciones de pagos que le fueran cursadas por los servicios administrativos correspondientes.

2. A tal efecto, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a. El habilitado comunicará a los servicios correspondientes los defectos o errores que pudieran existir en las propuestas o avances de nóminas o relaciones de pagos que someta la Administración a su consideración con carácter previo a la confección de la nómina o relación definitiva y al pago de la misma. Esta comunicación deberá realizarse en el período previsto en la reglamentación del pago de las prestaciones de clases pasivas, o de los regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos, para el examen de las nóminas o relaciones provisionales por los distintos agentes pagadores.
- b. Igualmente el habilitado deberá comunicar a los servicios correspondientes los pagos indebidos que hubiera realizado como consecuencia de los errores o defectos padecidos en la nómina o relación definitiva de pagos a efectuar que le hubiera sido cursada y abonada. Esta comunicación posterior al pago deberá realizarse en todo caso, aun en el supuesto de que el error o defecto se hubiera comunicado a la Administración por el habilitado a la hora del examen de la relación o nómina provisional y no hubiera sido subsanado por esta.

Esta comunicación deberá hacerse necesariamente en el momento en que el habilitado presente las altas, bajas o variaciones que afecten a la nómina o relación de pagos a efectuar en las siguientes mensualidades.

- c. Las labores de examen y revisión de las relaciones o nóminas que se cursen por la Administración al habilitado, sean estas provisionales o definitivas, podrán restringirse de ordinario a la información obrante en la relación o nómina, respecto de las altas, bajas o variaciones que, en su momento, haya presentado el habilitado y, en general, a las diferencias que pudiera contener la nómina o relación respecto de la correspondiente a la mensualidad anterior.

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 hubieran percibido indebidamente. Cuestión distinta es la retrocesión de los abonos por otras causas, en cuyo caso una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias exigiría la comunicación previa al cliente a efectos de que pudiera adoptar las medidas que considerara oportunas para devolver tales cantidades, o cualesquiera otras acciones.

Por otra parte, en estos casos, deben asegurarse de que las cuentas de abono cumplen los requisitos legalmente exigidos, como es que las mismas sean cuentas restringidas de titularidad exclusiva del perceptor de la pensión, o bien una cuenta en la que figurara el mismo, al menos como cotitular.

Negativa a permitir reintegros de efectivo en oficina diferente a la de apertura de la cuenta

Con carácter general, y a salvo de 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 Servicio de Reclamaciones considera que, cuando las entidades no puedan acreditar (por el procedimiento que consideren oportuno) que existen 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.

Excepcionalmente, cuando la relación o nómina varíe totalmente respecto de la mensualidad anterior como consecuencia de actuaciones de oficio de la Administración, tales como la revalorización de las prestaciones en cada ejercicio económico u otras similares, o cuando un número sustancial de los perceptores reflejados en la nómina o relación se vea afectado por variaciones, o cuando afecten a colectivos específicos, el habilitado deberá revisar la totalidad de la relación o nómina o la información comprendida en esta referente a los perceptores afectados. Esta revisión no tendrá necesariamente que ser exhaustiva, pudiendo ser aleatoria mediante la utilización de técnicas de muestreo, siempre que la muestra permita la obtención de datos estadísticamente fiables.

3. Si el habilitado deja de comunicar a la Administración los errores o deficiencias advertidos en la nómina o relación provisional o definitiva y, como consecuencia de ello, se producen pagos indebidos respecto de alguno de sus mandantes, estará obligado a resarcir a la Administración el importe de los pagos realizados por esta última en su favor con el carácter de mandatario.

Dicha obligación solo será exigible al habilitado cuando, requerida por la Administración la persona en cuyo favor se emitió el pago indebidamente realizado, o que percibió el mismo, y transcurrido un mes desde la fecha de notificación de la procedencia de reembolso, no se produzca el ingreso correspondiente en el Tesoro público. El habilitado que, formalmente requerido, hubiera efectuado el reintegro correspondiente a su mandante podrá repetir contra este o solicitar de la oficina pública de que se trate la iniciación del procedimiento administrativo de apremio para obtener el reembolso. Si, como consecuencia de la falta de comunicación por el habilitado a la Administración de algún error o deficiencia, se produjera un pago indebido cuyo importe, por cualquier circunstancia, quedará en poder del habilitado, este lo reintegrará automáticamente al Tesoro público.

Únicamente el habilitado no está obligado a reintegrar a su cargo cantidad alguna al Tesoro público si, habiendo cumplido sus obligaciones de comunicar los errores y deficiencias, se produjera algún pago en favor de determinado mandante suyo que se revelará indebido».

Restricción del importe en los reintegros en efectivo

Véase lo recogido en el apartado «Comisión por reintegro de fondos», sin perjuicio de reiterar que 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 pretendan disponer de tales fondos utilizando alguno de los medios previstos en el contrato.

En cualquier caso, este Servicio considera que las entidades únicamente pueden negarse a atender las órdenes de disposición de fondos de sus clientes por superar un determinado importe, impuesto por la entidad sobre la base de su normativa interna, si esta circunstancia está prevista contractualmente.

Igualmente, entiende que las recomendaciones dadas por las entidades a sus clientes para que los reintegros solicitados *por importes inferiores a una determinada cantidad* se hagan mediante dispositivos automáticos (cuando con anterioridad se efectuaban en ventanilla) se enmarcan dentro de su política comercial y, por tanto, en su ámbito discrecional, siendo los clientes los únicos que deberían valorarlas a la hora de continuar sus relaciones con la entidad. 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.

No obstante, si se pretendiera que el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos fuera con carácter excluyente, la entidad debería comunicar con carácter individual y previo a sus clientes la entrada en vigor de tales restricciones, al objeto de que los mismos 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.

Bloqueo

Con carácter general, para que las entidades procedan legítimamente al bloqueo o indisponibilidad de cuentas, se precisa necesariamente o una autorización judicial, o la conformidad todos los titulares, o la concurrencia de una causa debidamente justificada. Véase, a estos efectos, lo recogido en el apartado Régimen de disponibilidad de las cuentas.

Discrepancia con las entregas en efectivo

Cuando existen versiones contradictorias sobre el importe exacto del efectivo entregado por un cliente a la entidad, este Servicio de Reclamaciones 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 las actuaciones de la entidad que esta 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); cualquier otro resultado del arqueo no supondría ninguna prueba concluyente respecto de la cantidad que efectivamente se había ingresado.

Comprobar la realidad de los hechos correspondería a los tribunales de justicia, únicos con potestad suficiente para ordenar las actuaciones probatorias que consideren preci-

sas, determinar así el modo en que se desarrollaron los acontecimientos, y poder dirimir la discrepancia existente entre las partes.

Embargos

En este punto, debemos insistir en que las entidades, en principio, carecen de legitimación para efectuar adeudos o disposiciones en las cuentas de sus clientes sin autorización expresa de estos. No obstante, se exceptúan las efectuadas 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.

Por tanto, los supuestos de embargo se enmarcarían dentro de la excepción comentada en el párrafo anterior, si bien hay que significar que las entidades han de cumplir las diligencias de embargo ajustándose al procedimiento que la propia Ley establece³⁹.

39 Efectivamente, la normativa aplicable, en el supuesto de tributos locales, está recogida en el Real Decreto Legislativo 2/1994, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el cual, en el número 1 de su artículo 12, dispone lo siguiente:

«1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo».

Así las cosas, el artículo 171 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece el procedimiento a seguir en caso de embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito, a saber:

«Artículo 171. Embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito.

1. Cuando la Administración tributaria tenga conocimiento de la existencia de fondos, valores, títulos u otros bienes entregados o confiados a una determinada oficina de una entidad de crédito u otra persona o entidad depositaria, 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.

Si de la información suministrada por la persona o entidad depositaria en el momento del embargo se deduce que los fondos, valores, títulos u otros bienes existentes no son homogéneos o que su valor excede del importe señalado en el apartado 1 del artículo 169, se concretarán por el órgano competente los que hayan de quedar trabados.

2. 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.

3. 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».

Por otra parte, y respecto al embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito, el artículo 79 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, indica, respecto a dicho procedimiento, lo siguiente:

«1. Cuando la Administración conozca la existencia de, al menos, una cuenta o depósito abierto en una oficina de una entidad de crédito, el embargo se llevará a cabo mediante diligencia de embargo, en la que deberá identificarse la cuenta o el depósito conocido por la Administración actuante.

El embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, al resto de los bienes y derechos que sea titular el obligado al pago 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.

2. 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.

3. En defecto del acuerdo a que se refiere el apartado anterior, 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.

Asimismo, la diligencia de embargo se podrá presentar en alguno de los siguientes lugares:

A este respecto, resulta de especial importancia lo siguiente:

- El organismo embargante es el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, es recomendable⁴⁰ 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 presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta implicará la retención o traba 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, salvo que la entidad hubiera recibido comunicación en contrario del órgano de recaudación. En consecuencia, se califican como malas prácticas bancarias las actuaciones de las entidades por las que no se realiza correctamente la traba del saldo correspondiente, permitiendo a sus titulares disponer de los fondos antes de la ejecución del embargo, realizándose este, no obstante, en descubierto.

d. Compensación de cuentas

Cuando en la Memoria de 2007 se publicó por primera vez el criterio que el Servicio había estado aplicando sobre esta materia, se expuso literalmente:

«Antes de recoger la opinión del Servicio sobre esta cuestión, hemos de recordar que sus criterios valorativos no son inamovibles en el tiempo, ya que deben no solo amoldarse a la propia evolución de los negocios financieros, sino —y principalmente— ajustarse a los pronunciamientos que, sobre la materia que versen, vayan emitiendo nuestros órganos jurisdiccionales.

a) 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, 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.

b) En el domicilio fiscal o social de la entidad de crédito.

En los supuestos a los que se refieren los párrafos a) y b), cuando el embargo deba trabarse sobre fondos cuya gestión o depósito no se encuentren localizados en el lugar en que se presente la diligencia de embargo, la retención de los fondos se efectuará de manera inmediata o, si ello no fuera posible, en el plazo más breve que permitan las características de los sistemas de información interna o de contabilidad de la entidad. Dicho plazo no podrá ser superior a cinco días, tendrá carácter improrrogable y se comunicará al órgano de recaudación que haya efectuado el embargo. En todo caso, el embargo surtirá efectos legales desde el día de presentación de la diligencia de embargo a la entidad depositaria.

4. Si el depósito está constituido en cuentas a plazo, el embargo se efectuará igualmente de forma inmediata, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 6.

5. A los efectos previstos en este artículo, la entidad depositaria deberá ejecutar el embargo en sus estrictos términos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 76.5.

6. 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».

40 En línea con la normativa transcrita, el Consejo Superior Bancario, en su Circular 68/93, de 21 de junio de 1993, teniendo en cuenta que las comunicaciones de la Administración no siempre llegan a su destinatario, o lo hacen con retraso, en muchas ocasiones cuando el embargo ya ha sido definitivamente ejecutado, al objeto de que tal circunstancia no causara las lógicas perturbaciones a los clientes ignorantes de tal hecho, recomendaba a las entidades que comunicaran a sus clientes las retenciones que se efectuarán en las cuentas en relación con los embargos de órganos de la Administración, sugiriendo incluso un modelo que se incluía como anejo a la Circular.

En el caso que nos ocupa, el pronunciamiento judicial más destacado hasta la fecha se plasmó en la sentencia de 11 de mayo de 2005, emitida por la sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid (APM), por la que se resolvió en apelación acerca de la licitud o nulidad de diecisiete cláusulas generales típicas de la contratación bancaria, y en la que se declaró que las relativas al “derecho de la entidad a disponer del dinero de clientes que no han contraído ninguna deuda con ella no pueden ser genéricamente anuladas”, en tanto nuestro ordenamiento permite a un tercero, debidamente informado, asumir voluntariamente la responsabilidad del cotitular deudor».

Así pues, en la Memoria de 2008 se continuó diciendo 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 las facultades que sobre las mismas tiene la entidad».

En consecuencia, se entendía que los contratos bancarios debían 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:

«[...] en las mismas condiciones, y sujeta a los mismos requisitos —de identidad entre los titulares de las cuentas—, en que aparece regulada en el Código Civil, compensación legal».

«[...] en los términos «acordados» con la entidad [...] siempre que siguiendo lo dispuesto por la sentencia citada [...] el titular de la relación conozca exactamente ese acuerdo de compensación [...] autorizándolo expresamente [...] compensación convencional».

Y, en este punto, se incidía en que puede concluirse que esta autorización expresa no se satisface, como es lógico, con el consentimiento genérico prestado a las condiciones generales del contrato.

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 (art. 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 este 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.

e. Cancelación de cuentas

En general, los contratos de cuenta corriente y de ahorro no tienen una fecha de vencimiento determinada y pueden durar indefinidamente si ninguna de las partes decide darlo por terminado. No obstante, la facultad mutua de cancelar las cuentas se encuentra:

- 1 implícita en el propio contrato⁴¹, y
- 2 reconocida en el artículo 21 de la Ley 16/2009, de servicios de pagos. Véase, a estos efectos, lo recogido en Criterios generales. Información. Resolución unilateral de contratos de duración indefinida.

Una vez cancelada la cuenta, la entidad debe poner a disposición del titular el saldo que la misma 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.

Cancelación por uno de los titulares

Este Servicio 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 la cancelación de la misma 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 Servicio de Reclamaciones considera que deberían contribuir a crear o 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 y de obtención de información en lo necesario para permitir dicha disposición, vean incrementadas sus atribuciones con su extensión a la cancelación de cuentas.

41 A estos efectos, el 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, establece: «Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y este tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes».

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 Servicio de Reclamaciones entiende que, en el 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.

En este mismo sentido, se considera una mala práctica bancaria la reapertura de cuentas previamente canceladas para adeudar estos importes. En estos casos, y tal como se verá en el apartado de Cancelación, las entidades pueden negarse a la pretendida cancelación si hubiera liquidaciones pendientes de adeudo, pero, si acceden a la cancelación, no estarían en modo algunos posteriormente habilitados para retroceder la misma.

Con independencia de lo que se señale a continuación, debe indicarse que las reclamaciones por temas sucesorios, en un país como España, donde coexisten regímenes forales diferentes, motivan que cada caso se deba analizar teniendo en cuenta la legislación aplicable al mismo, por lo que es esencial —como se señalará en los criterios que a continuación se citan— que la asesoría jurídica de cada entidad recabe y examine todos los documentos pertinentes que acrediten tanto el derecho hereditario como el de adjudicación de bienes concretos de los interesados, teniendo en cuenta estas circunstancias.

En las cuentas solidarias o indistintas, cualquiera de sus titulares puede disponer como si fuese el único titular. Por ello, si uno de los titulares falleciera, este Servicio considera (de conformidad con numerosa jurisprudencia al respecto) que la entidad estaría obligada a atender las órdenes de disposición firmadas por los titulares sobrevivientes, sin que debiera exigir para ello el consentimiento de los herederos del titular fallecido, pues la solidaridad activa de la cuenta⁴², basada en la recíproca confianza de quienes la constituyeron, 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 los mismos fue-

42 Véase, a título de ejemplo, la sentencia del TS de 27 de febrero de 1984, a la que han seguido otras muchas, entre ellas, 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 1137 y 1142 del CC, en relación con el artículo 50 del CCom, de los que se desprende que, cuando se constituyen obligaciones en las 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».

ran de propiedad del fallecido, total o parcialmente. El análisis y la valoración de estos extremos, que se enmarcan dentro de relaciones jurídico-privadas entre los cotitulares supérstites y los herederos del causante, no serían responsabilidad de la entidad de crédito, ni tampoco entrarían dentro del ámbito de competencia del Servicio de Reclamaciones, debiendo sustanciarse la controversia, de estimarlo oportuno los interesados, ante los tribunales de justicia, únicos que, mediante la práctica de las pruebas que estimaran oportunas, podrían determinar, sin ningún género de duda, a quién pertenecen los fondos que fueron confiados a la entidad depositaria.

Cuentas conjuntas

Tratándose de cuentas mancomunadas o conjuntas, en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares de la cuenta, para efectuar reintegro o actos de disposición sobre el saldo de la cuenta será preciso que las órdenes de disposición vayan firmadas por todos los titulares supérstites, supliéndose la voluntad del titular causante por la de todos sus herederos. De no ser así, la entidad no debe atender las solicitudes de disposición.

b. Herederos

Es premisa fundamental en la operativa de las entidades con quienes se arrojan para sí la condición de heredero de un cliente fallecido que estas se aseguren previamente de que los interesados ostentan tal condición. Para ello, les requerirán que justifiquen su derecho hereditario, siendo lo más habitual que se les solicite el certificado de defunción de su cliente, el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, así como copia autorizada del último testamento. A falta de testamento, será necesario que los interesados aporten el auto de declaración judicial de herederos ab intestato, o acta de notoriedad tramitada ante notario.

Ahora bien, con independencia de la necesidad de realizar un estudio riguroso de la documentación presentada, las entidades han de justificar que su actuación en la tramitación ha sido diligente y no ha sufrido demoras unilaterales e innecesarias, procurando, en todo caso, que los herederos puedan ejercer sus derechos en cuanto sea posible.

Información

En primer lugar, hay que señalar que ni en el Banco de España ni fuera de él existe un registro general o archivo en el que figuren los distintos productos (cuentas, depósitos, tarjetas de crédito, etc.) que una persona física o jurídica tenga contratados con las distintas entidades de crédito que operan en España.

Para acceder a esa información, los interesados podrán acudir a la Administración Tributaria⁴³, de la que, en su caso, obtendrán datos sobre los rendimientos financieros que se le hayan podido imputar a la persona fallecida en los últimos ejercicios fiscales y que hubieran debido ser comunicados a Hacienda por la entidad o entidades en las que tuviera cuentas —en cumplimiento de sus obligaciones tributarias respecto de los rendimientos del capital mobiliario del fallecido—. De este modo, se podrán conocer cuáles son estas entidades y aquellas cuentas, pudiendo, entonces, recabar de las mismas información por escrito sobre su saldo a fecha del fallecimiento y los movimientos posteriores, e incluso información sobre movimientos y operaciones concretas anteriores, como a continuación se verá.

Partiendo, pues, del reconocimiento, con carácter general y con las salvedades que efectuaremos, del derecho del heredero a obtener información, sin que dicha petición

⁴³ Al amparo de lo dispuesto en el artículo 34-1-a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (Ley General Tributaria), dado que es en dicha Administración Tributaria en quien reside la competencia para prestar a los contribuyentes la necesaria asistencia e información sobre el ejercicio de sus derechos.

de información tenga 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», es criterio del Servicio considerar que las entidades han de facilitar a los herederos la información que les sea requerida, tanto sobre las posiciones que mantuviera el causante a la fecha de fallecimiento como la relativa a los movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento, reconociéndose, si bien, que dicho derecho, como hemos indicado anteriormente, ha de ser matizado.

Efectivamente, si nos referimos al derecho de los herederos a obtener información sobre movimientos anteriores al fallecimiento, debemos precisar 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 entre la entidad de crédito y el causante a lo largo de un período amplio de tiempo, exigiendo a la entidad que vuelva a rendir cuentas de las operaciones efectuadas.
- Las solicitudes de información han de concretarse, sin que sea admisible, a nuestro juicio, que estas se refieran a períodos indeterminados —«últimos años»—.

En estos casos, lo desproporcionado de esas peticiones y el hecho de que se presume que la entidad ya cumplió con su obligación de suministrar información periódica nos inducen a considerar que podría ser necesario un previo pronunciamiento judicial que resuelva, a la vista de las circunstancias concurrentes, sobre la procedencia de una solicitud de esta naturaleza.

Por otra parte, al criterio expuesto, y tratándose de cuentas de titularidad plural, hay que añadir que, en aquellos supuestos en los que exista oposición expresa del/de los cotitular/es supérstite/s de la cuenta a que se facilite información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento, debe 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, por lo que la negativa de las entidades a facilitar dicha información a los herederos, sin que medie un pronunciamiento judicial, no puede considerarse arbitraria, sino que obedece 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, otros cotitulares y terceros—.

Disposición de los fondos
del causante

Las entidades de crédito han de ser extremadamente diligentes en permitir disposiciones en las cuentas de sus clientes fallecidos, tanto para proteger los intereses de los herederos, que pudieran verse perjudicados por disposiciones indebidas del caudal hereditario, como para evitar, en caso de que los herederos no acrediten el pago o la exención del impuesto, tener que hacer frente, en su calidad de responsables subsidiarios⁴⁴, al pago del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

⁴⁴ Artículo 8 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y artículo 19 a) de su Reglamento —Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre—, como así ha reconocido, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1992.

Por ello, una vez acreditado por el interesado su derecho hereditario para obtener información, para disponer de los fondos del causante debe acreditar igualmente el derecho a la adjudicación de bienes concretos, aportando para ello la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de bienes de la herencia, que podrá formalizarse tanto en documento público como 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.

No obstante lo anterior, ocasionalmente podrán admitirse disposiciones singulares antes de la adjudicación de la herencia, siempre y cuando:

- estas vengán autorizadas expresamente por todos los herederos;
- se trate de gastos referidos al sepelio o funeral, o
- se refieran a operaciones ordenadas en vida del titular que impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, entre las que se pueden incluir las domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, de telefonía, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podrían suponer recargos e inconvenientes a todas luces innecesarios; ello, claro está, salvo que exista orden expresa en contrario dada por el conjunto de coherederos.

Debe señalarse, además, que, según el criterio sostenido por este Servicio de Reclamaciones y transcrito en sus Memorias —recogiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo—, la solidaridad activa, en casos de cuentas de titularidad indistinta, no desaparece por la muerte de uno de los cotitulares, pudiendo el supérstite disponer del dinero depositado —no únicamente de la mitad— y debiendo la entidad depositaria retener tan solo una parte —la que estime necesaria— para evitar el supuesto de responsabilidad subsidiaria establecido a su cargo por la normativa fiscal.

De esta forma, 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, porque se debe separar la cuestión de la mera disponibilidad de los fondos del aspecto relativo a la verdadera propiedad de los mismos, de forma que, si de resultas de algún acto de disposición, surgen discrepancias entre las partes, dicha cuestión deberá resolverse a través de las acciones que correspondan a unos y a otros en orden a fijar la propiedad de los fondos. El análisis y la valoración de estos extremos, que se enmarcan dentro de relaciones jurídico-privadas, no son de la competencia del Servicio de Reclamaciones, como así se ha indicado anteriormente.

Cambio de titularidad

No existe un plazo legal predeterminado para llevar a cabo las gestiones de cambio de titularidad mortis causa de las cuentas bancarias, por lo que habrá que valorar, en cada caso, si el tiempo empleado es o no razonable, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, teniendo en cuenta las circunstancias concretas concurrentes.

c. Legatarios

Que el interesado sea legatario de los bienes del causante no le faculta a exigir nada de la entidad, por disposición del artículo 885 del Código Civil, debiendo pedir, salvo en aquellas zonas del territorio español en que el régimen foral sí les habilita a ello, la entrega de los bienes legados a los herederos o al albacea facultado para dicha entrega.

5.3 Tarjetas de crédito

5.3.1 TARJETAS DE PAGO APLAZADO

En el último ejercicio, ha continuado el incremento de las 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 tarjeta*, así como las referidas a la modificación unilateral (al alza) del tipo de interés aplicable a estos pagos.

a. Tarjetas revolving

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, comisiones y otros gastos repercutibles al cliente son financiados junto al resto de las operaciones, por lo que, cuanto menor es el importe de la cuota a pagar, mayor es el plazo que se precisa para pagar la deuda acumulada. 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 determinado previamente), 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 suelen resultar sencillos y comprensibles para comprobar la relación existente entre las cantidades dispuestas con la tarjeta, los reintegros a que se ha hecho ya 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 Servicio estima que las entidades deben actuar del modo siguiente:

- 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 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.
- Cuando el titular de la tarjeta 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 realice en ese momento sería para el saldo concreto a una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha.
- Cuando el titular de la tarjeta, con la pretensión de cancelar la deuda pendiente, solicite saber su importe, deben informar sobre este, teniendo en cuenta los posibles recibos o cuotas devengadas pendientes de liquidación, pues lo con-

trario 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 Servicio 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 a 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 para la línea de crédito de que se pueda disponer con cargo a la tarjeta.

Los criterios de buenas prácticas bancarias aplicables a este tipo de operaciones exigen que las entidades acrediten la solicitud o autorización de su cliente de utilización de este servicio con pleno conocimiento de las condiciones en las que fue efectivamente contratado.

Así las cosas, este Servicio 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; ha de hacerse de forma tal que no se planteen dudas de que los titulares conocen y comprenden los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, pueden prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

Modificación contractual

Hasta la reciente publicación de la Ley 16/2009, de servicios de pago, cualquier modificación contractual requería de su comunicación previa e individualizada a la clientela con antelación razonable⁴⁵. Idéntico criterio se sigue, con carácter general, en esta nueva Ley,

45 Norma sexta, 8, de la Circular Banco de España 8/1990, sobre Transparencia de las operaciones y protección de la clientela:

«En los contratos de duración indefinida, la comunicación de las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles podrá también ser realizada mediante la publicación de las nuevas condiciones, en la forma prevista en la norma quinta, durante los dos meses siguientes a la referida modificación, no pudiendo aplicarlas hasta transcurrido ese plazo. Las tarifas publicadas serán, no obstante, de inmediata aplicación en las operaciones derivadas de peticiones concretas e individualizadas de los clientes. *En todo caso, las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles aplicables 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 los servicios bancarios a que se refiere el segundo párrafo del apartado 1 de esta norma, deberán comunicarse previa e individualmente a la clientela con antelación razonable.* El plazo mínimo en el que deba realizarse dicha comunicación previa figurará en el folleto de tarifas a que se refiere la norma tercera de esta Circular».

si bien exigiendo una *antelación no inferior a dos meses* respecto de la fecha de entrada en vigor de las modificaciones —salvo que resulten más favorables al usuario y se puedan aplicar de manera inmediata—.

La anterior regla se excepciona, únicamente, cuando las modificaciones afectan a *tipos de interés o de cambio y se basan en los de referencia acordados*. En ese supuesto, que no suele amparar los que a continuación se analizan, su aplicación puede ser inmediata y sin previo aviso si así se hubiera acordado en el contrato. En caso contrario, deberá informarse al usuario *lo antes posible*, a menos que se hubiera acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información. En cualquier caso, se aplicarán y calcularán de forma *neutra* y que *no resulte discriminatoria* con respecto a los usuarios.

Incremento unilateral de tipos de interés

Este Servicio considera que, 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 y/o cancelar el *plástico* en cuestión.

Así las cosas, de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, este Servicio considera que las entidades deberán no solo comunicar esta modificación a sus clientes de manera individualizada y con antelación razonable, para que, en su caso, puedan buscar otro medio de pago alternativo, sino advertirles, de manera clara e inequívoca, de las alternativas de que disponen:

- a) 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.
- b) 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 aparejado el bloqueo y cancelación de la tarjeta física (plástico), permaneciendo viva la deuda anterior para su amortización de acuerdo con las condiciones vigentes hasta ese momento.

b. Disposiciones fraudulentas

Tras la entrada en vigor, el 4 de diciembre de 2009, de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, las reclamaciones que por este motivo se presentan ante el Servicio tienen su encaje en lo establecido sobre el particular en la citada norma, la cual, en líneas generales, 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 servía de base a este Servicio de Reclamaciones para emitir su opinión desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros.

Entre las peculiaridades de la Ley, cabe destacar:

- El Código de Buena Conducta era aplicable únicamente a las tarjetas bancarias de pago (de crédito o débito) utilizadas por particulares para su propio uso, mientras que las disposiciones de la citada Ley son aplicables a «cualquier mecanismo/s personalizado [...] utilizado (por el usuario del servicio de pago) para iniciar una orden de pago». Es decir, resultan igualmente aplicables 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 que se ha ejecutado 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 la «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», cuestiones ambas que se analizan en el cuadro 5.2.
- 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.

En el cuadro 5.2, se recoge sucintamente el régimen de obligaciones y responsabilidades previsto tanto en relación con el instrumento de pago como con la propia operación de pago.

Criterio del Servicio

Acreditación documental de las operaciones reclamadas

Quando el titular de una tarjeta denuncia que las operaciones realizadas con esta y asentadas en su cuenta no las ha autorizado o se han ejecutado incorrectamente, al igual que ocurre con cualesquiera otros apuntes respecto a los que el titular manifiesta su disconformidad, lo primero que debe hacer la entidad es acreditar documentalmente las operaciones reclamadas.

Dicha acreditación 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 deficiencia⁴⁶. En el segundo de los casos, esto es, cuando la tarjeta se usa como medio de pago en un comercio⁴⁷, a la entidad emisora de la tarjeta que actúa como intermediaria en el pago le es exigible:

- 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 obli-

⁴⁶ Criterio previsto, con anterioridad a la Ley 16/2009, en la Recomendación 88/590/CEE, de la Comisión, de 17 de noviembre, relativa a los sistemas de pagos y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas —asumida por las asociaciones del sector crediticio europeo mediante la elaboración de un Código de Buena Conducta sobre la protección de los consumidores en materia de medios de pago—, pues expresamente indica que, en estos casos, *el emisor demostrará que la transacción ha sido registrada y contabilizada correctamente y no se ha visto afectada por un fallo técnico o por cualquier otra anomalía.*

⁴⁷ Con independencia de las responsabilidades exigibles a cada uno de los sujetos que concurren en la operación —que, en última instancia, corresponderá fijar a los tribunales de justicia—.

Obligaciones		Responsabilidad
Del titular		
Instrumento de pago	Utilizarlo de acuerdo con las condiciones que regulan su emisión y utilización. Proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto de una forma razonable. Notificar sin demoras indebidas a la entidad, o a la entidad que este designe, en cuanto tenga conocimiento de ello, el extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago.	No soportará consecuencia económica alguna por operaciones realizadas con posterioridad a la notificación.
Operación de pago	Comunicar a la entidad, <i>sin tardanza injustificada</i> (a), cuando conozca que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, para obtener rectificación de este. Plazo máximo de comunicación: 13 meses desde el adeudo o abono, salvo para los no consumidores, si hubieran pactado un plazo inferior.	Hasta la notificación: soportará hasta un máximo de 150 euros las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído. Excepción: Soportará el 100% de las pérdidas si la operación es fruto: – de su actuación fraudulenta, o – del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con relación al instrumento (b). Si la entidad no hubiera facilitado medios para realizar esta comunicación, salvo actuación fraudulenta, no será responsable de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.
De la entidad		
Instrumento de pago	Proteger la accesibilidad de los elementos de seguridad personalizados del instrumento. No enviar instrumentos no solicitados, salvo para sustituir otros ya entregados; esta sustitución será gratuita cuando lo que se pretenda sea incorporar al instrumento, de acuerdo con lo previsto en el contrato, nuevas funcionalidades no expresamente solicitadas. Garantizar medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario comunicar el extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento o para solicitar su desbloqueo, así como aquellos que le permitan demostrar que ha hecho esta comunicación, o solicitar el desbloqueo, durante los 18 meses siguientes.	Soportará los riesgos del envío tanto de estos como del propio instrumento.
Operación de pago (c)	Probar que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.	En caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, tendrá que devolverla de inmediato, restableciendo la cuenta de pago en su estado. El mero registro de la utilización del instrumento no basta, necesariamente, para demostrar la autorización de la operación, ni que el ordenante actuara fraudulentamente o incumpliera deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones (d).

- a La Sala de lo Civil, en reciente sentencia número 792/2009, de 17 de noviembre de 2009, en la que resuelve diversos recursos interpuestos contra la valoración de determinadas cláusulas contractuales realizada en su día por la Audiencia Provincial de Madrid, estima como fórmula adecuada de equilibrio contractual, y que permitirá, en cada caso, dar adecuada respuesta, que se establezca que el tiempo de comunicación sea *sin demora indebida desde que se conoció la desaparición*. Por el contrario, considera abusivas, por ser fórmulas imprecisas e inciertas, las que imponen la obligación de efectuar la notificación:
- De forma inmediata; a la mayor brevedad; de inmediato; a la mayor urgencia; por escrito.
 - En 24 horas desde su acaecimiento: puede no conocerse el hecho, sin existir mala fe ni falta de diligencia.
- b Continuando con la sentencia anterior, en la misma se considera condición abusiva y desproporcionada la exclusión de responsabilidad de la entidad siempre que se hubiera utilizado el PIN asociado a la tarjeta, reduciéndola únicamente a los supuestos de fuerza mayor o coacción, ya que reconoce que la existencia de posibles captaciones subrepticias y manipulaciones varias a causa de las deficiencias del sistema de tarjetas impiden aceptar esta exención de responsabilidad en todo caso.
- c Volviendo a la sentencia del Tribunal Supremo, en ella se estima que deben considerarse nulas las cláusulas que obliguen al titular a *aceptar como importe real y exacto de cada operación el que fuera registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética*, pues le privan de la posibilidad de oponerse al resultado y hacen recaer el peso de la prueba prácticamente en su totalidad sobre el usuario.
- d El uso del PIN no es prueba suficiente para acreditar este extremo, pues, entre otras cosas, nada impide que se utilice por quien no sea su titular. Además, a diferencia de otras condiciones (características del servicio; forma y procedimiento de autorización; medios de comunicación a emplear...) que pueden ser negociadas, el PIN no puede serlo, por lo que no cabe que su uso se excluya del alcance de esta norma. (Véase páginas 103 y 245 del documento antes citado).

gado a demostrar que no ha realizado las compras cuestionadas, lo que, obviamente, es inadmisibile.

- 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.

Y ello sin que el Servicio entre a valorar, en ningún momento, la autenticidad de las firmas contenidas en las respectivas boletas de compra, a pesar de que constituyen un límite a la responsabilidad de la titular de la tarjeta, pues únicamente los tribunales de justicia, a través de la práctica de los medios de prueba necesarios, podrían tanto determinar la falsedad que se cuestiona como pronunciarse sobre la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en el cumplimiento de sus obligaciones, incluidos, claro está, los establecimientos comerciales.

Responsabilidad por las disposiciones efectuadas

En la actualidad, la Ley de Servicios de Pago establece, como así venía haciendo el Código de Buena Conducta, antes citado, que el titular únicamente soportará hasta un importe máximo de 150 euros las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, excepto cuando haya actuado de forma fraudulenta o haya incumplido, deliberadamente o con negligencia grave, una o varias de sus obligaciones en relación con el instrumento de pago (véase cuadro 5.2).

En cuanto a la enervación por parte de las entidades del límite de responsabilidad descrito, es criterio reiterado de este Servicio el considerar que, si bien 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, cuando la entidad acredite la existencia de hechos que, a priori, podrían considerarse, en nuestra opinión, suficientes para enervar el límite de responsabilidad, su proceder no se aparta de las buenas prácticas bancarias.

En aquellos casos en los que se denuncia la realización de operaciones con tarjeta cuya autoría no reconoce el titular —fraudulentas—, al tiempo que se manifiesta que el titular no ha perdido la posesión de la tarjeta, evidenciándose la posible existencia de una copia de la tarjeta, este Servicio de Reclamaciones, a raíz de la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, viene considerando que no resulta aplicable al supuesto lo establecido en el artículo 32 de la citada norma. Efectivamente, en nuestra opinión, este precepto fija, o limita, la responsabilidad del ordenante para las operaciones de pago no autorizadas cuando estas resulten de la utilización de un instrumento de pago «extraviado o sustraído», no contemplando, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, el supuesto de copia del instrumento de pago, del cual, obviamente, no existe una pérdida de la posesión; este supuesto, a nuestro juicio, se enmarca en la previsión del artículo 31.

Bloqueo por motivos de seguridad

Este Servicio considera una actuación acorde a 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 aceptadas, poniendo los justificantes, una vez obtenidos, a disposición de su cliente.

5.4 Avales y fianzas

5.4.1 COMPETENCIA DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES

En ocasiones, las entidades avalistas aducen que los beneficiarios de los avales no son propiamente «clientes» de las entidades de crédito, ni tampoco «usuarios» de ningún servicio de los que estas prestan a quienes sí son sus clientes, sino titulares de derechos derivados de garantías prestadas por las entidades a tales clientes; por tanto, deberían ser los tribunales de justicia exclusivamente los que entendieran de los supuestos de avales, que deben quedar fuera de las atribuciones del Servicio de Reclamaciones.

El Servicio no comparte ese argumento, y considera que su competencia no se extiende tan solo a reclamaciones de «clientes» propiamente dichos de entidades de crédito, sino, en general, a todas las que procedan de usuarios de servicios financieros, lo que le permite velar por la profilaxis del mercado y corregir los excesos o anomalías que pudieran producirse en la actividad de los diferentes operadores del sector, incluyendo, en aquel concepto, a los beneficiarios de avales.

Ahora bien, es, asimismo, criterio mantenido por este Servicio que la actuación de las entidades puede y debe ser apreciada por el mismo en sus aspectos formales, y bajo el prisma de la observancia de las normas sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros, sin perjuicio de la consideración de que la valoración e interpretación últimas del contenido del aval y de las obligaciones de avalista y avalado pertenecen al ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el Derecho privado, y, por ende, deben ser encomendadas a los tribunales de justicia.

5.4.2 CRITERIOS GENERALES

Cabe señalar, ante todo, que, dada la diversidad de tipos y modelos de garantías existentes en el mercado, procede recomendar vivamente a las entidades de crédito, como emisoras de avales y garantías, que, con anterioridad o al tiempo del otorgamiento de dichos documentos, informen suficientemente a los beneficiarios de la naturaleza y efectos de la garantía emitida en cada caso, de modo que tales beneficiarios puedan conocer, con la mayor precisión posible, el alcance de sus derechos y obligaciones en relación con la garantía otorgada a su favor.

Inequívocamente, el problema nuclear de las garantías radica en la consideración, valoración y prueba, en su caso, de la producción de un incumplimiento de la obligación principal garantizada que sea determinante para la ejecución de la garantía, en cada caso. El análisis del incumplimiento del avalado es especialmente complejo en los supuestos de avales por entregas a cuenta del precio de viviendas, por las circunstancias de tiempo y de modo que juegan en las obras de construcción. De cualquier modo, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, corresponderá a los tribunales de justicia el pronunciamiento definitivo sobre tales cuestiones en aquellas contiendas sobre las mismas que les sean sometidas.

Una exposición sistemática y desarrollada de los criterios y valoraciones de este Servicio sobre las operaciones de garantía puede encontrarse en el artículo «Algunas consideraciones sobre avales y garantías», aparecido en la *Memoria del Servicio de Reclamaciones*.

nes, 2008, del Banco de España, accesible en Internet, en el portal de nuestro sitio web www.bde.es.

5.4.3 CANCELACIÓN Y LIQUIDACIÓN

En los avales de duración determinada, es posible que su plazo de duración se configure como:

- plazo de garantía, de modo tal que, nacidas las obligaciones garantizadas durante la fecha de vigencia del aval, la reclamación correspondiente a su cumplimiento pueda llevarse a cabo una vez finalizado el mismo, durante el plazo general de prescripción de 15 años (o el señalado en las normas forales, en su caso), por tratarse de obligaciones de carácter personal, o
- plazo de caducidad, de manera tal que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado quedarían extinguidos los efectos de tal aval.

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

En definitiva, como lo que fundamenta la percepción de una comisión es que responda a un servicio efectivamente prestado —apartado quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989—, en el supuesto de que todavía subsista riesgo para la entidad de crédito avalista tras la finalización del plazo del aval —es decir, cuando se configure como plazo de garantía, y no de caducidad—, el cobro por la entidad de crédito avalista de una comisión por riesgo es legítimo, al menos en tanto no se acredite la inexistencia de tal riesgo, por la devolución del documento original, por la prestación de una garantía equivalente, por renuncia expresa del beneficiario del aval, o acreditando convenientemente a la entidad avalista la extinción de todas las obligaciones principales garantizadas por el aval o del propio aval, sea cual sea el motivo (prescripción, cumplimiento, etc.).

En estos supuestos, desde la estricta perspectiva bancaria, lo que debe exigirse a las entidades de crédito es, una vez más, una redacción clara de las cláusulas que regulen la duración del afianzamiento prestado, así como las características del mismo, especificando claramente, además, los criterios de devengo de la comisión por riesgo de los avales, debiéndose establecer con total claridad las circunstancias que determinan cuándo se deja de percibir esta retribución.

5.4.4 LIBERACIÓN DE COFIADORES

Existiendo varios fiadores solidarios, la liberación de uno de ellos sin el consentimiento de los demás reduciría la responsabilidad de estos en la parte correspondiente al fiador excluido. En consecuencia, la entidad vería reducida la extensión de su garantía en la misma cuantía. Por lo tanto, lo habitual es que la entidad únicamente pacte la liberación si cuenta con la aquiescencia del resto de fiadores, para que el importe de la garantía permanezca inalterado, lo que implica que cada uno de ellos asuma la parte prorrateada que le corresponda de la porción de garantía que tenía atribuida el cofiador liberado.

Sentado lo anterior, la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en cuanto afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca en la

política comercial y de asunción de riesgos de las entidades de crédito. Por tanto, su fiscalización excede de las competencias del Servicio de Reclamaciones, que no interviene en las decisiones correspondientes al ámbito de actuación discrecional de esas entidades.

5.4.5 EJECUCIÓN

Al margen de otras valoraciones, se considera que el texto del aval es determinante para establecer los derechos y obligaciones de avalista y beneficiario, y, por consiguiente, los presupuestos necesarios para la ejecución de la garantía, por lo que constituye una mala práctica financiera que desnaturaliza la función de la misma el hecho de que las entidades exijan para dicha ejecución requisitos no contenidos ni explicitados en los documentos de aval o fianza, como, en su caso, la obtención por el beneficiario de la resolución convencional o judicial del contrato principal garantizado, incluso con la exigencia de que, si el afianzado se halla en situación concursal, dicha resolución sea autorizada por los órganos del concurso. En el mismo sentido del criterio expuesto, se han pronunciado recientemente diferentes juzgados de Primera Instancia de La Coruña, Burgos, Zaragoza y Valencia, en todos los casos en relación con solicitudes de ejecución de avales en garantía de entregas a cuenta de viviendas adquiridas a una determinada promotora.

En los supuestos de los mencionados avales, que garantizan cantidades entregadas a cuenta de compras de viviendas, sin perjuicio de la aplicabilidad de las consideraciones expuestas a propósito de los avales y garantías en general respecto a su valoración por este Servicio, es preciso poner de relieve que el régimen legal de las entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas no es materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito.

Dentro del ámbito de este último tipo de avales, hay dos nuevos aspectos que merecen especial atención:

- El del señalamiento en el aval de una fecha taxativa de vencimiento fijo, práctica común y aceptada en muchos casos de garantía, pero que (salvo compromiso expreso de renovación incondicionada por parte del avalista) no debe ser admitida en los supuestos de avales que declaren expresamente acogerse a la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ya que el artículo 4 de esa Ley solo contempla la cancelación de las garantías una vez entregada la vivienda, y obtenida la licencia administrativa para su ocupación.
- El de la determinación del obligado a la emisión de los avales, cuestión que no se refiere a la ejecución, sino a la constitución de la garantía, y en la que procede subrayar que, conforme a la Ley 57/1968, de 27 de julio, y otras disposiciones sectoriales, es al vendedor o promotor de viviendas, y en ningún caso a una entidad financiera o aseguradora, a quien se impone el deber de garantizar, mediante aval bancario o seguro de caución, la devolución, en los supuestos legales, de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas vendidas.

Por otra parte, las entidades financieras tampoco vienen obligadas necesariamente al otorgamiento de los avales solicitados a tales efectos por las correspondientes sociedades promotoras o vendedoras, sino cuando lo estimen oportuno, dentro del ámbito discrecional de su política comercial y de sus criterios de selección y decisión sobre riesgos. Ahora bien, en caso de que presten la garantía, sí quedarán obligadas a satisfacerla conforme a sus términos y a la normativa legal aplicable.