

#### 4 CRITERIOS DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES



## ÍNDICE

### 4.1 ACTIVO 59

#### 4.1.1 Préstamos hipotecarios 59

- a. Introducción 59
- b. Política comercial. Aprobación 60
- c. Claridad y transparencia con el cliente 62
- d. Información previa 63
- e. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 67
- f. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario 68
- g. Tramitación administrativa de la hipoteca 71
- h. Tasación de la finca objeto de hipoteca. Coste 73
- i. Intereses 75
  - Primera liquidación de intereses 78
  - Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés 79
  - Sistema francés de amortización* 79
  - Préstamos en progresión geométrica* 79
    - Operaciones a tipo de interés fijo 79
    - Operaciones a tipo de interés variable 79
  - Intereses tras una amortización parcial anticipada 81
  - Intereses bonificados 82
  - Año comercial-año civil 82
  - Redondeo 83
  - Límites a la variación del tipo de interés. Cláusula suelo 84
  - Préstamos nuevos* 85
  - Préstamos subrogados (subrogación de deudor) con motivo de la compraventa de la vivienda gravada* 86
    - Entidad prestamista no compareciente 86
    - Entidad prestamista compareciente 86
    - Entidad prestamista compareciente 86
  - Posible ineficacia de las bonificaciones 87
  - Carácter abusivo de la cláusula suelo 87
- j. Tasa anual equivalente (TAE) 87
- k. Comisiones 94
  - Comisión de apertura 94
  - Comisión por novación modificativa. Por ampliación del plazo del préstamo 95
  - Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca 95
  - Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario 96
  - Comisión por cancelación anticipada 96
  - Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9.12.2007* 96
  - Préstamos a interés variable, concertados con anterioridad al 27.4.2003* 97
    - Cancelación anticipada, subrogatoria 97
    - Cancelación anticipada, no subrogatoria 97
  - Préstamos a interés variable, concertados entre el 27.4.2003 y el 9.12.2007* 97

	Cancelación anticipada, subrogatoria	97
	Cancelación anticipada, no subrogatoria	98
	<i>Préstamos o créditos hipotecarios, formalizados a partir del 9.12.2007</i>	98
	Compensación por desistimiento	98
	Compensación por riesgo de tipo de interés	99
	Comisión por subrogación de deudor	101
l.	Subrogación por cambio de deudor	101
	Información que se debe facilitar con motivo de la subrogación de deudor	101
m.	Subrogación entidad acreedora	103
	Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora	104
	Momento de la subrogación	105
	Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso e subrogación de entidad acreedora	105
	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	106
n.	Dación en pago	106
o.	Productos vinculados	107
p.	Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	109
	Base normativa	110
	Algunos instrumentos de cobertura	110
	Criterios de transparencia aplicados por el Servicio de Reclamaciones en la resolución de reclamaciones referidas a este tipo de productos	111
	Comercialización	112
	Formalización del producto derivado	113
	Documentos de liquidación	114
	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	114
	Cargos en descubierto	114
q.	Otros aspectos	115
	Amortizaciones parciales anticipadas. Destino	115
	<i>Anticipar el vencimiento final del préstamo</i>	115
	<i>Reducción del importe de las cuotas periódicas</i>	115
	<i>Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo</i>	115
	<i>Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo</i>	115
	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	116
	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	119
	Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualación de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza	120
	Errores en escrituras públicas	120
<b>4.1.2</b>	<b>Préstamos con garantía personal</b>	<b>121</b>
a.	Contratación	121
b.	Liquidación	123
c.	Cancelación	123
d.	Renovación/refinanciación	124

e.	Préstamos subvencionados	124
f.	Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo	125
	Aspectos básicos de armonización que persigue la Directiva que transpone la Ley 16/2011	125
	<i>Información precontractual y prácticas previas a la contratación</i>	126
	<i>Información contractual</i>	126
	<i>Cálculo de la TAE</i>	126
	<i>Derecho de retracción o de desistimiento</i>	127
	<i>Derecho al reembolso anticipado</i>	127
	Cuestiones que se mantienen en la Ley 16/2011	127
	Obligación de evaluar la solvencia del consumidor	128
	Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios	128
	Incumplimiento de la norma por entidades de crédito	128
<b>4.1.3</b>	<b>Anejos</b>	129
a.	Anejo I. Ficha de Información Precontractual (FIPRE)	129
b.	Anejo II. Ficha de Información Personalizada (FIPER)	131

## 4.2 PASIVO 135

<b>4.2.1</b>	<b>Depósitos a la vista</b>	136
a.	Contratación	136
	Apertura	137
	Régimen de disposición en cuentas plurales	138
	<i>Cuentas indistintas y cuentas mancomunadas</i>	138
	<i>Modificación unilateral del régimen de disposición indistinta: bloqueo de la cuenta</i>	139
	<i>Autorizado en cuenta</i>	139
	Formalización/documentación	141
	<i>La información precontractual</i>	141
	<i>La información contractual</i>	142
	Condiciones contractuales	143
	<i>Entrega del documento contractual</i>	144
	<i>Cuentas abiertas a nombre de incapaces. Menores de edad</i>	145
	<i>Cuentas abiertas a nombre de personas jurídicas</i>	146
b.	Liquidación	147
	Comisiones y gastos en general y criterios reiterados al respecto	147
	<i>En general</i>	148
	<i>Criterios reiterados</i>	149
	Gastos de correo	149
	Comisión de reclamaciones de posiciones deudoras	150
	Otras comisiones	151
	<i>Comisión de mantenimiento</i>	151
	<i>Comisión de administración</i>	151
	<i>Comisión por reintegro de fondos</i>	151
	<i>Comisión por disposiciones de efectivo por «no clientes».</i>	
	<i>Operaciones SICA</i>	151
	<i>Comisión por ingresos en efectivo</i>	152
	<i>Comisión de descubierto</i>	152

	Los tipos de intereses en general y la TAE	153
	<i>Tipos de interés</i>	153
	<i>La TAE (Norma 8.ª de la CBE n.º 8/1990)</i>	154
	<i>Los intereses</i>	157
	Fecha de valoración	157
	Sábado, hábil o inhábil	158
	Documentación/información remitida al reclamante. Extractos periódicos	158
	<i>Prueba del envío</i>	160
	Modificación de los contratos	160
	A posteriori. <i>Información concreta sobre posiciones o para comprobar el saldo deudor pendiente</i>	162
	Acreditación documental de órdenes y operaciones	163
c.	Apuntes en cuenta	163
	<i>Disposición de fondos</i>	164
	<i>Disponibilidad de los fondos, de conformidad con lo previsto en la Ley 16/2009, de servicios de pago</i>	164
	En general	164
	En particular	165
d.	Actuación unilateral de la entidad	165
	<i>Adeudos/abonos sin autorización</i>	165
	<i>Adeudos por reintegros</i>	165
	<i>Cargos por retribuciones en especie</i>	166
	<i>Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social</i>	166
	Negativa a permitir reintegros de efectivo en oficina diferente a la de apertura de la cuenta	168
	Restricción del importe en los reintegros en efectivo	168
	Bloqueo	169
	Discrepancia con las entregas en efectivo	169
	Embargos	169
	Uso fraudulento de libretas de ahorro	171
	Compensación de cuentas	172
e.	Cancelación	174
	Cancelación por uno de los titulares	174
	Modificación de la titularidad	175
	Reapertura de cuentas	175
f.	Varios	175
	Falta de diligencia	175
	<i>Errores</i>	175
	<i>Falta de presentación de alegaciones</i>	176
4.2.2	<b>Depósitos a plazo</b>	176
	a. Contratación	176
	b. Liquidación	178
	c. Actuación unilateral de la entidad	181
	d. Cancelación	181
	A instancia de la entidad	181
	A instancia del cliente	181
4.2.3	<b>Depósitos indexados</b>	182
	a. Contratación	184
	b. Liquidación	185
	c. Cancelación	185

<b>4.2.4</b>	<b>Incidencias derivadas del fallecimiento de un titular de un depósito</b>	185
a.	Disposiciones <i>post mortem</i> en cuentas plurales	185
	Cuentas indistintas	186
	Cuentas conjuntas	186
b.	Herederos	186
	Información	186
	Disposición de los fondos del causante	187
	Cambio de titularidad	188
c.	Legatarios	188

4.3 SERVICIOS  
DE PAGO 189

<b>4.3.1</b>	<b>Tarjetas</b>	190
a.	Consideraciones generales	190
	Información y documentación contractual	190
	<i>Operaciones de pago singulares</i>	191
	<i>Operaciones amparadas en un contrato marco</i>	192
	<i>Remisión de información</i>	193
	<i>Condiciones contractuales</i>	194
	Transparencia e integridad	194
	Oscuridad de las cláusulas	194
	Entrega del documento contractual	194
	Modificación de los contratos	196
	Revocación de los contratos	197
	Gastos y comisiones	198
	<i>Gastos de tarjetas (emisión, renovación y mantenimiento)</i>	198
	<i>Reclamación de posiciones deudoras</i>	198
	<i>Comisión por exceso sobre el límite</i>	199
	Actuación unilateral de la entidad	199
	<i>Emisión o retirada de tarjetas sin solicitud previa</i>	199
	<i>Envío por medios que no aseguran su recepción</i>	199
	<i>Cancelación y bloqueo unilateral de tarjetas</i>	200
	Tarjetas pago aplazado	200
	<i>Tarjetas revolving</i>	201
	<i>Transferencias de efectivo con cargo a la línea de crédito</i>	202
	<i>Modificación contractual</i>	202
	<i>Incremento unilateral de tipos de interés</i>	203
	Terminales punto de venta	203
	Uso fraudulento	204
b.	Criterios específicos del Servicio relacionados con tarjetas	205
	Acreditación documental de las operaciones reclamadas	205
	Responsabilidad por las disposiciones efectuadas	206
	Bloqueo por motivos de seguridad	206
<b>4.3.2</b>	<b>Transferencias y órdenes de traspaso de efectivo</b>	207
a.	Información y documentación contractual	207
	Operaciones de pago singulares	208
	Operaciones de pago sujetas a un contrato marco	209
	Remisión de información	210
b.	Transferencias sometidas a la Ley de Servicios de Pago	210
	Gastos de la operación	211

	Comisiones	212
	Disponibilidad de los fondos	213
	Revocación	214
	Trasferencias no autorizadas, no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente	214
	<i>Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas defectuosamente</i>	214
	<i>Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago</i>	214
	<i>Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no autorizadas</i>	215
	<i>Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente</i>	215
	Fraude por Internet	216
c.	Órdenes de traspaso de efectivo (OTE)	217
	Consideraciones generales	217
	Plazo de ejecución	218
	Régimen de responsabilidades	218
<b>4.3.3</b>	<b>Adeudos domiciliados</b>	219
a.	Consideraciones generales	219
b.	Recibos domiciliados	220
	Plazos de devolución	220
	Devoluciones fuera de plazo	221
	Fecha de valor	221
	Revocación de la orden de adeudo domiciliado	221
	Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones no autorizadas	222
<b>4.3.4</b>	<b>Ingresos y retiradas de efectivo</b>	222
a.	Consideraciones generales	222
b.	Ingresos en efectivo	222
c.	Pago por ventanilla de recibos no domiciliados	223
d.	Comisiones	223
e.	Otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja	224
	Billetes y monedas	224
	Billetes falsos	225
	Monedas	225
<b>4.4</b>	<b>EFFECTOS</b>	227
<b>4.4.1</b>	<b>Cheques</b>	227
a.	Pago del cheque	227
b.	Revocación	227
c.	Cheque cruzado	227
d.	Endoso	227
e.	Compensación de cheques	228
f.	Comisión de devolución de cheques	228
g.	Fecha de valor y disponibilidad de fondos	229
h.	Gestiones de cobro	230
i.	Cheques librados sobre cuentas en el extranjero	231
<b>4.4.2</b>	<b>Letras de cambio</b>	231
a.	Domiciliación	232
b.	Fecha de valor y disponibilidad de fondos	232



<b>4.4.3</b>	<b>Pagarés</b>	232
a.	Pago del pagaré	233
b.	Comisiones	234
c.	Extravío del pagaré	235
d.	Pagaré falsificado	236
e.	Fecha de valor y disponibilidad de fondos	237



## 4 CRITERIOS DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES

### 4.1 Activo

#### 4.1.1 PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

##### a. Introducción

La hipoteca como derecho real de garantía se coloca al servicio del derecho de crédito para garantizar la satisfacción del mismo. Las operaciones de financiación con garantía hipotecaria, salvo que expresamente se pacte otra cosa, gozan, además, de la responsabilidad personal del deudor con todo su patrimonio presente y futuro (establecida en el artículo 1911 del Código Civil), siempre con una garantía especial que consiste en la constitución de ese derecho real de garantía, llamado hipoteca, sobre un bien inmueble, generalmente una vivienda propiedad del cliente<sup>1</sup>. En su caso, podría pactarse que la responsabilidad del préstamo se restringiera al valor de la garantía, de modo que, en caso de incumplimiento por parte del deudor, se diera por extinguida la deuda con la entrega de la vivienda o, en su caso, otro bien inmueble sobre el que recayera la hipoteca, si bien, hasta ahora, no se ha venido utilizando esta modalidad.

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

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

Se pueden distinguir dos clases de operaciones hipotecarias:

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

---

<sup>1</sup> Constituyen las reclamaciones más frecuentes llegadas al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, si bien la hipoteca puede recaer sobre cualquier otro bien inmueble, que, igualmente, puede ser propiedad de un tercero hipotecante. Además de sobre los bienes inmuebles, pueden ser objeto del contrato de hipoteca los derechos reales enajenables impuestos sobre los mismos (art. 1874 CC).

Actualmente, la normativa sobre transparencia de las condiciones de los préstamos hipotecarios es de aplicación a ambas modalidades, es decir, tanto a los créditos como a los préstamos hipotecarios. En particular, la Orden<sup>2</sup> EHA/2899/2011, en su capítulo II, dicta las «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios», estableciendo el siguiente ámbito de aplicación de las mismas:

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

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

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

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

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

b. Política comercial.  
Aprobación

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

Antes de continuar procede mencionar algunos de los aspectos a los que hace referencia la nueva Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que en su artículo 18. *Evaluación de la solvencia*, incluido

---

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

en el capítulo I, donde se regula el *Préstamo responsable*, entre otras cosas, y a los efectos de lo que en este punto nos ocupa, señala:

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

2 [...]

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

Las reclamaciones formuladas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en relación con el contenido de este apartado suelen estar basadas en:

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

En los casos contenidos en el apartado a), en muchas ocasiones, la parte reclamante suele invocar incumplimiento de promesas y acuerdos verbales alcanzados con los directivos de las correspondientes oficinas. A este respecto ha de señalarse que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España emite su pronunciamiento sobre los hechos que quedan documentalmente acreditados en el expediente, no pudiendo pronunciarse sobre promesas o acuerdos verbales invocados por los clientes que son rechazados por las entidades, ya que la valoración de los mismos corresponde a los tribunales de justicia, a los que, de considerarlo oportuno, pueden dirigirse los clientes, haciendo uso a tal fin de todas las pruebas admitidas en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, si el reclamante acredita documentalmente (mediante correos electrónicos y/o cualesquiera otros documentos) que realmente se le generaron expectativas que luego resultaron frustradas, el Servicio de Reclamaciones considera la actuación de la entidad reclamada como contraria a las buenas prácticas y usos financieros. Ello sin cuestionar la legitimidad que asiste a las entidades en la aprobación o denegación de los apoyos financieros solicitados, en el marco de su política crediticia.

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

c. Claridad y transparencia con el cliente

De acuerdo con las buenas prácticas bancarias, a las entidades financieras, como profesionales en la materia, les es exigible que velen tanto por sus intereses como por los de sus clientes, lo cual se traduce en este punto en la obligación de facilitar una información

financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan. Máxime cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil, una vez suscritos los contratos: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

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

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

d. Información previa

Ahora bien, es habitual que la primera información que se facilite sobre una operación de crédito sea orientativa y se encuentre sujeta a posterior aprobación, una vez que se efectúen las pertinentes comprobaciones sobre la capacidad económica de los solicitantes y, en su caso, de los fiadores, así como de la valoración del inmueble ofrecido en garantía, siendo frecuente que las solicitudes de préstamos que rellenan los clientes incluyan una mención al carácter provisional, o «no vinculante», de las condiciones económicas ofrecidas hasta la aprobación definitiva de la operación. Así, mediante el folleto regulado, en el artículo 3 de la Orden de 5 de mayo de 1994, de *Transparencia de préstamos hipotecarios*, las entidades de crédito están obligadas a informar a toda persona física que solicite un préstamo hipotecario sobre una vivienda que reúna los requisitos de la citada Orden (que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, que el prestatario sea persona física y que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 150.253,03 euros, o su equivalente en divisas). Dicho límite desaparece con la nueva regulación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El folleto ha de contener, con carácter orientativo, las condiciones financieras del préstamo hipotecario, las comisiones aplicables y los gastos que el cliente debe asumir, incluso aunque el préstamo no llegue a firmarse (tasación, comprobación registral, etc.). También se debe hacer constar expresamente en el mismo el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo. Por último, deben figurar en el folleto las características del instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés que la entidad ofrezca a sus clientes.

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, con arreglo al artículo 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, antes citada, si la operación entra en los límites cuantitativos y materiales de la misma, 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 comprometa. El citado artículo 5 señala:

«Artículo 5. Oferta vinculante

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

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

2 En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante».

El límite cuantitativo de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, no obstante, queda superado con la previsión de 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 señala 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 tal modo que la nueva Orden de Transparencia 2899/2011 ya no contempla el límite cuantitativo vigente hasta la entrada en vigor de esta última Orden, a efectos de exigir de las entidades la emisión de información vinculante reglada con carácter previo, según se dice más adelante.

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



nadas 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 (art. 29.2 c de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

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

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

#### «Artículo 21. Ficha de Información Precontractual

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

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

#### Artículo 22. Ficha de Información Personalizada

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

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

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

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

«Artículo 23. Oferta vinculante

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994, que en su artículo 5 regula la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, que a su entrada en vigor deroga la anterior y que, en sus artículos 22 y 23, regula, respectivamente, la FIPER y la oferta vinculante, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación. No obstante, dado que la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, y la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30.2, determinan que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos, durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de la misma que la Oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER

—incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la *cláusula suelo*— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación de la fecha señalada, en ambas normas reguladores, para la firma de la escritura pública.

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

Sobre la base de lo anteriormente dicho, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera contrario a las buenas prácticas bancarias:

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

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

e. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras

El artículo 1280 del Código Civil establece que deberán constar en documento público, entre otros, «[l]os actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», entre los que se encuentra la hipoteca. Adicionalmente, con arreglo al artículo 1875 del mismo cuerpo legal, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad».

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

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

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

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

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

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

f. Otorgamiento de la escritura.  
Elección de notario

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

Por tanto, la elección de notario para la formalización de la escritura de constitución o de carta de pago y cancelación de hipoteca corresponderá, en principio, al cliente interesado, si bien parece razonable entender que sea exigible que dicho fedatario público tenga conexión con alguno de los elementos personales o reales del negocio (por ejemplo, que radique en la ciudad en la que se encuentra el inmueble hipotecado).

El reconocimiento de este derecho pretende facilitar al particular que elija al notario que más garantía de imparcialidad le ofrezca respecto a la parte fuerte de la contratación, ya que el asesoramiento que reciba sobre las consecuencias de los actos y negocios que va a concluir impedirá situaciones de abuso o de imposición de cláusulas abusivas o simplemente ilegales.

No obstante, no se infiere 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 que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al establecer en su artículo 5.4 que «cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público [...] (la) forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible [...] c) el derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor».

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

En cualquier caso, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido otros mecanismos de protección de los legítimos intereses de la clientela activa de las entidades de crédito, que estarían recogidos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En este sentido, el artículo 5.2 de la citada 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, en 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, advirtiendo 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 implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras».

Por su parte, a la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de *Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que deroga la tan repetida Orden de mayo de 1994, su artículo 30 regula el acto de otorgamiento de la escritura, remitiendo al Reglamento Notarial más arriba invocado, a efectos de elección de notario, señalando en el punto 2 —de manera equivalente a como lo hace la Orden de mayo de 1994— que:

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

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

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

- a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vin-

culante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

- b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
  - 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.
  - 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.
  - 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:
    - i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
    - ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
- c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
- d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

- e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
- f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
- g) En el caso de hipoteca inversa, deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.
- h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

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

g. Tramitación administrativa de la hipoteca

Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional: ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto 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 misma 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.

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

Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar quién va a realizar la gestión administrativa de la operación<sup>3</sup>, 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 im-

<sup>3</sup> 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 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—.

porte del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, entraría dentro de lo razonable que la entidad acreedora no facilitara la disposición del préstamo hasta tanto la hipoteca no hubiera sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, elegida la gestora por la entidad, a esta le incumbe una cierta responsabilidad por 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 tiene repetidamente declarado el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la actividad de las entidades de crédito con sus clientes se proyecta hacia estos a través no solo de sus propios departamentos, oficinas y empleados, sino también de los colaboradores externos concertados por ellas para la prestación al cliente del servicio de que se trate, que siempre tiene su causa en una operación formalizada por la entidad con ese cliente, y más aun 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 conceptos de gasto y procurando, además, que las provisiones requeridas a sus clientes se ajusten al máximo a la realidad, a fin de que conozcan con razonable aproximación la totalidad de cargas que deben asumir.

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

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

- Que las entidades no acrediten haber informado a sus clientes, previamente a su adeudo en cuenta y de forma detallada:
  - de los gastos de gestión que deben correr a su costa para inscribir o cancelar una carga hipotecaria;
  - de las repercusiones fiscales que se generan por la formalización de una fianza o de un pacto de igualación de rango en una escritura de modificación del préstamo, o de cualquier otro gasto generado por la novación modificativa del préstamo, aun si el conocimiento por parte de la entidad fuera también posterior a la formalización de la operación.



- Que las entidades tampoco puedan acreditar el consentimiento de los clientes a su cargo, inicial o sobrevenido.
- Que sea elevado el porcentaje de desviación del importe de provisión inicialmente informado y autorizado.
- Que las entidades se despreocupen de las incidencias que puedan surgir por la actuación de las gestorías por ellas elegidas.

h. Tasación de la finca objeto de hipoteca. Coste

El informe de tasación es el instrumento utilizado por las entidades prestatarias para, mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el valor de tasación de la finca objeto de garantía, calcular el límite máximo del importe del préstamo que está dispuesta a conceder la entidad. Y ello teniendo en cuenta que la sanción, positiva o negativa, de las operaciones solicitadas debe basarse, en el marco de la política crediticia fijada por cada entidad, no solo en la valoración de las garantías aportadas, sino, principalmente, en la capacidad de pago de los solicitantes<sup>4</sup>.

De conformidad con el artículo 3 bis 1 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.

Aunque la tasación se elabore en interés propio de la entidad de crédito y no en el de los futuros adquirentes de la vivienda, suele ser habitual que sean ellos los que corran con los gastos, por lo que este 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, debiendo indicarse, igualmente, que la realización de la tasación no conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, sin que su negativa conlleve la devolución de dichos gastos. En caso de resultar denegada la operación solicitada, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que el mismo pueda acudir, si así lo desea, dentro del plazo de vigencia de aquel (seis meses desde su emisión<sup>5</sup>) a otra entidad, en demanda del préstamo denegado.

A este respecto, debe diferenciarse la *tasación* en sí, que es un informe de valoración que suscribe un profesional competente para hacerlo y que tiene como objetivo establecer, de forma justificada, el valor de un bien, de acuerdo con unos criterios previamente establecidos y desarrollando una metodología adecuada al fin propuesto, de una *valoración* (o estimación de valor) que, careciendo de validez legal, establece el valor orientativo de un inmueble mediante la comparación con otros de la misma tipología y zona. A la vista de lo

<sup>4</sup> El artículo 18.3 de la Orden EHA/2899/2011 señala que «[e]n el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía».

<sup>5</sup> Conforme a la redacción dada al artículo 8.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el Real Decreto 1817/2009, de 27 de noviembre.

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, en la medida de lo posible, durante el análisis de la propuesta de riesgo, tratará de minimizar los costes en los que deba incurrir el solicitante, posponiendo razonablemente la obtención de los informes más costosos, entre ellos la tasación, hasta que se haya realizado un preestudio de la viabilidad de la operación, contemplando el resto de variables intervinientes, incluido el análisis de la capacidad de pago. En particular, en los casos en los que, a la vista de la información inicialmente recabada del solicitante de la operación, se planteen dudas acerca de la titularidad registral del bien objeto de garantía, o quepa presumir falta de idoneidad de la misma, una actuación diligente, acorde a las buenas prácticas bancarias, llevará a la entidad a solicitar una nota registral simple antes de encargar la tasación, al objeto de valorar y, en su caso, subsanar los aspectos dudosos que plantee dicha titularidad registral.

Las reclamaciones correspondientes a este apartado presentadas en el Servicio de Reclamaciones del Banco de España corresponden, básicamente, a la siguiente casuística:

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

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

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

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

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

No compete al Servicio de Reclamaciones del Banco de España analizar la bondad del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

i. Intereses

La normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de 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:

- Clase y nivel del tipo de interés aplicable (nominal anual):
  - Fijo.
  - Variable (expresado en tipo de interés de referencia + diferencial).
  - Variable limitado (expresando el tipo de interés mínimo y máximo y el tipo de interés de referencia + diferencial).
- En caso de que durante el plazo de amortización se modifique la clase de tipo de interés, se deberá reflejar el plazo en que se aplicará cada tipo.
- Tasa anual equivalente (TAE) aplicable, como indicador del coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE incluye el tipo de interés más otros componentes computables al efecto, y sirve para ayudar al cliente a comparar las diferentes ofertas.
- El importe, número y periodicidad o fecha de los pagos que el deudor deba realizar a la entidad para el reembolso del crédito, y el pago de los intereses, comisiones y gastos repercutibles, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

En los préstamos hipotecarios en los que el interés pactado sea variable, normalmente el tipo a aplicar se obtendrá añadiendo a un índice de referencia un determinado margen o diferencia, generalmente expresado en puntos porcentuales. 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 préstamos hipotecarios concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebase los 150.253,03 euros) los que dependan exclusivamente de ellas mismas y no se puedan agregar objetivamente, lo más habitual es que se utilicen los tipos de interés de referencia oficial<sup>6</sup>, difundidos por el Banco de España y publicados mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado*.

A efectos de conocer cuál debe ser el índice de referencia que se debe aplicar en cada variación de tipo pactado, habrá que estar a lo contractualmente acordado por las partes, sin que las dudas interpretativas de fondo que puedan surgir al respecto puedan ser re-

---

6 Los tipos de interés de referencia oficial son:

- Referencia interbancaria a un año (euríbor).
- Tipo interbancario a un año (míbor), 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.

sueltas por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, 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, y salvo que expresamente se diga otra cosa, sería lógico que el tipo que se tome a efectos de revisar el aplicable a un préstamo sea el último publicado en la fecha de revisión<sup>7</sup>, 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.

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

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

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

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

Los tipos de interés oficiales de referencia, tras la entrada en vigor de la citada Orden, se publicarán mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y estarán también disponibles en el sitio web del Banco de España, siendo los siguientes (art. 27):

- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.
- Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.
- Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- Referencia interbancaria a un año (euríbor).

---

<sup>7</sup> A este respecto, el Banco de España decidió a principios de 2009 adelantar al comienzo de cada mes la publicación de los índices euríbor y mibor y del tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de deuda pública de plazo entre dos y seis años, ya que, normalmente, es posible conocerlos en cuanto finaliza el mes.

- Permuta de intereses/*Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de cinco años.
- El *míbor*, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

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 *euríbor* a los primeros días de cada mes, efectuada en enero de 2009, no altera el alcance de los acuerdos pactados.

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

- En cuanto a los tipos o índices de interés oficiales de referencia, se cuestiona con frecuencia las expresiones genéricas sobre meses de publicación de los mismos, por ejemplo, «publicado *el mes anterior* a la fecha de revisión», a los que se hace mención en las cláusulas de revisión del tipo de interés, y respecto a los que algunos clientes entienden que deben referirse al tipo publicado el mes anterior «de fecha a fecha» y no al mes natural anterior. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, a salvo de lo que al respecto pudieran establecer otras instancias, admite como práctica consolidada que, a falta de precisión contractual, la consideración de los meses se refiera a meses naturales, según el calendario, y no a períodos mensuales contados de fecha a fecha, por lo que aquel no encuentra razones para emitir un informe contrario a la actuación de las entidades en tal sentido.
- Cuando se trata de tipos de referencia distintos de los oficiales al efecto previstos en la norma sexta.bis.3) de la Circular Banco de España 8/1990, de Transparencia de las operaciones y protección de la clientela, son frecuentes las reclamaciones por falta de comunicación con carácter previo de la aplicación de los mismos y, fundamentalmente, por las dificultades y, en su caso, imposibilidad por parte de los clientes para verificar que el tipo aplicado es el realmente pactado.

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

- Aplicación de un tipo de interés o del diferencial distinto del prometido o acordado verbalmente con el director u otros empleados de la oficina de la que son

clientes. En unos casos, los clientes señalan que se dieron cuenta en el momento de la firma y que no tuvieron más remedio que firmar, mientras que, en otros, indican que se enteraron al verlo en las liquidaciones de los recibos.

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

En tales casos, es exigible que las entidades acrediten haber informado con carácter previo a la fecha de formalización del préstamo de todas las condiciones financieras aplicables al mismo. Si tal circunstancia no se acredita —mediante oferta vinculante suscrita previamente, documento de solicitud de préstamo, o cualquier otro en el que consten las condiciones cuestionadas, firmado por la parte prestataria—, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera la actuación de la entidad reclamada contraria a las buenas prácticas bancarias y, de manera aun más contundente cuando el cliente aporta indicios —notas manuscritas, correos electrónicos o cualesquiera otros— de la posible existencia de la promesa invocada.

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

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

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

Primera liquidación de intereses

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

Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés

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

*Sistema francés de amortización*

En estos casos, se puede:

- Elaborar a la fecha de revisión un nuevo cuadro de amortización por el método francés, obteniendo nuevas cuotas constantes, según el capital pendiente de amortizar en ese momento y el plazo residual del préstamo, siendo este el caso más habitual.
- Mantener fijas las cuotas de amortización de capital calculadas por el método francés en el primer momento, y únicamente calcular los intereses sobre el capital vivo al comienzo del período de intereses de cada cuota, según la frecuencia pactada (mensual, trimestral, etc.). Mediante la suma de ambos importes, se determinará la cuota periódica que se debe pagar en cada vencimiento, cuotas que resultarán variables para cada pago, dada la forma de cálculo.

*Préstamos en progresión geométrica*

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

#### ***Operaciones a tipo de interés fijo***

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

#### ***Operaciones a tipo de interés variable***

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

Por su parte, algunas entidades interpretan que lo que caracteriza a estos préstamos no es la progresividad de sus cuotas, sino la variabilidad de sus tipos, de modo que no se comercializan como préstamos en los que el cliente puede conocer de antemano cómo van a crecer sus cuotas, sino como préstamos cuyas cuotas, una vez aplicado el tipo correspondiente a cada período, variarán en función de la progresión pactada. Esta interpretación, legítima sin duda, no se desprende de la literalidad de los pactos contractuales

suscritos analizados por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España con motivo de las reclamaciones presentadas ante el mismo, ni se le ha acreditado que haya sido explicada a su clientela antes de su formalización. Únicamente se ha podido constatar que los contratos no podían ser ejecutados en los estrictos términos en los que fueron firmados, difiriendo sustancialmente de las expectativas de los clientes y generando efectos no previstos en el contrato.

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

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

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



Suele concluirse en los casos vistos que las entidades no cumplieron con los principios de información y transparencia a que están obligadas para con sus clientes, al no acreditar que explicaran detalladamente a los mismos (con carácter previo a la contratación del producto) las peculiaridades del préstamo y no redactar los contratos con la claridad y transparencia que les son exigibles, de manera que su cliente pueda saber, ante los distintos escenarios de evolución que se pudieran producir, las consecuencias directas en el préstamo contratado. En consecuencia, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha transmitido directamente a las entidades y a través de sus publicaciones periódicas que cuando, ante subidas de tipos por encima de un determinado nivel, sea preciso capitalizar intereses y se corra el riesgo de incrementar las cuotas finales más allá de la razón pactada para mantener el mismo vencimiento, las entidades, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, deberían dirigirse a sus clientes para tratar de lograr un acuerdo por medio del cual dar solución a la situación generada. Y todo ello teniendo en cuenta que cualquier modificación del sistema de cálculo aplicable requerirá el consentimiento de sus clientes, aun cuando opere en su beneficio.

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

Intereses tras una amortización  
parcial anticipada

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

- Que se realice una liquidación de intereses *ad hoc* por los devengados desde el vencimiento de la cuota periódica anterior hasta la fecha de la amortización parcial anticipada, cargándose los mismos, bien por separado en la cuenta asociada, bien en el mismo documento de cargo de la amortización parcial, liquidando la siguiente cuota periódica con los intereses devengados desde el anterior vencimiento y por el importe del principal resultante tras la amortización anticipada.
- Que los intereses de la cuota que vence inmediatamente después de la amortización parcial anticipada se calculen sumando los intereses correspondientes al principal pendiente al inicio del período en el que se realiza la amortización parcial anticipada, por los días que median entre dicho momento y la fecha de la amortización anticipada, más los intereses correspondientes al principal pendiente una vez realizada la amortización anticipada, por los días que median entre dicha fecha y el final del período (vencimiento de la cuota inmediatamente posterior).

En consecuencia, teniendo en cuenta, por un lado, que los intereses del cuadro de amortización generalmente se calculan para cada cuota mensual aplicando el tipo de interés sobre el capital al inicio del período de cómputo y dividiendo el importe total anual así resultante por 12 para determinar los intereses mensuales; y, por otro lado, que los intereses «pico» con motivo de la cancelación parcial anticipada se calcularán, salvo que se establezca otra cosa al respecto, por los días naturales computables entre las fechas que entran en juego, según lo anteriormente señalado, 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 leve efecto negativo en perjuicio del prestatario, de modo que resulta penalizado pagando 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.

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

Intereses bonificados

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

Año comercial-año civil

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

Ante las reclamaciones al respecto presentadas en el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el criterio de este es que 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».

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

Así las cosas, siempre y cuando el citado criterio de «cambio de base» de año natural a año comercial en el cálculo de intereses esté debidamente contemplado en las condiciones contractuales, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España no viene considerando mala práctica bancaria la aplicación del mismo.

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

Redondeo

Hasta el 24 de noviembre de 2002, fecha de la entrada en vigor de la Ley 44/2002, de Medidas de reforma del sistema financiero, la normativa de transparencia permitía la inclusión, entre las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios, del redondeo al alza del tipo de interés aplicable<sup>8</sup>. 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, modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduciendo en su disposición adicional primera una nueva cláusula 7 bis, en la que se califican de abusivas «[l]as estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva», deviniendo nulas

<sup>8</sup> No obstante, se estaba incrementando el número de sentencias que declaraban nula la cláusula de redondeo exclusivamente al alza, por considerar que producía un claro desequilibrio contractual en los derechos y en las obligaciones de las partes.

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 al respecto atiende desde entonces el Servicio de Reclamaciones del Banco de España denuncian que las entidades continúan aplicando la controvertida cláusula, sin tener en cuenta lo establecido por la Ley 44/2006, por considerar que es válida al haber sido contractual y libremente acordada con anterioridad a la Ley 44/2002.

Ahora bien, dado que la Ley 44/2006 es una norma de consumo, la supervisión de su cumplimiento, incluso tratándose de empresarios de sectores que cuenten con normativa específica, como las entidades supervisadas por el Banco de España —como señala la propia Ley—, corresponde a las autoridades competentes en esta materia. Igualmente es a los jueces y tribunales de justicia a quienes compete en exclusiva pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula controvertida y sobre los efectos derivados de tal nulidad.

Pero, sin perjuicio de ello, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España no considera una buena práctica financiera continuar con la aplicación de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza, por cuanto:

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

No obstante lo anterior, cuando la parte reclamante sea una persona jurídica con ánimo de lucro, la normativa de consumo citada no resulta de aplicación, por lo que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que en tal supuesto no puede emitir pronunciamiento alguno en relación con la controvertida cláusula del redondeo. En todo caso, si la mercantil reclamante 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.

Límites a la variación del tipo de interés. Cláusula suelo

Con frecuencia, los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable contienen límites a la variación del mismo, bien en cuanto al mínimo aplicable (*cláusula suelo*), bien en cuanto al máximo (*cláusula techo*), o bien en cuanto a ambos (*cláusula suelo/techo*).

Dichos límites están expresamente previstos 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—<sup>9</sup>. Igualmente se contempla en la Orden EHA/2899/2011<sup>10</sup>, de 28 de octubre, de *Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, ya sin límite cuantitativo.

9 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).

10 El artículo 25 señala que «[e]n el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anejo a la Ficha de Información Personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima».

Ante estas cláusulas, el criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España es considerar que dicha limitación es aplicable siempre que resulte de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentre debidamente recogida en el contrato, extremando las cautelas que aseguran el conocimiento de su existencia por parte de los clientes con anterioridad a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de escritura pública.

Son numerosas las reclamaciones presentadas por los prestatarios ante dicho Servicio de Reclamaciones invocando no haber sido informados por las entidades de la existencia de un límite inferior al tipo de interés aplicable a sus préstamos que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia cuando la suma del mismo más el diferencial, en su caso, pactado es inferior a la controvertida cláusula suelo. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que las entidades prestamistas, en una actuación diligente sobre la base del principio de claridad y transparencia que debe presidir las relaciones entre las entidades financieras y sus clientes, deben estar en condiciones de acreditar haber informado a los mismos de la existencia del citado límite con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública de formalización del préstamo, considerándose, en el caso opuesto, su actuación contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

La exigibilidad de acreditar información previa al respecto responde, básicamente, a los siguientes supuestos y excepciones:

*Préstamos nuevos*

Mediante la oferta vinculante o, en su caso, otro documento firmado por la parte prestataria con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, la entidad debe acreditar haber informado a su cliente de todas las condiciones financieras de la operación, incluidos, en su caso, los límites a la variación del tipo de interés aplicable.

A partir de la entrada en vigor de la susodicha Orden EHA/2899/2011, además de exigirse en la Ficha de Información Precontractual —FIPRE— (art. 21 de la Orden), se deberá informar en la propia Ficha de Información Personalizada —FIPER— (art. 22 de la Orden), además de en un anejo a esta última ficha (art. 25 de la Orden). En su caso, también en la oferta vinculante, si bien en este caso, «[s]i la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento» (art. 23.4 de la Orden).

En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994, que en su artículo 5 regula la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, que a su entrada en vigor deroga la anterior, y que, en sus artículos 22 y 23, regula, respectivamente, la FIPER y la oferta vinculante, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación. No obstante, dado que, en el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, y en el de la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30.2, se determina que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos, durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de la misma que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la cláusula suelo— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación de la fecha señalada, en ambas normas reguladoras, para la firma de la escritura pública.

**Entidad prestamista no compareciente**, ni como parte ni en ningún otro concepto en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de vivienda con subrogación de préstamo. No es exigible a la entidad acreditar información previa, ni es responsable del contenido del documento público, pudiendo serlo, en su caso, el vendedor de la vivienda, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 515/1989<sup>11</sup>. Por su parte, la Orden EHA/2899/2011, en el punto 3 de su artículo 19, establece que «[l]as entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta Orden».

**Entidad prestamista compareciente** en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación (simple) de préstamo, así como en el caso de que el futuro prestatario solicite información de las condiciones del mismo. En el primer caso, el Servicio considera que una actuación diligente de la entidad implica que se ocupe de que todas las condiciones financieras del préstamo figuren de manera expresa y detallada en el documento público, y que, en el supuesto de solicitar información con carácter previo, facilite al futuro comprador que habrá de subrogarse en la operación, igualmente, detalle de todas las condiciones financieras de la misma.

**Entidad prestamista compareciente** en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación y *novación del préstamo*. Dado que la modificación de las condiciones del préstamo implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación, una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga.

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

Los criterios anteriormente expuestos son igualmente aplicables en todo momento de la relación contractual en el que se modifique cualquiera de las condiciones pactadas, como, por ejemplo, en aquellos casos en que ulteriormente se suscriban escrituras de novación. Así lo ha puesto de manifiesto el Servicio de Reclamaciones de Banco de España en diversas publicaciones, entre otras, en su Memoria correspondiente al ejercicio de 2010.

---

11 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, la fecha de la escritura, los datos de su inscripción registral y la 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).

Posible ineficacia  
de las bonificaciones

Como consecuencia de la existencia de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios, puede ocurrir que, en las operaciones a tipo de interés variable en las que se pactan, a cambio de la contratación de determinados productos y/o servicios, bonificaciones al diferencial que, adicionado al tipo de interés de referencia, determina el tipo de interés aplicable, puede ocurrir que, si este último llega a descender por debajo de la cláusula suelo, incluso quedando ligeramente por encima de esta, tales bonificaciones resulten inoperantes, no pudiendo, por tanto, beneficiarse de las mismas.

En estos casos, este Servicio de Reclamaciones hace una llamada de atención a las entidades prestamistas, en el sentido de que sería deseable y constituiría una muy buena práctica bancaria advertir a sus clientes de tal posibilidad, siendo exigible, en todo caso, acorde a las buenas prácticas bancarias, que, si tal circunstancia tiene lugar, las entidades faciliten a sus clientes afectados cancelar dichos productos sin penalización alguna, en el momento en el que ello sea posible, en relación con la naturaleza del producto contratado al efecto.

Carácter abusivo de la cláusula suelo

Finalmente, señalar que igualmente son frecuentes las reclamaciones en las que también se denuncia el posible carácter abusivo de la controvertida cláusula, unas veces invocando falta de proporcionalidad entre los límites mínimo y máximo cuando se trata de una cláusula suelo/techo; otras, falta de reciprocidad, cuando solo se fija un tipo mínimo; y otras, por considerarla abusiva *per se*, con independencia de que se fije solo un límite inferior (suelo) o, también, superior (suelo y techo). La valoración de tales aspectos excede la competencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, siendo otras instancias las competentes al respecto, ante las que, de considerarlo oportuno los prestamistas afectados, podrán plantearlo.

j. Tasa anual equivalente (TAE)

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

La TAE está regulada en la Circular del Banco de España 8/1990, de Transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que, por un lado, en su norma sexta, estipula que:

«En los casos en que la entrega del contrato sea obligatoria, o cuando así lo solicite el cliente, las entidades de crédito harán constar en el mismo, a efectos informativos, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, el coste o rendimiento efectivo de la misma, expresados mediante la indicación de una tasa anual equivalente (TAE), calculada con arreglo a las disposiciones que se contienen en la NORMA OCTAVA de esta Circular, bajo la hipótesis de que las operaciones tendrán vigencia durante el período de tiempo acordado entre las partes y de que estas cumplen sus obligaciones con exactitud y puntualidad».

Por otro lado, en la norma octava establece:

«1 El tipo de interés, coste o rendimiento efectivo deberán expresarse obligatoriamente en los documentos contractuales a que se refiere el apartado 1 de la norma sexta de esta Circular y en los siguientes casos:

- a) Tipo de interés preferencial y de descubiertos en cuenta corriente y excedidos en cuenta de crédito, a que se refiere el apartado 1 de la norma primera de esta Circular.

[...]

- d) Documentos de liquidación de operaciones activas o pasivas.
- e) Oferta vinculante a que se refieren el artículo 16 de la Ley 7/1995 y el artículo 5 de la Orden sobre préstamos hipotecarios. Cuando los créditos o préstamos se realicen a tipo variable, dicho coste tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión: "variará con las revisiones del tipo de interés".

2. Para la confección y publicación del tipo de interés, coste o rendimiento efectivo a que se refiere el apartado anterior, las entidades deberán atenerse a las siguientes reglas, que se desarrollan matemáticamente mediante la fórmula contenida en el anejo V :

- a) Los tipos de interés, costes o rendimientos se expresarán en tasas porcentuales anuales pagaderas a término vencido equivalentes.
- b) La tasa porcentual equivalente es aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término, con las excepciones e indicaciones que se recogen en los siguientes apartados.

[...]

4 En la información sobre el coste efectivo de las operaciones activas, se aplicarán las reglas siguientes:

- a) En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo. No se considerarán a estos efectos las comisiones o gastos que se indican a continuación, aun cuando debe quedar expresa y claramente indicado que la tasa anual equivalente no los incluye:
  - Los gastos que el cliente pueda evitar en uso de las facultades que le concede el contrato, en particular, y, en su caso, los gastos por transferencia de los fondos debidos por el cliente.
  - Los gastos a abonar a terceros, en particular los corretajes, gastos notariales e impuestos.
  - Los gastos por seguros o garantías. No obstante, se incluirán las primas de los seguros que tengan por objeto garantizar a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o



desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre que la entidad imponga dicho seguro como condición para conceder el crédito.

En aquellos casos en que la entidad reciba ayudas, subsidios o subvenciones de carácter público, solo se tendrán en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente los importes efectivamente reintegrados por el beneficiario, de forma que aquellas subvenciones resulten excluidas de sus costes.

- b) Las liquidaciones correspondientes a cualquier clase de morosidad (ya sean de cuotas de interés o de principal) se tratarán de forma independiente, con señalamiento de las variables a que se refiere la liquidación.

[...]

6 En las operaciones a tipo de interés variable, el coste o rendimiento efectivo a reflejar en la documentación contractual se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante durante toda la vida del crédito en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato.

Si se pactara un tipo de interés fijo para cierto período inicial, se tendrá en cuenta en el cálculo, pero únicamente durante dicho período inicial. Excepcionalmente, si el tipo inicial se aplicara durante un plazo de diez años o más, o durante la mitad o más de la vida del contrato aplicándose al menos durante tres años, en el cálculo del coste o rendimiento efectivo solo se tendrá en cuenta ese tipo inicial. Tal simplificación deberá advertirse adecuadamente.

7 En los documentos de liquidación de las operaciones activas que deben facilitarse periódicamente a los clientes, de conformidad con la norma séptima, el coste efectivo se calculará tomando exclusivamente en cuenta el plazo pendiente de amortización y los conceptos de coste que queden por pagar si la operación sigue su curso normal. El coste efectivo así calculado se denominará "coste efectivo remanente".

En las operaciones a tipo de interés variable, las modificaciones que experimenten los índices de referencia no se reflejarán en el "coste efectivo remanente" hasta tanto no afecten al tipo nominal de la operación».

Para, finalmente, en su anejo V, mostrar la fórmula de equivalencia financiera de flujos a que se refiere el apartado 2 de la norma octava, de la que, en un primer paso, podrá obtenerse el tanto por uno efectivo referido al período de tiempo elegido para expresar los  $t_n$  y los  $t_m$  en números enteros, y, a partir del mismo, mediante la fórmula que se indica al final, obtener el tipo anual equivalente (TAE):

$$\sum_{n=1}^n D_n (1+i_k)^{-t_n} = \sum_{m=1}^m R_m (1+i_k)^{-t_m}$$

Siendo:

D = Disposiciones.

R = Pagos por amortización, intereses u otros gastos incluidos en el coste o rendimiento efectivo de la operación.

N = Número de entregas.

M = Número de los pagos simbolizados por R.

$T_n$  = Tiempo transcurrido desde la fecha de equivalencia elegida hasta la de la disposición n.

$T_m$  = Tiempo transcurrido desde la fecha de equivalencia elegida hasta la del pago m.

$I_k$  = Tanto por uno efectivo referido al período de tiempo elegido para expresar los  $t_n$  y  $t_m$  en números enteros.

Por su parte, el tipo anual equivalente  $i$  (TAE) a que se refiere la indicada norma octava:

$i = (1 + i_k)^k - 1$ ; siendo k el número de veces que el año contiene el período elegido.

Por su parte, a partir de su entrada en vigor, la Orden EHA/2899/2011 regula la TAE en su artículo 31, del siguiente tenor:

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

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

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

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

4 En los contratos de préstamo que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y, en su caso, de los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y

los demás gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato».

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

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

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

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

donde:

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

Observaciones:

- a) Las sumas abonadas por cada una de las partes en diferentes momentos no son necesariamente iguales ni se abonan necesariamente a intervalos iguales.
- b) La fecha inicial es la de la primera disposición de fondos.

- c) Los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no.
- d) El resultado del cálculo se expresará con una precisión de un decimal como mínimo. Si la cifra del decimal siguiente es superior o igual a 5, el primer decimal se redondeará a la cifra superior.
- e) Se puede reformular la ecuación utilizando solamente un sumatorio y empleando la noción de flujos ( $A_k$ ), que serán positivos o negativos, es decir, respectivamente pagados o percibidos en los períodos 1 a  $k$ , expresados en años, a saber:

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

## II Supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente:

- a) si el contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de los fondos, se considerará que el consumidor ha dispuesto del importe total del crédito inmediata y totalmente;
- b) si el contrato de crédito dispone diferentes formas de disposición de fondos con diferentes gastos o tipos de interés, se considerará que se dispone del importe total del crédito al tipo de interés y con los gastos más elevados aplicados a la categoría de transacción más comúnmente utilizada en ese tipo de contrato de crédito;
- c) si el contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de fondos en general, pero impone, entre las diferentes formas de disposición de fondos, una limitación respecto del importe y del período de tiempo, se considerará que del importe del crédito se ha dispuesto en la fecha más temprana prevista en el acuerdo y con arreglo a dichos límites de disposición de fondos;
- d) si no se ha fijado un calendario de reembolsos, se presumirá:
  - 1.º que el crédito se concede por un período de veinte años, y
  - 2.º que el crédito se devolverá en 240 cuotas mensuales iguales;
- e) si se ha fijado un calendario de reembolsos, pero el importe de los mismos es flexible, se considerará que el importe de cada reembolso es el más bajo de los previstos en el contrato;
- f) salvo indicación en contrario, cuando el contrato de crédito estipule varias fechas de reembolso, el crédito se concederá y los reembolsos se efectuarán en la fecha más temprana de las previstas en el contrato;

- g) si todavía no se ha acordado el importe máximo aplicable al crédito, se presumirá que es de 180.000 euros;
- h) en el caso de un préstamo puente, se considerará que se ha dispuesto del importe del crédito en su totalidad y por toda la duración del contrato de crédito. Si la duración del contrato de crédito no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de 3 meses;
- i) si se ofrecen por un período o importe limitados diferentes tipos de interés y gastos, se considerará que el tipo de interés y los gastos son los más elevados durante toda la vigencia del contrato de crédito;
- j) para los contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo de interés en relación con el período inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo de interés, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador convenido, el cálculo de la tasa anual equivalente partirá del supuesto de que, al final del período del tipo de interés fijado, el tipo de interés es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador convenido en ese momento».

Las reclamaciones planteadas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en esta materia, traen su causa, fundamentalmente:

- Por entender que no está correctamente calculada.
- Por la divergencia entre la TAE informada en la escritura pública de formalización del préstamo y la que figura en las posteriores liquidaciones de las cuotas periódicas.
- Porque habiéndose pactado cambio base —de días naturales a comerciales— en la fórmula de cálculo de los intereses, tal efecto no se ha tenido en cuenta a la hora de calcular la TAE informativa, en la escritura de préstamo y/o en los recibos de liquidación de las cuotas periódicas.

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

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

rés variable, se tendrá en cuenta el tipo de interés realmente aplicable para cada uno de los respectivos vencimientos, de acuerdo con la normativa *ut supra* referida.

#### k. Comisiones

Con carácter general, las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos (art. 3 de la Orden EHA/2899/2011).

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

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

#### Comisión de apertura

La normativa de transparencia en vigor en el momento de redactar este documento, la Circular del Banco de España 8/1990, sobre *Transparencia de las operaciones y protección de la clientela*, en su norma tercera, 1 bis b), establece que «[e]n 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, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en lo sucesivo, Orden sobre préstamos hipotecarios), 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. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo», criterio que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, sobre la base de una buena praxis bancaria, hace extensible a los préstamos de importes superiores.

Las reclamaciones presentadas sobre esta comisión hacen referencia, básicamente:

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

Es criterio de dicho Servicio de Reclamaciones el considerar contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación simultánea de la comisión de apertura señalada en los casos a) y b) anteriores y, adicionalmente, con vulneración de la Circular BE 8/1990, en su caso.

En el supuesto de la letra c), se considera, igualmente, contrario a las buenas prácticas bancarias la aplicación de comisión de apertura sobre un importe mayor al de la ampliación del capital del préstamo, con motivo de su novación modificativa, puesto que, de otro modo, supondría duplicar una comisión que ya se liquidó por el servicio de apertura con ocasión de la concesión del préstamo.

Comisión por novación modificativa.  
Por ampliación del plazo del préstamo

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

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

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

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

Consecuentemente, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que, sobre la base de dicha norma y acorde a criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría, si la declaración de cancelación de la misma se incorpora en escritura pública.

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

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

- La entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero).
- El simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria)<sup>12</sup> para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

<sup>12</sup> Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

Las reclamaciones que llegan al Servicio de Reclamaciones del Banco de España traen su causa, fundamentalmente:

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

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

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

Igualmente, se emite pronunciamiento desfavorable a las entidades si no acreditan: i) haber informado a sus clientes con carácter previo de las comisiones y/o gastos aplicables; ii) tener dichas comisiones y gastos debidamente tarifados, y iii) en su caso, tener autorización para el cargo en cuenta de tales comisiones y gastos.

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

Las reclamaciones presentadas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por cancelación anticipada superiores a los límites establecidos, en su caso, en la normativa en vigor en cuanto a los préstamos formalizados con anterioridad al 9.12.2007, así como a la falta de claridad y transparencia a la hora de informar a los prestatarios sobre el coste en términos de compensación por riesgo de tipo de interés, que deben pagar por la cancelación anticipada de los préstamos en los que la misma se haya pactado, formalizados a partir del 9.12.2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007, de Reforma del mercado hipotecario. Las alusiones a préstamos hipotecarios, a los efectos que aquí nos ocupan, incluyen también los créditos hipotecarios.

Comisión por cancelación anticipada

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

Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9.12.2007

En estos casos, el Servicio aplica las siguientes reglas:

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

No obstante, para las operaciones subrogatorias con la finalidad de convertir el tipo fijo en variable, y de importe del préstamo inicial inferior a 240.404,84 euros (contravalor de 40 millones de pesetas), en 1996, el Gobierno emitió una Declaración que alude a esta cuestión, recomendando que en la subrogación de



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

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

*Préstamos a interés variable,  
concertados con anterioridad al  
27.4.2003*

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

#### ***Cancelación anticipada, subrogatoria***

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

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

#### ***Cancelación anticipada, no subrogatoria***

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, aunque estuviera pactada una comisión mayor<sup>13</sup>.

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

#### ***Cancelación anticipada, subrogatoria***<sup>14</sup>

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

<sup>13</sup> Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

<sup>14</sup> Disposición adicional única del RD Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de reforma económica, y disposición adicional primera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de reforma económica.

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

#### ***Cancelación anticipada, no subrogatoria***

Procede tener en cuenta las siguientes reglas:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado<sup>15</sup>.

*Préstamos o créditos hipotecarios, formalizados a partir del 9.12.2007*

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

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

#### ***Compensación por desistimiento***

- En las cancelaciones *subrogatorias* y *no subrogatorias*, totales o parciales, y siempre que esté pactado, la cantidad que habrá de percibir la entidad acreedora por este concepto no podrá ser superior:

<sup>15</sup> Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

- al 0,5 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o
  - al 0,25 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el ordinal anterior.
- Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación que habrá de percibir la entidad acreedora será la pactada.

### ***Compensación por riesgo de tipo de interés***

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

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

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

El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el ministro de Economía y Hacienda.

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

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

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

Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.

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

La Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 28 los «Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés», dictando que «se considerarán índices o tipos de interés de referencia los tipos *Interest Rate Swap* (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización», añadiendo, igualmente, el citado precepto que «[s]e aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés».

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

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

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

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

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

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

I. Subrogación por cambio de deudor

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

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

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

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

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

En estos casos, las entidades no tienen, desde el punto de vista estrictamente legal, ninguna obligación de informar al nuevo prestatario, previamente a la formalización de la subrogación, de las condiciones que rigen el préstamo, ya que esta obligación recae en el deudor original. En este sentido, expresamente, la normativa de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 150.253,02 euros, dispone 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 viviendas<sup>16</sup>, 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 de 5 de mayo de 1994.

En la misma línea, pero sin límite cuantitativo de la operación, la Orden EHA/2899/2011, en el punto 3 de su artículo 19, establece que «[l]as entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta Orden».

No obstante lo anterior, y acorde a criterios de buenas prácticas bancarias, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que, en aquellos casos en los que la entidad acreedora intervenga en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación, bien como parte (para admitir la misma de forma expresa y, en su caso, para novar las condiciones del préstamo), bien como simple *compareciente*, resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que no contenga incorrecciones u omita aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente. Hay que entender que, si en última instancia la entidad tiene la potestad de admitir la subrogación del deudor hipotecario, es ella la primera interesada en que sus clientes conozcan las condiciones en las que contratan, a fin de evitar, entre otras incidencias, situaciones de asimetría informativa.

Adicionalmente, en los casos en los que se trate de subrogación con novación modificativa del préstamo, dado que la modificación de condiciones implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación, se considera que una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga.

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

Igualmente, se considera que en aquellos casos en los que la entidad, con posterioridad a la formalización del préstamo al promotor, ha emitido un documento —sin la considera-

---

16 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 dirigida por el promotor a la venta induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, por lo que no se podrán silenciar datos fundamentales en 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, la fecha de la escritura, los datos de su inscripción registral y la 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).

ción 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 va 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 a conocer las condiciones íntegras de la deuda cuya devolución va a asumir.

m. Subrogación entidad acreedora

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

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

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

La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar.

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

En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por esta por capital pendiente e intereses y comisiones devenidas y no satisfechas. Se incorporará a la escritura un resguardo de la opera-

ción bancaria realizada con tal finalidad, en el que se hará indicación expresa de que se efectúa a tal efecto. El Notario autorizante verificará la existencia de dicho documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria, así como que no se ha producido la enervación a que se refiere el párrafo anterior, a cuyo fin la entidad subrogada deberá presentar copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar la subrogación.

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

[...].» .

Las reclamaciones presentadas ante el Servicio de Reclamaciones de Banco de España sobre esta materia corresponden básicamente a las siguientes cuestiones:

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

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

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

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

En el caso de que en las operaciones a tipo de interés variable existan bonificaciones al diferencial que se ha de adicionar al tipo de referencia para determinar el tipo aplicable, mediante la contratación de determinados productos o servicios, la entidad enervante deberá ofrecer las mismas bonificaciones, mediante la contratación de idénticos o muy



similares productos y/o servicios. En caso de que ello no fuera posible, se requeriría consentimiento expreso del cliente de aceptación de las propuestas por la entidad, en los términos señalados en el párrafo anterior.

Momento de la subrogación

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

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

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

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

Ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España se vienen registrando reclamaciones, entre otros motivos, por:

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

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

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

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

Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación

No es indiferente desde el punto de vista patrimonial para el cliente la fecha de aplicación de las nuevas condiciones, que, lógicamente, habrán de ser más favorables para la parte prestataria que las vigentes hasta entonces. Si bien la normativa en vigor no establece un plazo para llevar a cabo la novación, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que la mejora en las condiciones debe ser aplicada lo antes posible y, en todo caso, no más tarde del momento en el que hubiera tenido efecto, de haberse producido, la subrogación enervada, considerándose contraria a las buenas prácticas bancarias la inobservancia de tal criterio por las entidades reclamadas.

n. Dación en pago

En primer lugar, procede aclarar la importante diferencia entre lo que jurídicamente se entiende como *dación en pago* y *dación para pago*. Así, con la *dación en pago* se extingue la deuda en su totalidad, con independencia de cuál sea el valor de la cosa entregada como contraprestación, en tanto que, con la *dación para pago*, se realiza una cesión de la cosa para proceder a la realización de la misma y para que el importe así obtenido se aplique al pago de la deuda hasta donde alcance, persistiendo la deuda por la parte, en su caso, no cubierta. En la *dación para pago*, si el importe obtenido con la realización de la cosa cedida es superior a la deuda preexistente, procede devolver el sobrante al cedente.

Para que la *dación en pago* sea válida, es decir, para que la obligación primitiva quede extinguida mediante la transmisión del inmueble que sirve de garantía al préstamo, es preciso el acuerdo entre las partes, por el que, con la intención de extinguir la obligación preexistente y sin dar origen a una nueva obligación distinta de la de entregar la cosa transmitida, convengan la sustitución de la prestación inicialmente debida por otra distinta, en su caso, la vivienda.

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 «[e]l 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». 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 del Banco de España.

No obstante lo anterior, y aunque se trata de una cuestión sobre la que habrá que extenderse en la Memoria de 2012 porque no afecta a las reclamaciones presentadas en 2011, es importante señalar aquí que en el BOE de 10 de marzo de 2012 (con entrada en vigor el siguiente día 11) se publicó el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que tiene por objeto establecer medidas destinadas a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecario; también recoge los requisitos o condiciones que deben ser cumplidos, así como lo que se considera umbral de exclusión a la hora de aplicar las medidas previstas en el citado Real Decreto Ley.

En el anejo de la mencionada norma se recoge el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, estableciendo las medidas previas a la ejecución hipotecaria, la reestructuración de deudas hipotecarias, las medidas complementarias y las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.

Podrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, anteriormente citado, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

o. Productos vinculados

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

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

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

En el caso particular de los préstamos hipotecarios, no existe, en principio, limitación alguna a las 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 1255 del Código Civil. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija del prestatario el cumplimiento de uno o varios requisitos adicionales, como pueden ser, por ejemplo, domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones, un producto de inversión o un seguro de unas determinadas características, aportar uno o varios fiadores, o que sean varios los prestatarios responsables del pago de las cuotas del préstamo.

Por otro lado, en las operaciones a tipo de interés variable, es frecuente que entidades ofrezcan bonificar el diferencial que, adicionado al tipo de interés de referencia, determina

el tipo de interés aplicable, a cambio de la contratación de determinados productos y/o servicios.

Ahora bien, en los casos en los que la suscripción de una póliza de seguros sea un requisito contractual establecido por una entidad de crédito para el otorgamiento de un préstamo hipotecario y/o para la bonificación del diferencial, y sea innegable la vinculación entre esta entidad y la compañía aseguradora, por la pertenencia de ambas entidades al mismo grupo financiero, no parece admisible que la primera considere que las incidencias que puedan surgir con la referida póliza (entre ellas, su anulación por presunta falta de pago de la prima<sup>17</sup> —con los efectos negativos que conlleva para el prestatario de la entidad de crédito, a más de asegurado «forzoso» de una compañía de su grupo—) sean cuestiones ajenas, que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

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

Por lo demás, y a salvo de lo anteriormente señalado, 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 las entidades registran, 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., son competencia del Servicio establecido al efecto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), a cuyo sitio web puede accederse mediante el enlace:

<http://www.cnmv.es/PortalInversor/section.aspx?hid=20>

---

<sup>17</sup> 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, del mismo modo, respecto a la comercialización de seguros —incluyendo la información previa, la formalización, la interpretación o la ejecución de contratos—, y de planes o fondos de pensiones, la competencia es de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSyFP), que, a estos efectos, tiene sus criterios publicados en su sitio web, al que, igualmente, puede accederse mediante el enlace:

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

p. Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés

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

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.

Esta distribución de competencias puede verse con detalle en un 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 referidas en la Ley del Mercado de Valores, y normas de desarrollo (Mifid).

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 impone a las mismas determinados requisitos en cuanto a la documentación que se ha de 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 entidades que aun no lo hacían comenzaron a informar de estos productos a su clientela bancaria titular de endeudamiento financiero, bien sea 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 ese período. Ello ha tenido una repercusión en las reclamaciones recibidas sobre esta materia en el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, habiendo tenido su punto álgido, en cuanto a volumen de reclamaciones sobre la cuestión, a lo largo del ejercicio 2010.

Complementando la normativa, hay que mencionar, igualmente, que la Orden EHA/2899, en su artículo 24, al que se hace referencia más adelante, regula la información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés que se debe facilitar al cliente «[e]n relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad», y la información a la que se hace referencia más adelante, en el punto 15.3.

#### Algunos instrumentos de cobertura

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

- 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 puede llevar o no pago de prima atendiendo a las condiciones económicas pacta-

das. Dada la naturaleza del producto, 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 que debe pagar siempre va a ser igual o inferior al tipo *CAP* e igual o superior al tipo *FLOOR*. En estos casos suele compensarse, en todo o en parte, la prima que debe cobrar la entidad con la que correspondería pagarle al cliente por la compra del *FLOOR*. Permiten beneficiarse de cierta bajada de los tipos de interés hasta el límite impuesto por este último.

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

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

A estos productos financieros, cuando son contratados para la finalidad de cobertura del riesgo de tipo de interés de un producto de financiación bancario, les son de aplicación las normas de transparencia aplicables a los productos bancarios. 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.

Crterios de transparencia aplicados por el Servicio de Reclamaciones en la resolucin de reclamaciones referidas a este tipo de productos

Sobre la base normativa vigente 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 cuenten con la debida acreditacin documental, no pudiendo entrar a valorar las manifestaciones verbales que no sean admitidas por ambas partes, ya que ello implicarfa dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

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

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

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

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

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

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

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

Comercialización

Se aprecia una deficiente comercialización del producto cuando se aportan evidencias documentales que acrediten 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 o 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 impuesta por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, en su artículo decimonoveno<sup>18</sup>. 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, límite cuantitativo que desaparece con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011.

Se considera que la falta de aportación de dicho documento o la no inclusión, comprobada, de dicha información en el mismo respalda la versión del reclamante e implica una falta de transparencia informativa para con su cliente, considerada por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España 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 caso de que esta fuera invocada por el reclamante, por lo que se remite la cuestión a los tribunales de justicia.

---

18 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 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 la misma, y iii) el período de liquidación. A partir de la entrada en vigor de la tan repetida Orden EHA/2899/2011, deberá tenerse en cuenta, también en este punto, lo señalado en el artículo 24 de la misma, anteriormente referido.

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 el cliente ni por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la corrección de los cálculos realizados.

En aquellos casos en los que se produce la reestructuración de un derivado, cancelando el primero y formalizando un segundo a instancias de la entidad para ajustarse al nuevo escenario y a las nuevas expectativas de evolución de los tipos de interés, las entidades no suelen realizar liquidación alguna, lo que puede llevar al cliente a pensar que esta situación se puede replicar en cualquier momento, viéndose sorprendido por la exigencia de la entidad de pagar un coste de cancelación cuando es él 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, indicando expresamente tal extremo, además de, en su caso, el carácter excepcional de tal circunstancia. También se han visto casos en los que, presumiblemente, la liquidación pudiera haber sido a favor del cliente por la situación del mercado en ese momento, sin que la entidad le hubiera practicado liquidación ni abono alguno, actuación igualmente considerada contraria a las buenas prácticas bancarias.

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 existiera 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, entiende el Servicio de Reclamaciones del Banco de España 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.

q. Otros aspectos

Amortizaciones parciales anticipadas. Destino

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

*Anticipar el vencimiento final del préstamo*

El importe de la amortización se destinará al principal de las últimas cuotas. Se anticipará el vencimiento del préstamo en aquel número de cuotas cuya suma de capital amortizado sea igual al importe destinado a tal finalidad, con el correspondiente ajuste por los intereses. Dado que, normalmente, el número de cuota en que se anticipará el vencimiento final no será exacto, puede optarse por dejar una «cuota pico» por un importe residual, es decir, menor que el de las cuotas ordinarias, o realizarse un recálculo de las mismas, fijando como nuevo vencimiento final, bien el de la cuota anterior, bien el propio de la propia cuota pico. También puede llevarse a cabo un segundo recálculo de las cuotas periódicas, sobre la base de cualquiera de dichos vencimientos (anterior o de la propia cuota pico), al efecto de homogeneizar la cuantía de las mismas. En los préstamos a tipo variable, tal homogeneización se producirá normalmente, si no se ha realizado de ese modo, con el primer recálculo de cuotas tras la primera revisión de tipos que se lleve a cabo, momento en el que, igualmente, podrá optarse por fijar el vencimiento final en cualquiera de los señalados (el de la cuota pico o el de la anterior).

*Reducción del importe de las cuotas periódicas*

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

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

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

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

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

Las reclamaciones correspondientes a este capítulo presentadas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España responden, básicamente, a:

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

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

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

Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas

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

A falta de previsiones contractuales, la multiplicidad de deudas a cargo del deudor puede dar lugar a equívocos<sup>19</sup> 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

---

19 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.

obstante, debe observar necesariamente el carácter accesorio de la obligación de intereses, impuesto en el artículo 1173 —«si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses» (artículo 1173)—.

Subsidiariamente, dicha facultad se otorga al acreedor —«Si aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra esta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato» (artículo 1172.2)—. En este supuesto, la última palabra sobre el tema la tiene igualmente el deudor, quien decidirá si admitir o no la atribución del pago que proponga el acreedor a través del recibo ofrecido.

En el supuesto de que tanto el deudor como el acreedor se abstenga de realizar la imputación del pago, entrarán en juego las reglas de imputación contenidas en el artículo 1174 —«Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si estas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata»—.

Las reclamaciones presentadas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en lo relativo a imputación de pagos de préstamos hipotecarios versan, fundamentalmente:

- a) Sobre los ingresos realizados por ventanilla, en los que el cliente afirma haber advertido al empleado de la entidad que el ingreso se realizaba para una finalidad determinada, generalmente el pago de alguna cuota del préstamo hipotecario vencida o por vencer, y que, pese a esa advertencia, la entidad realizó el abono en cuenta y llevó a cabo otros adeudos en la misma, no dejando saldo suficiente para el pago de la cuota del préstamo hipotecario, que resultó impagada.
- b) Sobre provisiones de fondos realizadas por transferencia con la misma finalidad y resultados que los indicados en el punto anterior, pese a que en el apartado de Observaciones de la transferencia se había indicado la finalidad del abono.

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

- c) Habiéndose realizado una compraventa de vivienda gravada con una hipoteca anterior no amortizada en su totalidad, tras retener el comprador el importe del saldo de la hipoteca pendiente de amortización y realizar posteriormente transferencia bancaria a favor del antiguo prestatario (vendedor de la vivienda), habiendo indicado en el apartado de Observaciones que el importe de la transferencia era para el pago del saldo pendiente de la hipoteca a nombre del vendedor, la entidad acreedora y domiciliataria de la transferencia realiza el abono en la cuenta del beneficiario y, bien el mismo dispone del

saldo sin llevar a cabo la cancelación económica de la hipoteca, bien dicho beneficiario tiene deudas pendientes en la propia entidad domiciliataria de la transferencia, la cual, al recibir el abono y encontrar saldo disponible, aprovecha para cargar a su cliente deudas pendientes de pago.

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

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

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

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

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

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

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.

En cuanto a reclamaciones formuladas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España sobre esta materia, básicamente se centran en:

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

El criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en este punto es como sigue:

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

En el supuesto b), siempre y cuando la entidad hubiera sido mediadora en la colocación del producto, y sin perjuicio de las responsabilidades en las que, como tal, pudiera haber

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

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

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

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

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

Errores en escrituras públicas

En el caso de materializarse errores en las escrituras con las que se elevan a público los acuerdos alcanzados por las entidades con sus clientes, debe procurarse su rectificación a la mayor brevedad posible, para lo que se precisará, con carácter general, el consentimiento de todos los otorgantes del documento que se subsana. En tales casos, las entidades deberán hacer saber a los clientes afectados la necesidad de su colaboración al respecto, dándoles todo tipo de explicaciones y todas las facilidades posibles para su comparecencia, tratando de llegar a un acuerdo amistoso para ello. Mas si los clientes no atendieran a razones, negándose a colaborar, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España entiende que, de resultar necesario, las entidades estarían legitimadas para recaabar el amparo de los órganos judiciales competentes para la regularización del error, ya que, de otro modo, podría perpetuarse la situación irregular.

Ahora bien, esta regla se suaviza en el caso de que la modificación perjudique a una sola de las partes, pues entonces —según indica la Dirección General de los Registros y del



Notariado— bastará con la firma de la persona afectada, sin necesidad de que concurren las demás<sup>20</sup>.

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

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

En consecuencia, se autoriza la subsanación notarial en ausencia de las partes si consta el error de forma manifiesta o patente o, en su defecto, se demuestra dicho error material u omisión fehacientemente, sin descartar su corrección por resultar discordante con los hechos percibidos por el propio notario. Ahora bien, hay que tener presente que la rectificación del error se ha de mover dentro de las coordenadas expresadas, pues de otra manera sería ineficaz. Y es que no hay que olvidar que esta opción se ofrece al notario como un remedio excepcional, de interpretación restrictiva, sin que, por lo tanto, pueda amparar valoraciones ni modificación ninguna de los intereses en juego.

De acuerdo con este criterio, se considera una mala práctica que las entidades, una vez conozcan el error cometido, bien detectado por ellas mismas, bien porque así se lo pongan de manifiesto los clientes afectados, no adopten una actitud diligente en orden a la subsanación del mismo lo antes posible; que ni siquiera insten su posible corrección ante el notario, estando claro que, de ser rechazado por este, de acuerdo con la normativa notarial, únicamente cabría la corrección consensuada entre las partes y, en su caso, el recurso a los tribunales de justicia.

#### 4.1.2 PRÉSTAMOS CON GARANTÍA PERSONAL

##### a. Contratación

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

Una parte muy importante de los préstamos con garantía personal son los llamados «préstamos o créditos para consumo», que se regulan en la actualidad en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo, que entró en vigor el 25 de octubre de 2011 y derogó la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, la cual, por razones de vigencia temporal, es la que se ha aplicado para la resolución de las reclamaciones que sobre esta materia se han presentado a lo largo del ejercicio 2011.

Por ello, en esta Memoria se hace referencia a la normativa anterior (Ley 7/1995), la cual ha sido la base para la resolución de todas las reclamaciones que sobre esta materia se

<sup>20</sup> Por ejemplo, un error en el tipo de interés o en una comisión, si finalmente es a la baja, no necesitará la asistencia del prestatario.

han presentado durante este ejercicio, si bien, más abajo, se ha incorporado un apartado referido a la nueva normativa en materia de consumo (*vid.* apartado f).

La aplicación de la Ley 7/1995 (como se ha dicho, *actualmente derogada*) solo se produce – artículos 1 y 2 – si:

- El prestatario es una persona física que actúa con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo.
- La cantidad financiada oscila entre 150 y 20.000 euros. Si el importe del crédito supera este máximo, únicamente resultará aplicable a estos contratos lo dispuesto en el capítulo III de la citada Ley.
- El reembolso de lo financiado es aplazado. Quedan expresamente excluidos los contratos en los que el reembolso sea único durante los tres primeros meses, o en un máximo de cuatro plazos durante el primer año.
- El crédito es oneroso. Se excluyen los contratos en los que los intereses se acumulan al único reembolso pactado, siendo este superior al principal del crédito, y aquellos en los que, siendo su TAE nula, el proveedor de los servicios preste algún tipo de retribución al prestamista.

En este punto, el Servicio de Reclamaciones considera que, para determinar si un contrato es gratuito o no, habrá de tenerse en cuenta no solo la inexistencia de pacto de interés, o que este sea cero, sino también que no exista obligación por parte del prestatario (consumidor) de remunerar otros conceptos distintos del tipo de interés y que integran el coste total del crédito (esto es, comisiones y/o gastos, entre los que podríamos citar los derivados del seguro de amortización del crédito – fallecimiento, invalidez, etc. – cuando sea exigido por el prestamista para la concesión del crédito).

Además, el contrato, que deberá estar debidamente firmado, contendrá necesariamente lo previsto en el artículo 6 de la Ley 7/1995 y en la norma 6.<sup>a</sup> de la CBE n.º 8/1990, estableciéndose en su artículo 7 un régimen de penalizaciones por falta de forma y por omisión de estas cláusulas. Así:

FORMA Y CONTENIDO MÍNIMO	PENALIZACIÓN POR FALTA DE FORMA/OMISIÓN DE CLÁUSULAS
Forma escrita	Nulidad del contrato
Omisión de la TAE	El tipo pactado se sustituirá por el del interés legal en los plazos convenidos
Importe de los pagos	Únicamente se pagará el nominal en los plazos acordados
Periodicidad o fechas de pago	No se podrá exigir el pago hasta la finalización del contrato
Elementos que componen el coste del crédito	No podrán exigirse gastos no citados en contrato
Necesidad de constitución de un seguro	No podrán exigirse gastos no citados en contrato
Datos inexactos	Se modulará su aplicación, con las consecuencias precedentes

El Servicio considera que incumbe a las entidades, en su propio interés y en el de sus clientes y las personas que pudieran verse afectadas, extremar el celo en la verificación y comprobación de la identidad de las personas con las que entablan relaciones financie-

ras, diligencia que debiera extremarse en caso de concertación de préstamos personales, precisamente por el quebranto que, en los casos de suplantación de personalidad, pudiera derivarse no solo para la entidad, sino también para aquellas personas que hayan sido objeto de la aludida suplantación.

Es imprescindible que en el documento contractual de un crédito para consumo se recojan las menciones preceptivas de la Ley de Crédito al Consumo, como son el importe del préstamo, la firma del reclamante y del representante de la entidad de crédito, y la relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses con indicación de la tasa anual equivalente (TAE) y los demás gastos, así como el importe total de esos pagos, los datos de identificación del comercio prescriptor y la fecha de formalización del contrato. Información que es esencial para que los clientes se obliguen con total conocimiento y conciencia de sus obligaciones y derechos. Las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

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

#### b. Liquidación

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

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

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

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

#### c. Cancelación

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

Además, en los supuestos de cancelación anticipada de préstamos personales, el Servicio de Reclamaciones debe analizar la diferente documentación contractual, para co- tejar que la declaración de vencimiento anticipado se encuentre respaldada por las pertinentes previsiones contractuales, redactadas de forma clara y explícita en el propio contrato.

d. Renovación/refinanciación

Con carácter general, las operaciones deben ser satisfechas a su vencimiento, salvo que los propios contratos contemplen la posibilidad de renovación en determinadas circuns- tancias. Pero no es menos cierto que es práctica habitual que las operaciones crediticias concertadas entre las entidades y, principalmente, las sociedades mercantiles, aunque no contemplen expresamente la renovación entre sus condiciones, se renueven o refinancien al vencimiento, si así lo solicitan los acreditados y siempre y cuando dicha renovación o refinanciación sea aprobada por las entidades prestamistas tras someterse al oportuno estudio y análisis de los correspondientes órganos de riesgos que tienen por objeto tal finalidad, dentro de la discrecional política de riesgos de la entidad, la cual es dinámica en el tiempo en función de diversos parámetros tanto internos como externos. Del mismo modo, en caso de sanción positiva, unas veces lo es en idénticas condiciones a la opera- ción próxima a vencer o, en su caso, vencida y, otras, se modifican las condiciones que deberán ser aceptadas por los acreditados o, en caso contrario, se procede al reembolso al vencimiento de la operación.

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

e. Préstamos subvencionados

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

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

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

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

Llegados a este punto, hay que concluir que las decisiones que adoptan las entida- des de crédito de cara a las condiciones exigibles en las operaciones que conceden

a sus clientes, así como las refinanciaciones que proponen para facilitar a sus clientes la devolución de las cantidades financiadas, son cuestiones que se enmarcan dentro de su política comercial y de asunción de riesgos, y su fiscalización excede de las competencias de este Servicio, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

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

El 25 de septiembre de 2011 entró en vigor la nueva Ley de Contratos de Crédito al Consumo, la cual incorpora a nuestro ordenamiento los contenidos de la Directiva 2008/48/CE y deroga la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo<sup>21</sup>; en ella se diseñan una serie de requerimientos de información unificada o estandarizada, tanto de carácter precontractual como contractual.

Esta Ley, en línea con la legislación actual, se aplica solo a contratos de crédito bajo forma de pago aplazado entre un prestamista (cualquier persona física o jurídica que concede crédito en el ejercicio de su actividad, lo que incluye a las entidades de crédito) y un consumidor (persona física actuando al margen de su actividad comercial o profesional) cuyo importe ascienda al menos a 200 euros.

La Ley contempla la figura del «intermediario del crédito» como sujeto que, con carácter profesional y remunerado, presenta u ofrece los contratos, los celebra en nombre del prestamista o asiste a los consumidores en los trámites previos.

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

Aspectos básicos de armonización que persigue la Directiva que transpone la Ley 16/2011

La Directiva persigue la armonización total de cinco aspectos básicos:

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

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

---

<sup>21</sup> La Ley de crédito al consumo de 1995 derogada se seguirá aplicando a todos los contratos vigentes a 25.9.2011. Los de duración concreta llegarán a su vencimiento rigiéndose por la ley vigente en el momento de su formalización; y los de duración indefinida deberán adaptarse al contenido de la ley en el plazo de un año desde la entrada en vigor.

La nueva norma establece el contenido de la publicidad del producto<sup>22</sup> (tipo deudor, importe, TAE, duración, e información que se recogerá de forma clara concisa y destacada mediante un ejemplo representativo); y los requisitos de información precontractual, aspecto hasta ahora muy poco regulado, contemplando una lista exhaustiva de información que deberá especificarse (tipo de crédito, importe total del crédito, duración de contrato, tipo deudor, TAE, derecho de retracción y de reembolso anticipado...), elaborando un formulario —«Información normalizada europea sobre el crédito al consumo»—, que deberá facilitarse al consumidor «con la suficiente antelación». Igualmente, se regula la información precontractual en casos específicos tales como los descubiertos, se exceptúa de los requisitos de información precontractual a los intermediarios de crédito a título subsidiario y se contempla la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

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

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

Así, al enumerar con mayor detalle el contenido mínimo que debe figurar en los contratos de crédito, y específicamente en los contratos en forma de posibilidad de descubierto, se eleva a rango de ley las menciones que, para el caso de las entidades de crédito, estaban establecidas (casi en su totalidad, aunque no todas) en la Circular 8/1990, las cuales se generalizan para todos los prestamistas.

Además, es de destacar que la Ley, en relación con la forma y el contenido de los contratos, comienza señalando que se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado. Respecto a la falta de forma escrita o del mantenimiento en soporte duradero, se considera un supuesto de anulabilidad (antes, nulidad). Para omisiones o defectos en el clausulado, se mantienen las consecuencias previstas en la anterior regulación.

Se define de forma clara el coste total de crédito para el consumidor, para poder garantizar la comparabilidad de la información relativa a las tasas anuales equivalentes en toda la UE. Se establecen, así, parámetros armonizados para el cálculo de la TAE, que incluyen

---

<sup>22</sup> Hasta ahora solo se exigía que, si se hacía referencia al coste, debía mencionarse también la tasa de interés.

todos los gastos, entre ellos, las primas de seguro, si la obtención del crédito está condicionada a su contratación, y los costes de mantenimiento de la cuenta, salvo en el caso de que la apertura sea opcional.

*Derecho de retracción o desistimiento*

En condiciones similares a lo establecido en la normativa de comercialización a distancia de servicios financieros, se concede al consumidor la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, sin penalización —salvo el pago de los intereses devengados hasta el reembolso del préstamo y la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública— ni obligación de justificación alguna, en el plazo de 14 días a contar desde la fecha de suscripción del contrato (o de recepción de las condiciones contractuales si fuese posterior). Se trata, entendemos, de una de las cuestiones más relevantes de la nueva regulación<sup>23</sup>.

*Derecho al reembolso anticipado*

Se concede al consumidor el derecho a reembolsar anticipadamente el crédito en cualquier momento, sin justificación, contemplando la posibilidad de que los prestamistas exijan, si se cumplen determinadas condiciones, una compensación por los posibles costes «directamente derivados del reembolso anticipado del crédito que el prestamista haya debido soportar»<sup>24</sup>. En cualquier caso, existe un límite máximo a la cuantía de la compensación: ninguna compensación excederá del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.

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

*Cuestiones que se mantienen en la Ley 16/2011*

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

- La obligación de entregar una oferta vinculante, si el prestatario así lo solicitara, la cual se deberá mantener durante un plazo de 14 días naturales.
  
- La obligación de notificar al deudor de los cambios de coste —si bien la información sobre el tipo deudor y sus cambios se encuentra recogida en la Directiva (bien antes de que se produzcan, bien periódicamente, si están vinculados

<sup>23</sup> Las obligaciones del consumidor son, en primer lugar, comunicar antes de que expire el plazo de 14 días al prestamista que ejercita el desistimiento y, en segundo lugar, abonar al prestamista el capital abonado y los intereses devengados entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital. Los intereses se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado. Dichas cantidades deberán abonarse al prestamista a más tardar a los 30 días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. El consumidor no debe abonar penalización alguna en caso de desistimiento.

<sup>24</sup> En la normativa anterior se establecía que la compensación solo procedería en caso de que se hubiera pactado en el contrato. La nueva Ley no exige expresamente ese pacto, pero parece claro que, en ausencia de pacto, el prestamista solo podrá reclamar una compensación si demuestra la existencia efectiva de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito.

a un tipo de referencia público)— no se encuentra en la misma la obligación de notificación del «coste total del crédito».

- Las consecuencias del cobro indebido. Con el fin de penalizar al prestamista que cobra al consumidor una cantidad a la que no tiene derecho, la Ley 16/2011 reproduce una norma ya contenida en la Ley 7/1995. El artículo 25 de la nueva norma impone al prestamista que cobra indebidamente al consumidor (intereses o comisiones no debidos o en cuantía superior) una obligación de restituir lo cobrado más determinadas partidas, que varían en función de que el prestamista haya obrado con dolo o negligencia o sin ellos.
- La prohibición de que el tipo de interés en los descubiertos tácitos implique la aplicación de una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Obligación de evaluar la solvencia del consumidor

La nueva norma recoge el acceso a bases de datos (tanto del propio Estado miembro como de otros) para evaluar la situación financiera de un consumidor. Así, en la Ley se introduce, en las actuaciones previas a la celebración del contrato, la obligación legal de evaluar la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato o de aumentar significativamente el importe, a partir de la información proporcionada por el consumidor y la consulta de bases de datos. En caso de denegación del crédito como resultado de la consulta, el prestamista debe informar gratuitamente al consumidor de aquella. En el caso de las entidades de crédito, se especifica que para la evaluación «tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica».

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

La nueva norma simplifica los requisitos para la declaración de la ineficacia de los contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios por la cancelación o ineficacia de aquellos. Así, se suprimen requisitos que establecía la Ley anterior para que el consumidor pudiera ejercer sus derechos frente al prestamista<sup>25</sup>. Conforme a la nueva regulación, i) cuando la eficacia del contrato de consumo quede condicionada a la efectiva obtención del crédito, será nulo el pacto por el que se obligue al consumidor a cualquier forma de pago del bien/servicio para el caso de que no se obtenga el crédito; ii) si el consumidor ha ejercitado el derecho de desistimiento respecto al contrato de suministro de bienes/servicios, dejará de estar obligado por el crédito vinculado sin penalización alguna; iii) se reducen los requisitos para que el consumidor pueda ejercer los mismos derechos frente al prestamista y el proveedor del servicio, que ahora solo son:

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

Incumplimiento de la norma por entidades de crédito

La nueva Ley declara expresamente la aplicación de la misma a las entidades de crédito, a las que también les será de aplicación la normativa sectorial en lo que no se oponga.

<sup>25</sup> Así, se suprimen: i) que el consumidor haya concertado un contrato de crédito con un empresario distinto del proveedor de los bienes o de los servicios contratados; ii) que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de este, y iii) que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado.



Esta Ley, a diferencia de la anterior, establece dos grupos de normas en cuanto a los efectos del incumplimiento por parte de las entidades de crédito.

- Por un lado, se detallan cuáles se consideran normas de ordenación y disciplina (entre otras, la información y las actuaciones previas a la celebración del contrato, la información y los derechos contractuales, el descubierto tácito, la TAE...), cuyo incumplimiento se califica como infracción grave siempre que no tenga el carácter de ocasional o aislado, y respecto a las que se aplicaría el procedimiento sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.
- Respecto al resto de normas (entre otras, el carácter imperativo de la ley, el derecho de desistimiento, las normas sobre contratos de crédito vinculados, así como las reglas sobre liquidación por ineficacia, resolución del contrato o reembolso anticipado), no se prevé intervención de tipo administrativo, de modo que los conflictos, en su caso, deberán resolverse en el ámbito general de protección civil y mercantil (en los tribunales) y en el ámbito de los sistemas de resolución extrajudicial previstos en la legislación sobre protección de los clientes de los servicios financieros (Servicio de Reclamaciones, en este caso).

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

#### 4.1.3 ANEJOS

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

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

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

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

#### *(Texto introductorio)*

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

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

## ENTIDAD DE CRÉDITO

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

## CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO

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

## TIPO DE INTERÉS

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

## VINCULACIONES Y GASTOS PREPARATORIOS

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

## TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DEL PRÉSTAMO

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

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

## AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

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

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

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

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

### *(Texto introductorio)*

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

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

## ENTIDAD DE CRÉDITO

- Identidad/nombre comercial.
- Domicilio social.

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

#### CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO

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

#### TIPO DE INTERÉS

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

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

#### PERIODICIDAD Y NÚMERO DE PAGOS

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

#### IMPORTE DE CADA CUOTA HIPOTECARIA

- [Importe] [moneda].

- (Si ha lugar) Las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado.
- (Si ha lugar) El tipo de cambio utilizado para la conversión del reembolso en [moneda del préstamo] a [moneda nacional] será el publicado por [nombre del organismo encargado de la publicación del tipo de cambio] el [fecha].

#### TABLA DE AMORTIZACIONES

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

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

#### VINCULACIONES Y OTROS COSTES

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

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

## AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

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

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

## DERECHO DE SUBROGACIÓN (SI HA LUGAR)

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

## DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

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

## SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA

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

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

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

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

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

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

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

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

## RIESGOS Y ADVERTENCIAS

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

- Sus ingresos pueden variar. Asegúrese de que, si sus ingresos disminuyen, aun seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas hipotecarias [periodicidad].
- Tiene usted derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante, con la antelación de 3 días hábiles previos a su formalización ante el mismo.
- (Si ha lugar) Puede usted perder su vivienda si no efectúa sus pagos puntualmente.
- (Si ha lugar) Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago del préstamo no solo con su vivienda, sino con todos sus bienes presentes y futuros.
- (Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo no permanece fijo durante todo su período de vigencia.
- (Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado].
- (Si ha lugar) El presente préstamo no se expresa en euros. Tenga en cuenta que el importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro].
- (Si ha lugar) Este es un préstamo de solo intereses. Ello quiere decir que, durante su vigencia, necesitará reunir capital suficiente para reembolsar el importe del préstamo en la fecha de vencimiento.
- Al margen de lo recogido en la presente ficha, tendrá que pagar otros tributos y gastos (si ha lugar); p. ej., gastos notariales.

## 4.2 Pasivo

Para conocer qué son y cómo funcionan los depósitos bancarios en general, que configuran parte del pasivo de las entidades de crédito y, en concreto, de las entidades de depósito (bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito), 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, procediéndose a la clasificación de los depósitos bancarios según sean a la vista, a plazo o indexados.

## 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 estos 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 deberá incorporar información:
  - Sobre la entidad o proveedor de servicios de pagos.
  - Sobre la utilización del servicio<sup>26</sup>.
  - Sobre los gastos, tipo de interés y tipo de cambio aplicables<sup>27</sup>.
  - Sobre la comunicación<sup>28</sup>.
  - Sobre las responsabilidades y la devolución<sup>29</sup>.
  - 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 la entidad 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 compen-

<sup>26</sup> Características del servicio; identificador único que se ha de facilitar; forma y procedimiento del consentimiento y su retirada; momento de recepción de la orden y hora límite; plazo máximo de ejecución; si hay límites a las operaciones que se van a ejecutar a través de un instrumento.

<sup>27</sup> Gastos y desglose. Tipos de interés y cambio, método y fecha de cálculo, índices de referencia. Aplicación inmediata, en su caso, de los cambios.

<sup>28</sup> Medios, forma, frecuencia, lengua y derecho a obtener las condiciones del contrato marco en cualquier momento.

<sup>29</sup> Para preservar la seguridad del instrumento; derecho de bloqueo del PSP; responsabilidad del ordenante; forma y plazo de notificar las operaciones no autorizadas o ejecutadas de forma incorrecta y responsabilidades del PSP; devolución.



sación entre los activos y pasivos el crédito exigible en cada momento a favor del cuentacorrentista o, en su caso, a favor del Banco, siendo facultad de ambas partes dar por terminado el contrato, mediante la cancelación unilateral de la cuenta.

Apertura

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 este<sup>30</sup>, 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 imponen 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 Reglamento<sup>31</sup> 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 aquella<sup>32</sup>, las entidades de crédito exigirán la presentación de los documentos acreditativos de la identidad de sus clientes<sup>33</sup>, 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 redundará 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.

---

30 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.

31 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.

32 Disposición transitoria primera de la Ley 10/2010.

33 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».

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 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, considera este Servicio 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. Caso de no acordarse previsión contractual alguna sobre el particular, debería entenderse que es una cuenta conjunta, por aplicación de las normas civiles para las obligaciones plurales establecidas en el artículo 1137 del Código Civil.

Cuentas indistintas 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 descubierto 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 descubierto; la cuantía del descubierto y su reiteración; el grado de conocimiento que sobre las disposiciones habidas en descubierto tenía el otro cotitular; la existencia, o no, en otras ocasiones de descubiertos en la cuenta y su regularización, así como cualesquiera otras circunstancias que tengan a bien considerar para alcanzar un pronunciamiento, poniendo de este modo fin a la controversia de manera definitiva.

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 debe ser en principio 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 mayoría 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 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, si bien con carácter general, como se ha apuntado, que 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. Si 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.

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. Ahora bien,

según la práctica bancaria habitual, y salvo pacto expreso en contrario, no estarían facultados para disponer de la cuenta en descubierto. Tampoco están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni para cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni para realizar disposiciones contra la cuenta tras el fallecimiento del titular, por extinción del mandato. 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, lo más usual, firmando ante el banco un documento de «autorización», en que conste la firma del titular y 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 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, 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 dependerá del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta en la misma forma que el titular.
- Revocación de la autorización: en cualquier momento 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 fon-*

dos, 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 defienda mejor sus intereses, esto es, aceptando la utilización de ese nuevo canal por el autorizado —de manera expresa o tácita— o condicionando su nombramiento a que no opere a través de estos canales.

#### 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.

El Servicio de Reclamaciones debe velar para que la gestión de los negocios financieros que formalicen las entidades, que, no olvidemos, se rigen por el principio de libertad de contratación, sea responsable, diligente y respetuosa con los intereses de su clientela. Con este alcance, se exige que la transparencia sea uno de los principios inspiradores de su actuación, no solo para que los clientes sepan en todo momento el estado de sus posiciones y la razón de los movimientos de su cuenta, tanto abonos como adeudos, sino también para que se garantice su conocimiento y comprensión de los términos contratados.

En este sentido, el Servicio de Reclamaciones viene entendiendo que esta obligación de informar de manera clara y transparente se debe manifestar en distintos momentos de la relación entidad-cliente, pero, en especial, con anterioridad a la contratación y en el momento de formalizar la misma.

#### La información precontractual

Dicha información, previa a la firma del contrato, es esencial para que el cliente pueda seleccionar la entidad con la que se unirá financieramente durante el tiempo que dure el contrato, ya que, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), el cliente tiene derecho a comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproco. De ahí que el Servicio de Reclamaciones siempre ha considerado esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos. Criterio de buena práctica bancaria al que la Orden EHA/1608/2010, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, le ha dado rango normativo para este tipo de servicios, al exigir a las entidades que faciliten, en papel u otro soporte duradero, la información y condiciones que deben figurar en los contratos con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por los mismos, y en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible (art. 7 de la citada Orden, respecto a la información general previa relativa a operaciones de pago singulares, y art. 11, respecto a la información general previa a la celebración de un contrato marco).

Este criterio se ha materializado, además, en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que 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 a 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 (art. 29.2 c de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

En cumplimiento de dicho mandato legal, y por lo que respecta al tema que nos ocupa, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, en vigor desde el 29 de abril de 2012, establece en su artículo 6, «Información precontractual», lo siguiente:

«Las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta».

En relación con la publicidad de los depósitos, el artículo 17, apartado 1, de la meritada Orden EHA/2899/2011, establece lo que sigue:

«1 La publicidad realizada por las entidades de crédito para la comercialización de depósitos deberá incluir una referencia al Fondo de Garantía de Depósitos al que se encuentra adherida la entidad, cuando este sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito».

En consecuencia, las entidades deben informar antes de la fecha de contratación los derechos y obligaciones que asumirían las partes en esa fecha, con las especificidades antes citadas, siendo, no obstante, responsabilidad de los clientes su lectura detallada antes de la firma, de modo que puedan solicitar de la entidad, en su caso, todas aquellas aclaraciones que consideren necesarias para una correcta comprensión de los términos acordados.

#### *La información contractual*

Ahora bien, en cuanto al contenido propio de los contratos, los productos y servicios bancarios están sujetos, en definitiva, a la libertad de contratación, y se rigen por lo pactado entre las partes y lo previsto en las normas jurídico-privadas contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, así como en algunas leyes especiales, sin que exista en nuestro Derecho algo parecido a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en que los contra-

tos bancarios tienen una regulación específica en un texto legal (como es el caso, por ejemplo, de los artículos 1834 y siguientes del Código Civil italiano o el Código monetario y financiero francés).

No obstante lo anterior, el régimen de transparencia previsto para los *servicios de pago* recogido en la Orden EHA/1608/201 antes citada<sup>34</sup> —calificada por la Ley 16/2009, de Servicios de pago, como norma de ordenación y disciplina— sí que contempla el contenido informativo que han de tener los contratos marco (art. 12) que amparan estos servicios, y que será de obligatoria aplicación cuando el usuario del servicio sea consumidor (art. 1.2), o cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen. Conviene aclarar en este punto, y en los demás a los que sea aplicable en este capítulo, que este régimen de transparencia es únicamente exigible a los servicios de pago que se presten en el Estado español, que en lo que nos interesa abarca *básicamente* los ingresos y retiradas de *efectivo*, las *transferencias*, los *adeudos directos* (recibos), incluso los no recurrentes, y las operaciones de pago directo efectuadas mediante *tarjeta*, pudiendo realizarse en los tres últimos supuestos tanto desde una cuenta de pago (*depósito a la vista*<sup>35</sup>) como desde una *línea de crédito*<sup>36</sup>. Igualmente, debe indicarse que los respectivos contratos debieron adaptarse a lo previsto en la citada orden con anterioridad al 5 de diciembre de 2010 o 5 de junio de 2011, para los contratos de tarjeta de crédito o débito.

En cualquier caso, resulta esencial para este Servicio, a la hora de resolver las reclamaciones que se le presentan, conocer los términos contractuales acordados por las partes, más aun teniendo en cuenta que solo puede emitir un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que cuentan con la debida acreditación documental, no pudiendo tener en consideración las manifestaciones y acuerdos verbales que no sean admitidos por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

En relación con los documentos contractuales de los depósitos, el artículo 17, apartado 2, de la Orden EHA/2899/2011, establece lo siguiente:

«2 Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de depósito deberán incluir una referencia al Fondo de Garantía de Depósitos al que se encuentra adherida la entidad, indicando, cuando este sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, su denominación debidamente traducida, su domicilio y, en su caso, la de su página electrónica».

### **Condiciones contractuales**

#### *Transparencia, integridad*

Si la base de opinión del Servicio de Reclamaciones se encuentra en la documentación aportada por las partes a sus respectivos expedientes de reclamación, entre la que se

34 La actividad de prestación de servicios de pago queda exclusivamente sujeta a dicha Orden, no resultando de aplicación a la actividad de prestación de servicios de pago lo previsto en la Orden de 12 de diciembre de 1989, que, hasta esa fecha, regulaba los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

35 Únicamente se consideran cuentas de pago las *cuentas a la vista*, y no las cuentas a plazo, pues, al no tener restricción de movimiento de fondos, solo ellas pueden servir de soporte para operaciones de pago.

36 Los contratos afectados, pues, por esta norma son principalmente los de cuenta corriente y libreta; los de tarjetas; anticipos de crédito; adeudos domiciliados; gestión de transferencias masivas, y abono de nóminas.

encuentran los contratos suscritos por las entidades con sus clientes, las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en aquellos sea clara y transparente, legible y comprensible para sus clientes, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación. Recordemos que la reciente Orden de transparencia de los servicios de pagos, citada *ut supra*, expresamente exige que la información y las condiciones recogidas en los contratos deberán estar redactadas en términos fácilmente comprensibles y de manera clara y legible.

#### *Oscuridad de las cláusulas*

De no ser así, cuando las partes discreparan con el alcance de sus propios acuerdos, las buenas prácticas bancarias exigirían que las entidades trataran de llegar a un acuerdo con sus clientes que resultara favorable para ambas partes y permitiera llevar a buen término la relación contractual, ya que, al margen de que la interpretación definitiva de los contratos, así como la determinación de las consecuencias que de la misma pudieran derivarse, correspondería realizarla, en exclusividad, a los tribunales de justicia, el Servicio de Reclamaciones considera que no sería acorde con dichas buenas prácticas que las entidades hicieran la interpretación unilateral que les resultase más favorable, en detrimento de los intereses de sus clientes.

Estos principios también encuentran su reflejo en la redacción del artículo 1288 de nuestro Código Civil, que establece que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

#### *Entrega del documento contractual*

La entrega al cliente del contrato que suscribe con la entidad, además de ser una obligación legal impuesta a esta en la normativa de transparencia actualmente vigente<sup>37</sup>, resulta nuevamente exigible por la necesaria claridad, transparencia y justo equilibrio entre las prestaciones de las partes que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes.

En cualquier caso, su entrega será obligatoria siempre que lo solicite el cliente en cualquier momento de la relación contractual, si bien cuando el titular de un contrato marco de servicios de pago solicite en esos casos una copia en papel u otro soporte duradero, y esta no hubiera sido la forma de comunicación acordada, las entidades podrán adeudar al cliente los correspondientes gastos de envío si así se hubiera pactado<sup>38</sup>.

Si se realiza el contrato por medios electrónicos, la entrega puede hacerse, a elección del cliente, bien mediante un soporte electrónico duradero, que permita su lectura, impresión y conservación, o bien mediante la emisión y entrega al cliente de una justificación escrita de la contratación efectuada, en la que consten todos los extremos del contrato. En cualquier caso, si no se pudiera facilitar la información previamente, deberá darse inmediatamente después de la celebración del contrato.

Por otra parte, la entidad está obligada a conservar copia firmada por el cliente del contrato, excepto en el caso de depósitos instrumentados en libretas de ahorro cuando estas constituyan el documento contractual. No obstante, y al hilo de lo que se expone en el

<sup>37</sup> Orden EHA/1608/2010 y Orden EHA 2899/2011.

<sup>38</sup> Artículo 13 de la Orden EHA/1608/2010 y 19 de la Ley de Servicios de Pago.



siguiente punto acerca de la necesaria conservación de los documentos por parte de las entidades, debemos añadir que las entidades están sujetas a conservarlo no solo durante el tiempo previsto por la normativa mercantil (seis años, según el artículo 30 del Código de Comercio), sino durante el plazo de prescripción de las acciones civiles.

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

Consecuencia de lo dicho hasta aquí es que, cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos, son las entidades las que deben acreditar que sus clientes conocían y/o aceptaron las mismas (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...). Y, en este sentido, la misma Ley 16/2009, de Servicios de Pago, expresamente hace recaer en la entidad la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información que le son legalmente exigidos. En caso contrario, además, el Servicio carecería de soporte para apreciar la bondad de las relaciones iniciadas o de las operaciones controvertidas, lo que denotaría, a la luz de las buenas prácticas bancarias, bien que los respectivos contratos no se formalizaron, bien escasez de diligencia en la custodia de documentos justificativos de las relaciones jurídicas mantenidas con sus clientes, bien falta de colaboración con el propio Servicio.

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

*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 sea mayor de 16 años y 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)<sup>39</sup>.

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 bie-

<sup>39</sup> 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.

nes, 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 el consentimiento de sus representantes legales.

En estos casos, los progenitores pueden ejercer la patria potestad<sup>40</sup> conjuntamente o 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, cuando los padres viven separados<sup>41</sup>, puede ocurrir que se cuestiona 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, valorando la complejidad de cada caso, determinar el alcance del régimen pactado.

Igualmente, en los casos en los que exista conflicto entre los progenitores, discrepando uno de ellos con la apertura de la cuenta, o con las disposiciones hechas sin su consentimiento, los competentes para dirimir las controversias serán los tribunales de justicia, por establecerlo así el artículo 156 del Código Civil. No obstante, podría valorarse acorde a 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.

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

*Cuentas abiertas a nombre  
de personas jurídicas*

---

40 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).

41 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, que establece en el artículo 156 que, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. 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.

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 personas no legitimadas para ello puedan realizar operaciones en su nombre.

A pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se indica que «los productos y servicios ofrecidos por las entidades de crédito en sus relaciones con los consumidores y usuarios se regulan específicamente por las normas de ordenación y disciplina supervisadas por el Banco de España», lo cierto es que la finalidad de tales normas de ordenación y disciplina no es precisamente la regulación del contenido de los productos y servicios bancarios, sino más bien delimitar las obligaciones de comunicación de ciertos aspectos o vicisitudes que se producen en el marco de la relación contractual entre las entidades crediticias y sus clientes (modificación de tipos de interés o comisiones, extractos de cuenta corriente, documentos de liquidación de operaciones, etc.).

El contrato de cuenta corriente bancaria es, en este sentido, como ya se indicó anteriormente, un contrato que no está regulado en ninguna norma, y mixto, ya que participa de los elementos del mandato o la gestión de negocios ajenos, en cuanto que el banco se obliga a prestar un servicio de caja realizando operaciones de pago y cobros por cuenta y en interés de su cliente, y también de 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, si bien ofrece un carácter autónomo y diferenciado respecto de este, ya que la cuenta corriente bancaria nace de un depósito irregular y unilateral sin que suponga una mutua concesión de crédito entre los contratantes, y tampoco produce la indisponibilidad de los créditos anotados hasta que llegue el momento de su cierre, pudiendo el cliente disponer en cualquier momento de las sumas en que consista su crédito, las cuales se compensan automáticamente con las deudas reflejadas en la cuenta, 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 de la entidad, siendo facultad de ambas partes dar por terminado el contrato, mediante la cancelación unilateral de la cuenta.

#### b. Liquidación

Comisiones y gastos en general y criterios reiterados al respecto

Las entidades pueden *pactar libremente* las *comisiones* que cobran por las operaciones o servicios que presten<sup>42</sup>, y pueden *repercutir* a sus clientes los *gastos* efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible:

---

42 Norma 3.ª de la Circular del Banco de España n.º 8/1990; en adelante, CBE n.º 8/1990.

- Que *informen* debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados, procurando en este caso que, aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad.

Si estos servicios se prestaran habitualmente, y no fueran de los catalogados como servicios de pago, esa información deberá recogerse en un *folleto de tarifas* redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, que estuviera a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público, y en el que se registrarán las condiciones máximas que podrán cargarse por cada uno de estos servicios. Excepcionalmente, si la entidad trabajara exclusivamente en banca telefónica, deberá comunicar por escrito periódicamente a sus clientes las tarifas aplicables. Igualmente, si las entidades ofrecieran la posibilidad de realizar operaciones a través de Internet, deberán incluir en su propia página el folleto de tarifas, de modo que sea accesible para el público en general y no solo para sus clientes<sup>43</sup>.

Además, en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, esos costes deberán estar recogidos, de forma explícita y clara, en el *contrato*<sup>44</sup>, figurando al menos su concepto en el caso de los gastos cuya cuantía no pueda determinarse en el momento de la firma. No se admiten remisiones genéricas a tarifas.

En el caso de servicios de pago, la entidad facilitará esta información previa con cada operación de pago que se ejecute, bien sea esta singular bien esté sujeta a un contrato marco; así como en los contratos marco que se celebren<sup>45</sup>.

- Que cuenten con el *consentimiento* al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios.

Ahora bien, sin perjuicio de los criterios anteriormente expuestos, que han sido aplicados por este Servicio en las reclamaciones presentadas en 2011, es menester señalar que, a raíz de la reciente entrada en vigor de la antes mencionada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que, entre otras novedades, elimina el hasta entonces necesario —salvo para los servicios de pago— registro previo en el Banco de España de las comisiones máximas y de los gastos repercutibles a clientes, la nueva regulación de la comisiones bancarias se recoge en el artículo 3 de dicha norma, a tenor del cual:

«1 Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes.

Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

43 Norma 5.ª de la CBE n.º 8/1990.

44 Norma 6.ª de la CBE n.º 8/1990. No es admisible una remisión genérica a tarifas.

45 Artículos 8, 12 y 14 de la Orden EHA/1608/2010, sobre transparencia de los servicios de pago.

2 Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España.

Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por período en que se apliquen.

Esta información estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente.

3 Inmediatamente antes de que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar, se deberá indicar, mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos a repercutir. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

Cuando el servicio bancario vaya a ser prestado a través de un cajero automático o de un dispositivo similar y la entidad emisora del medio de pago sea diferente de la titular de aquel, se podrá sustituir la información prevista en el párrafo anterior por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a que pueda quedar sujeta la operación solicitada. En este supuesto, deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo, en su caso, de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago.

4 En servicios bancarios prestados a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar, en lugar visible, figurará un número de teléfono para incidencias, al que se podrá acudir en el caso de que se produzcan problemas en la prestación de los servicios».

*Criterios reiterados*

### **Gastos de correo**

Recogen el costo que supone (sin beneficio para la entidad de crédito) el envío de cualquier documento que mantenga informado al cliente de su situación.

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de *Servicios de pago*, no se adeudarán estos gastos a los clientes por el cumplimiento de sus obligaciones de información, cuando obviamente estén referidas a este tipo de servicios o contratos que los sustentan. No obstante, podrá acordarse su cobro por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre que hubiera sido solicitada por el usuario del servicio y que los gastos fueran adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados.

*Fuera de estos supuestos*, cuando las entidades carguen gastos de correo, por estar legitimadas para ello, deberán indicarse estos con la máxima claridad.

En cualquier caso, este Servicio considera que, dado que la entidad no puede repercutir más que los costes efectivamente incurridos, por cuenta de terceros, en cada envío no sería admisible que:

- Se adeudaran tantos gastos de correo como documentos remitidos en el mismo envío, pues aceptarlo implicaría un lucro improcedente para la entidad.
- Se hiciera recaer en el cliente el importe íntegro del gasto si el envío es aprovechado por la entidad para incluir información adicional a la pactada o información no requerida ni aceptada previamente por el cliente.

Tampoco se considera una buena práctica bancaria que las entidades repercutan los gastos de correo a sus clientes cuando estos han dado instrucciones inequívocas de que no se les remita ninguna comunicación por este medio.

#### ***Comisión de reclamaciones de posiciones deudoras***

Esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de su(s) cliente(s). Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias y ante la dificultad de las entidades de determinar *a priori*, y de justificar, *a posteriori*, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que:

- Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).
- Es única en la reclamación de un mismo saldo. En consecuencia, de declararse vencida anticipadamente la totalidad de la deuda, solo podría adeudarse una nueva comisión por este concepto, con independencia de que, por criterios internos de recuperación de impagados, dicha deuda sea pasada al cobro total o parcialmente. Caso distinto sería que en esas circunstancias se llegara a un acuerdo de refinanciación de la misma, de la que resultara un calendario de nuevas cuotas a pagar. En este caso sí que sería admisible, de llegar a producirse nuevos impagos de las mismas, la aplicación de la comisión de referencia. No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación (por ejemplo, notaría).
- Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales.

Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo

cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Otras comisiones

*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:

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

En los casos en los 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 hubiera usado la cuenta.

*Comisión de administración*

Generalmente, está vinculada al funcionamiento de la cuenta, es decir, al uso que se haga de ella. Se establece como el pago de una cantidad fija por cada apunte que se realice durante el período de liquidación. Es común excluir de su aplicación un número determinado de apuntes (p. ej., los diez primeros) y/o un tipo (excluir todos los ingresos en efectivo).

Esta comisión es compatible con la de mantenimiento, ya que suele pagarse cuando la entidad presta servicios de cargo y abono adicionales a los cubiertos por la comisión de mantenimiento, tales como adeudos e ingresos por conceptos diferentes.

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 el importe de las órdenes de pago en efectivo que se han de realizar por 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 ese 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 únicamente disponible 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 la siguiente dirección 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, salvo pacto expreso en contrario con sus clientes. 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 vengán 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. En cuanto a la primera, sí se deberían calcular siempre los intereses liquidados sobre el saldo medio deudor durante el período de liquidación, pero, para la segunda (TAE de las comisiones), se viene admitiendo que las entidades la calculen sobre el mayor saldo deudor durante el período de liquidación, en lugar de hacerlo sobre el saldo medio deudor. Ahora bien, dado que el cálculo del coste efectivo de los descubiertos en cuenta corriente con consumidores<sup>46</sup>, producidos en los períodos de liquidación, se hará aplicando «las normas sobre créditos en cuenta corriente», y resultando que en estos casos<sup>47</sup> «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».

Comisión distinta es la que responde a la reclamación de descubiertos como consecuencia de haber quedado sus cuentas en esa situación, y que podrá únicamente adeudarse si se dan los requisitos ya citados más arriba y que resumidamente son: deben responder a una reclamación formal de posiciones deudoras; tratarse de gastos realmente habidos; que estén debidamente justificados, y que su repercusión al cliente esté prevista en el documento contractual.

Los tipos de intereses en general y la TAE

Tipos de interés

La normativa que regulaba los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito establecía como principio básico la libertad para su fijación (número 1.º de la Orden de 12 de diciembre de 1989). No obstante, las entidades están obligadas a publicar en el tablón de anuncios de sus oficinas (normas 1.ª y 5.ª de la CBE n.º 8/1990):

- El tipo de interés preferencial que aplican a sus clientes.
- Los tipos aplicables en los descubiertos en cuenta corriente, haciendo constar separadamente los aplicables a consumidores (que, además, no pueden dar

46 Letra b) del apartado 5 de la norma octava de la Circular 8/1990 del Banco de España.

47 Según lo establecido en la letra c) del apartado 4 de la misma norma octava.

lugar, una vez sumadas las comisiones, a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero).

- Los tipos para excedidos en cuenta de crédito.

Los dos últimos tipos de interés son de *obligada aplicación* si contractualmente no se hubieran pactado otros inferiores.

Además, publicarán, con carácter *orientativo*, los tipos de referencia aplicados a las operaciones o plazos que consideren como más habituales o representativos y, en particular, los que afectan al consumo y a la adquisición hipotecaria de vivienda.

La TAE (norma 8.ª de la CBE  
n.º 8/1990)

La tasa anual equivalente (TAE) es el término con el que se refleja el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero (al considerar en su cálculo el efecto financiero que representa, además del interés, la periodicidad de los pagos y otras comisiones, gastos o desembolsos que pudieran producirse durante la vida de la operación), facilitando de esta manera la comparación entre diversas alternativas de inversión o financiación.

No se consideran, a efectos de su cálculo, los siguientes gastos:

- Aquellos que el cliente pueda evitar (por ejemplo, gastos por transferencia de los fondos debidos por el cliente).
- Los que se abonen a terceros (corretajes, gastos notariales e impuestos).
- Los gastos de seguros, salvo que garanticen a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo, y hayan sido impuestos por esta para la concesión del préstamo.

Su inclusión será ineludible:

- En los documentos contractuales cuya entrega sea igualmente obligatoria.
- En la publicidad en que se haga referencia implícita o explícita a costes o rendimientos de operaciones bancarias.
- En los documentos de liquidación de estas, teniendo en cuenta que las liquidaciones correspondientes a cualquier clase de morosidad se tratarán de forma independiente.
- En las ofertas vinculantes presentadas sobre préstamos sujetos a la Orden sobre préstamos hipotecarios y sobre créditos al consumo sujetos a la Ley 7/1995, de crédito al consumo.
- En los tipos de interés que las entidades estén obligadas a publicar en su tablón de anuncios.

El tipo nominal anual y la TAE resultarán idénticos en aquellos casos en que se produce un único pago de intereses a fin año y la operación no tenga ningún otro coste o desembolso.

En este punto, debemos recordar lo dispuesto en la norma sexta de la Circular del Banco de España 8/1990, sobre Transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la que se estipula que:

«En los casos en que la entrega del contrato sea obligatoria, o cuando así lo solicite el cliente, las entidades de crédito harán constar en el mismo, a efectos informativos, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, el coste o rendimiento efectivo de la misma, expresados mediante la indicación de una tasa anual equivalente (TAE), calculada con arreglo a las disposiciones que se contienen en la NORMA OCTAVA de esta Circular, bajo la hipótesis de que las operaciones tendrán vigencia durante el período de tiempo acordado entre las partes y de que estas cumplen sus obligaciones con exactitud y puntualidad».

Por su parte, la norma octava de la citada Circular 8/1990 establece la obligación de expresar el tipo de interés, coste o rendimiento efectivo de la operación, además de en los documentos contractuales, en los documentos de liquidación de operaciones activas y pasivas, calculados mediante la aplicación, entre otras, de la siguiente regla:

«En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo».

En cuanto a la forma de determinar la TAE, la Circular del Banco de España (CBE) 8/1990, de Transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma octava, «Coste y rendimiento efectivos de las operaciones», señala que:

«1 El tipo de interés, coste o rendimiento efectivo deberán expresarse obligatoriamente en los documentos contractuales a que se refiere el apartado 1 de la norma sexta de esta Circular y en los siguientes casos:

[...]

- c) Publicidad en que se haga referencia implícita o explícita a costes o rendimientos de operaciones bancarias.
- d) Documentos de liquidación de operaciones activas o pasivas.

[...]

2 Para la confección y publicación del tipo de interés, coste o rendimiento efectivo a que se refiere el apartado anterior, las entidades deberán atenerse a las siguientes reglas, que se desarrollan matemáticamente mediante la fórmula contenida en el anejo V:

- a) Los tipos de interés, costes o rendimientos se expresarán en tasas porcentuales anuales pagaderas a término vencido equivalentes.
- b) La tasa porcentual equivalente es aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo re-

manente a su término, con las excepciones e indicaciones que se recogen en los siguientes apartados.

3 [...]

4 [...]

5 En la información sobre el rendimiento efectivo de las operaciones pasivas, se aplicarán las reglas siguientes:

- a) El cálculo del tipo de rendimiento efectivo se referirá a los importes brutos liquidados, sin tener en cuenta, en su caso, las deducciones por impuestos a cargo del perceptor, ni las ventajas fiscales por desgravaciones que puedan beneficiarle. La entidad podrá añadir, si lo considera conveniente, los tipos netos que puedan resultar para el cliente, teniendo en cuenta esas circunstancias fiscales.

[...]

Por su parte, el anejo V, «Cálculo de las tasas de coste o rentabilidad de operaciones», establece que:

«La equivalencia financiera a que se refiere el apartado 2 de la norma octava de esta Circular tiene la siguiente expresión matemática:

$$\sum_{n=1}^n D_n (1+i_k)^{-t_n} = \sum_{m=1}^m R_m (1+i_k)^{-t_m}$$

Siendo:

D = Disposiciones.

R = Pagos por amortización, intereses u otros gastos incluidos en el coste o rendimiento efectivo de la operación.

N = Número de entregas.

M = Número de los pagos simbolizados por R.

T<sub>n</sub> = Tiempo transcurrido desde la fecha de equivalencia elegida hasta la de la disposición n.

T<sub>m</sub> = Tiempo transcurrido desde la fecha de equivalencia elegida hasta la del pago m.

i<sub>k</sub> = Tanto por uno efectivo referido al período de tiempo elegido para expresar los t<sub>n</sub> y t<sub>m</sub> en números enteros.

Por su parte, el tipo anual equivalente i (TAE) a que se refiere la indicada norma octava:

i = (1 + i<sub>k</sub>)<sup>k</sup> - 1; siendo k el número de veces que el año contiene el período elegido».

Si bien literalmente la fórmula de equivalencia financiera contenida en el anejo V, reproducida en el recuadro de más arriba, así como su glosario de términos, podría parecer redactada para operaciones activas (hace referencia a disposiciones, amortización, etc.), igualmente es válida para la actualización de los flujos derivados de las operaciones de pasivo, tal como se desprende de la norma octava, que contempla, de manera inequívoca, esa equivalencia financiera de flujos también para determinar el rendimiento efectivo de las operaciones pasivas.

Sin perjuicio de la regulación expuesta, que ha sido aplicada por este Servicio en las reclamaciones presentadas en 2011, es necesario indicar aquí también que a raíz de la entrada en vigor de la meritada Orden EHA/2899/2011, la nueva regulación de los tipos de interés y de la TAE se recoge en el artículo 4 de dicha norma, con el siguiente contenido:

«1 Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación.

2 Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizados, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España.

Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, la tasa anual equivalente (TAE) u otra expresión equivalente de la operación. A estos efectos, se entenderá como tasa anual equivalente aquella que iguale en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término, con las excepciones e indicaciones que determine el Banco de España, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 y en los anejos de esta orden. La fórmula utilizada para obtener la citada información deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al Boletín Oficial del Estado en que se hubiera publicado la normativa en que se contenga.

Esta información unificada estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

3 Las entidades que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito deberán publicar, en la forma y con las indicaciones que establezca el Banco de España, las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos. Esos tipos serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. En particular, las entidades harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo».

Los intereses

### **Fecha de valoración**

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

- 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 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 transparencia general.

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

#### *Sábado, hábil o inhábil*

La normativa de servicios de pagos derogó expresamente la previa normativa en materia de valoración, de modo que el Sistema Nacional de Compensación Electrónica anunció que desde el 1 de octubre de 2010<sup>48</sup> no se producirían ya intercambios los sábados en ninguno de sus subsistemas, eliminando cualquier referencia a los sábados hábiles en su normativa.

Así, 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 interviene 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 hubieren contratado (art. 2.26 de la citada Ley).

Documentación/información remitida al reclamante. Extractos periódicos

El Servicio de Reclamaciones, haciendo suya la línea jurisprudencial marcada en diferentes sentencias<sup>49</sup>, ha venido considerando que la remisión de extractos tiene en el uso bancario gran relevancia, por cuanto en ellos se solicita la conformidad del cliente con la información remitida y se prevé su silencio como prestación tácita de conformidad una vez transcurrido determinado plazo, pues tal abstención o silencio puede ser considerado como expresión de consentimiento en aras de la buen fe.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Entre otras, las de la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 2.ª) de 10 de mayo de 1999; de 23 de octubre de 1991; de 3 de diciembre de 1994; de 26 de junio de 1995, y de 15 de diciembre de 1998.

En este sentido, la normativa de transparencia obliga a las entidades a facilitar a sus clientes la información justificativa de las operaciones singulares que ejecuten por orden suya o en su beneficio, así como a rendir cuentas a sus clientes diligentemente por cualquier tipo de gestión que encarguen, por su mediación, a un profesional independiente, entregándoles la documentación generada. Esta actuación no debería dilatarse en el tiempo más de lo absolutamente necesario, de tal forma que, tan pronto como se hayan efectuado las gestiones encargadas, el cliente tenga constancia y acreditación documental de su ejecución y su coste.

No obstante, cuando estas operaciones sean servicios de pago y queden amparadas en un contrato marco, podrán sustituir esta información individualizada por una remisión gratuita y periódica de extractos, si bien deberá ser al menos una vez al mes y en la forma convenida por las partes, siempre que permita almacenar la información y reproducirla sin cambios y siempre que se recojan cuantos extremos se indican en la citada normativa<sup>50</sup>, de modo que los clientes puedan comprobar la exactitud o realidad de sus operaciones.

Para el resto de contratos, operaciones o servicios, las entidades deben facilitar, en cada liquidación que practiquen por sus operaciones activas y pasivas, un documento en el que se expresen con total claridad los tipos de interés y comisiones aplicados, con indicación concreta de sus conceptos, así como de los gastos suplidos y cuantos antecedentes sean necesarios para que el cliente pueda verificar la liquidación efectuada<sup>51</sup>. No obstante, si la operación diera lugar únicamente a pagos periódicos prefijados, la entrega de los sucesivos documentos de liquidación podrá ser sustituida por la inclusión en el contrato de una tabla de todos los pagos o amortizaciones, que será sustituida cuando se modifique cualquiera de los datos, y todo ello sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

A la vista de lo expuesto, se considera una mala práctica bancaria, entre otras:

- Suspender unilateralmente, sin el conocimiento ni autorización de los clientes, el envío periódico de extractos de sus cuentas.
- Impedir la modificación del régimen de comunicaciones previsto a priori en el documento contractual suscrito, si se estipula igualmente en el mismo esa facultad.
- Realizar un cambio de domicilio de la correspondencia sin conocimiento ni consentimiento de su destinatario.

Debe, no obstante, indicarse aquí que, tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, su artículo 15 establece la información que se ha de facilitar a los titulares de los depósitos a la vista, disponiendo lo siguiente:

«1 Sin perjuicio de lo establecido en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, las entidades de crédito deberán comunicar gratuitamente

---

<sup>50</sup> Artículos 15.2 y 16.2 de la Orden EHA/1608/2010.

<sup>51</sup> Comunicaciones que deberán ajustarse a lo previsto en el anejo VI de la CBE 8/1990.

al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en su cuenta corriente, si los hubiera, con información relativa a la fecha, concepto e importe de la operación.

En todo caso, se deberá proporcionar al cliente una copia de la información relativa a cualquier operación realizada a través de cualquier depósito a la vista.

2 Las entidades de crédito deberán colaborar activamente e intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre sí y con el propio cliente, al objeto de facilitar el traslado eficaz y ágil a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que empleen como soporte un depósito a la vista, tales como domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencia y transferencias periódicas recibidas».

#### Prueba del envío

De acuerdo con la línea jurisprudencial citada *ut supra*, «la mecanización bancaria hace que pueda presumirse genéricamente el cumplimiento de dicho acuerdo (envío de extractos) y, aunque el envío es indemostrable al hacerse por medios que no permiten tener constancia de la recepción, solo en caso de negarse este y poder apreciarse un motivo razonable (varios titulares de la cuenta, separación matrimonial) debe atenderse la negativa».

En consecuencia, si bien es cierto que el sistema ideal de remisión de extractos pasaría por el correo certificado, u otro sistema que permitiera dejar constancia fehaciente de la recepción de los mismos, el evidente alto coste que ello generaría, frente a los beneficios que se derivarían de dicha actuación, hace que este Servicio de Reclamaciones venga considerando que los conductos fehacientes no son necesarios.

En todo caso, es relevante el hecho de que cada vez es utilizado con más frecuencia el canal telemático para la consulta de movimientos de las cuentas bancarias por parte de sus titulares, canal que promueve la propia normativa de transparencia cuando señala que «la remisión de los documentos de liquidación de operaciones [...] podrá realizarse mediante su envío en soporte electrónico duradero cuando el cliente así lo solicite o cuando este haya sido el procedimiento utilizado en la contratación y así esté previsto en el documento contractual»<sup>52</sup>.

Otra posibilidad que resulta acorde con los usos bancarios es que la documentación se ponga a disposición del cliente en la propia oficina bancaria, a donde este podría acudir a recogerla.

#### Modificación de los contratos

*En general*, salvo en los contratos de duración indefinida, la posibilidad de modificar las condiciones pactadas debe estar recogida en el contrato, en el que igualmente podrá acordarse una comisión que se podrá adeudar al cliente por este motivo, si fuera este quien solicitara la modificación.

Si la instara la entidad e implicara un beneficio para el cliente, podrá ser aplicada inmediatamente, debiendo, en cualquier caso, informar sobre la misma en la primera comunicación que se le dirija. En el resto de los casos —cuando no implicara un beneficio—, deberá seguirse el procedimiento previsto en el contrato, que contemplará, además de los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación<sup>53</sup>, el

<sup>52</sup> Norma 7.<sup>a</sup> de la CBE 8/90.

<sup>53</sup> Norma 6.<sup>a</sup> de la CBE n.º 8/1990.



que se comunique a la clientela la modificación realizada con antelación razonable a su aplicación.

En los contratos de duración indefinida —como es el caso de los depósitos a la vista—, de acuerdo con la normativa de transparencia en vigor durante este ejercicio 2011 se ha considerado que podrá ser realizada también mediante su publicación en el tablón de anuncios de sus oficinas durante los dos meses siguientes a la referida modificación, no pudiendo aplicarlas hasta transcurrido ese plazo. No obstante, cuando en este tipo de contratos la percepción de comisiones y/o gastos suponga una situación nueva para el cliente, deberán notificarse con antelación suficiente a los interesados, de forma individualizada, las nuevas condiciones que van a aplicarse a la cuenta, de modo que se respete su derecho indiscutible a conocer y a tener, cuando menos, la oportunidad de decidir de antemano sobre el coste de las comisiones y gastos que le van a ser repercutidos por la entidad, para obrar en consecuencia<sup>54</sup>.

En línea con lo expuesto, se considera:

- Una infracción de la normativa de transparencia que se apliquen:
  - Comisiones que, sin haberse modificado, excedan de lo previsto en el contrato y/o en la tarifa de comisiones.
  - Comisiones tarifadas a las que el contrato se remita de manera general.
- Una mala práctica bancaria, entre otras:
  - No informar previamente a la clientela de la pérdida de gratuidad de un servicio.
  - Adeudar comisiones no pactadas por servicios nuevos, sin acreditar que se hubiera preavisado de forma individualizada y fehacientemente a los clientes de su coste, ni con la antelación razonable para que los clientes puedan ejercer la opción de aceptar o no las nuevas condiciones. Al respecto de este preaviso necesario, el Servicio de Reclamaciones considera que, si la entidad interpreta que el silencio de los clientes es una respuesta afirmativa a las nuevas condiciones aplicables a la cuenta por el mero hecho de su existencia, deben emplear en su comunicación un medio de envío que les permita acreditar la recepción de la comunicación por parte del cliente, de modo que pueda entenderse que el cliente, al no contestar, renuncia a las condiciones que hasta la fecha se le venían aplicando. Por el contrario, si las nuevas condiciones se informan vía correo ordinario, el único medio para asegurarse de su recepción es exigir al cliente una respuesta expresamente afirmativa al cambio propuesto.

---

54 En este sentido, y de acuerdo con el principio jurídico de que «nadie puede quedar obligado indefinidamente», el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias señala que «[i]gualmente 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».

- Que cuando las comisiones se liquiden por períodos vencidos, y con independencia de la duración del contrato, la modificación de condiciones se aplique con carácter retroactivo, recalculando las comisiones devengadas pendientes de liquidación.

Si la modificación afectara a los tipos de interés aplicables<sup>55</sup>, su notificación podrá sustituirse, si así lo prevé el contrato, por su publicación, con antelación razonable a su aplicación, en un diario de general difusión. No sería precisa la citada comunicación si se tratara de tipos de referencia oficiales que afectaran a préstamos hipotecarios sujetos a la Orden de 5 de mayo de 1994.

Al margen de lo anterior, la Ley 16/2009, de *Servicios de pago*, requiere que la modificación de los contratos que amparen estos sea informada de manera individualizada a cada usuario, en papel u otro soporte duradero y con una antelación no inferior a 2 meses<sup>56</sup> respecto de la fecha de su entrada en vigor — salvo que resulten más favorables al usuario y se puedan aplicar de manera inmediata —.

No obstante, si las modificaciones afectaran a tipos de interés o de cambio y se basaran en los de referencia acordados, su aplicación puede ser inmediata y sin previo aviso si así se hubiera pactado en el contrato. En caso contrario, deberán informarse al usuario lo antes posible, a menos que se hubiera estipulado 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<sup>57</sup>.

Sin perjuicio de todo lo anterior, se hace necesario señalar que la nueva Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, reconoce que cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario deberá comunicar al cliente, con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación, así como los derechos de que, en su caso, goce el cliente. En los supuestos de modificaciones de límites o capacidad de disposición de nuevas cantidades, cuando se haya dado previamente la circunstancia de un incumplimiento de obligaciones por parte del cliente, la comunicación se producirá con una antelación no inferior a diez días (salvo las que fuesen más favorables al cliente, que podrán aplicarse inmediatamente) — art. 8.2 de la citada Orden — .

A posteriori. Información concreta sobre posiciones o para comprobar el saldo deudor pendiente

Si durante la relación contractual le surgen al cliente dudas razonables acerca de los registros anotados en sus cuentas o sobre el saldo que figura en las mismas, no puede considerarse suficiente, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, la indicación por parte de la entidad de la ausencia de errores en la aplicación de comisiones o de tipos de interés, o la remisión del extracto general ya enviado, sino que, dado que

55 En la comunicación deberá incluirse también información sobre el procedimiento para reclamar si se discrepa con el cálculo efectuado.

56 La Comisión Europea considera, a estos efectos, que un anuncio en prensa que no se hubiera enviado al usuario no es suficiente para acreditar la comunicación individualizada que se requiere. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/transposition/faq\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf) (véase página 208).

57 La Comisión Europea, según sus propias manifestaciones, no pretende interferir, a través de la Directiva, en la política de precios de las entidades, si bien entiende que los que se apliquen debieran ser objetivos, justificables y neutros. En este sentido, la neutralidad puede garantizarse al tomar como referencia un tipo de cambio publicado oficialmente, si bien, en caso de tener que añadirse un margen, este deberá acordarse en el contrato.

resulta evidente que a las entidades les debería ser de fácil acreditación el saldo o apunte cuestionado, les es exigible que faciliten la información precisa (*i. e.*, un detalle completo de la liquidación practicada en una cuenta de tarjeta de crédito, con indicación desglosada de la cantidad financiada, los intereses acumulados y las comisiones devengadas por los distintos conceptos) con la que los clientes pueden verificar la bondad de los importes consignados.

Acreditación documental de órdenes y operaciones

Este Servicio entiende que en la práctica bancaria puede ocurrir que inicialmente se den instrucciones operativas o se alcancen acuerdos de forma verbal, dada la agilidad que caracteriza a este sector concreto de la actividad mercantil y como consecuencia de la mutua confianza que normalmente debe presidir las relaciones banco-cliente. No obstante, esta primitiva ausencia de formalización por escrito de las instrucciones conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia si la misma es objeto de discusión.

Por ello es esencial, y así lo ha entendido la normativa de transparencia y se exige como buena práctica bancaria, que se recojan por escrito las instrucciones y los contratos que formalizan las entidades con sus clientes, de modo que siempre puedan acreditar fehacientemente el consentimiento dado y los exactos términos de sus instrucciones, debiendo conservar la documentación durante los plazos expuestos *ut supra*.

Sin perjuicio de lo anterior, habrá que ponderar, a efectos de cuestionar el consentimiento dado a los apuntes cuestionados, las circunstancias que en cada caso concurren, ya que, como se desprende de lo indicado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de mayo de 2007, los clientes que reciben la correspondiente información mediante los extractos de cuenta corriente también deben ser diligentes y formular a la entidad de crédito los reparos correspondientes oportunamente, no debiendo dejar transcurrir, como ocurrió en el supuesto que el Supremo analizó, más de siete años sin expresar reparo alguno a la información facilitada por el banco, más allá, por tanto, del plazo fijado en el artículo 30 del Código de Comercio para la conservación por los empresarios de los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio.

En cualquier caso, este Servicio considera que las entidades deben, de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, proporcionar a sus clientes, salvo que exista razón suficiente en contrario, los extractos o duplicados de los mismos que le sean solicitados por estos, pudiendo percibir, en su caso, por tal servicio la comisión que tuvieran tarifada al efecto, o en caso de servicios de pago los gastos de comunicación que tales envíos generen y siempre que estuvieran recogidos en el contrato y sean adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados. Es decir, si la información solicitada excediera de la que la entidad está obligada a facilitar a los interesados con la periodicidad pactada, y además se refiere a un dilatado período de tiempo y de manera genérica, se trataría de un servicio perfectamente retribuable en cuanto esté tarifado o pactado.

c. Apuntes en cuenta

El titular de un depósito de dinero constituido en una entidad de crédito puede disponer del mismo por los medios expresamente acordados en el contrato, debiendo estas disposiciones, en todo caso, incorporar su autorización.

Generalizando lo anterior, cualquier anotación en cuenta debe realizarse con el preceptivo consentimiento de su titular, por lo que antes de efectuar un apunte las entidades tienen que verificar que el titular lo haya autorizado expresamente o comprobar que disponen de una autorización genérica para el adeudo (hasta nuevo aviso) de docu-

mentos específicos de cobro de determinada entidad emisora y concepto. Dicho esto, es evidente que las entidades no pueden adeudar en las cuentas de sus clientes los recibos o gastos que les sean presentados por terceros (emisores de los recibos), a no ser que dicho tercero pueda acreditar el previo consentimiento por escrito del titular de la cuenta, o nos encontramos ante alguna de las excepciones previstas en nuestro ordenamiento (por ejemplo, adeudos a consecuencia de la ejecución de embargos administrativos o judiciales).

En cualquier caso, en la medida en que la actuación solicitada va a tener trascendencia jurídica tanto para el cliente como para terceros, las entidades deben poder acreditar fehacientemente el consentimiento de sus clientes y los exactos términos de sus instrucciones.

A este respecto, la Ley 16/2009, de *Servicios de pago*, dispone en su artículo 25 que únicamente se consideran autorizadas las operaciones de pago cuando el ordenante haya dado su consentimiento, en la forma acordada, a que se ejecute la operación de pago. A falta del consentimiento, la operación de pago se considerará no autorizada. Ahora bien, la autorización podrá darse con anterioridad a su ejecución, o bien, si así lo hubiera convenido con su proveedor de servicios de pago, con posterioridad a su ejecución. Podrá, no obstante, reiterarse el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad<sup>58</sup>.

En cualquier caso, la transparencia que debe inspirar la relación de las entidades con sus clientes exige que los conceptos que identifiquen los movimientos registrados en una cuenta sean suficientemente clarificadores sobre la naturaleza de la operación.

#### Disposición de fondos

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas bancarias u otras modalidades de depósito a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares cuando solicitan la disposición de los mismos. 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 la efectúa, bien de un modo personal y directo (por conocer al titular), bien exigiendo la exhibición del título pactado como necesario para la disposición (dejando al arbitrio de la entidad y bajo su responsabilidad que, en caso de que no presentara este título, se pudiera acreditar suficientemente la personalidad del peticionario por otros medios), verificando además, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta.

#### Disponibilidad de los fondos, de conformidad con lo previsto en la Ley 16/2009, de servicios de pago

##### **En general**

*Recibida una orden de pago en un día hábil*<sup>59</sup> para el proveedor de servicios de pago del ordenante, el *abono* de la operación en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario se producirá como máximo al final del día hábil siguiente —dos días si la operación se inicia en papel—, debiendo darse *fecha de valor del abono* en la

<sup>58</sup> Esto es, con carácter general, después de haber sido recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante o cuando la operación sea iniciada por el beneficiario o a través del mismo, cuando el ordenante haya transmitido al beneficiario la orden o su consentimiento (art. 37).

<sup>59</sup> Si el momento de la recepción no lo fuera, se considerará recibida el siguiente día hábil.

cuenta del beneficiario en ese mismo día hábil, estando a *disposición* del beneficiario inmediatamente después.

A estos efectos, el proveedor de servicios de pago del ordenante podrá establecer, poniéndolo en *conocimiento* de este, una hora máxima a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

Para las operaciones de pago que deban ejecutarse en una fecha específica o al final de un período determinado, o cuando el ordenante haya puesto fondos a disposición de su proveedor de servicios de pago, el momento de recepción de la orden será el día hábil acordado.

Hasta el 1 de enero de 2012, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podían acordar un plazo de hasta tres días hábiles para abonar en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, que se reduciría a dos días si la operación se originó y se recibió en España. En todo caso, podía prolongarse un día hábil más si la operación se inicia en papel.

#### *En particular*

- Se podrá disponer del *efectivo ingresado* en una cuenta de pago, en la moneda en que esté nominada la misma, desde el mismo momento del ingreso, cuya fecha de valor será la de ese día. No obstante, si el usuario del servicio de pago fuera un no consumidor, podrá acordarse, respetando la misma fecha de valor, que la disposición sea posible desde el día hábil siguiente.
- En el caso de *cheques* u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, la fecha de valor y la disponibilidad de los abonos descritas solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

No obstante, de no producirse el abono en firme, es decir, en caso de impago del documento, la entidad podrá resarcirse de la devolución por medio del correspondiente adeudo en la cuenta del cliente.

#### d. Actuación unilateral de la entidad

Como consecuencia de la vinculación que une a las entidades con sus clientes titulares de depósitos a la vista, que se caracterizan principalmente por ser contratos de gestión, aquellas deben limitarse a cumplimentar las órdenes que estos puedan darle, bien sea de manera directa, concreta y específica, bien de forma genérica, en cuanto a la realización de cobros y pagos a terceros se refiere.

En tal sentido, el 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, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta.

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 los que 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 a 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.

#### Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social

Las entidades financieras pagadoras de pensiones y otras prestaciones periódicas están en la obligación de comunicar a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengán satisfaciendo mediante abonos en cuenta. Ello se hace particularmente importante para las entidades de crédito en la medida en que estas devienen responsables de la devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social 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<sup>60</sup>, sin perjuicio del derecho de la entidad financiera a repetir el importe de las prestaciones

60 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 perci-

devueltas a la Tesorería General de la Seguridad Social de quienes las hubieren 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<sup>61</sup>.

---

bidas 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.

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, quedara 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».

<sup>61</sup> Véase 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, en el apartado 1 de su artículo 17, «Pagos de pensiones y otras prestaciones económicas a través de entidades financieras».

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

Con carácter general, y salvo pacto contractual expreso en contrario, 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 existan dudas razonables acerca de la veracidad de la identificación de sus clientes, no parece ajustado a las buenas prácticas bancarias que se opongan a los reintegros solicitados alegando limitaciones recogidas en sus normas internas, establecidas únicamente por haberse ordenado el reintegro en una oficina distinta a la de origen de la cuenta.

Cuestión distinta sería que en el contrato de cuenta suscrito por las partes se limitara expresamente la disposición en oficina distinta a aquella en la que se abrió la cuenta y que, por tanto, el titular de la cuenta hubiera conocido y consentido esa restricción en el momento de suscribir el contrato.

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 lleven a cabo 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 el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos se pretendiera que fuera con carácter excluyente, 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 de 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 sus actuaciones que la entidad puede y debe aportar es el listado de operaciones del diario electrónico y el arqueo de caja de fin del día. No obstante, cabe objetar que el cuadro del efectivo de la caja solo sería determinante si, al hacer el arqueo, hubiera sobrado exactamente el importe cuestionado (pues ello corroboraría la tesis del reclamante); pero cualquier otro resultado del arqueo no supondría ninguna prueba concluyente respecto de la cantidad que efectivamente se había ingresado.

En suma, es obligación de la entidad acreditar que la operación de ingreso se llevó a cabo correctamente y se contabilizó por la cuantía exacta, sin incidencias de ningún tipo. Así cabe interpretarse el artículo 30 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, al indicar lo siguiente:

«1 Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que esta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

2 A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que este actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27».

Comprobar en última instancia la realidad de los hechos correspondería a los tribunales de justicia, únicos con potestad suficiente para ordenar las actuaciones probatorias que considerasen precisas, 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 cumplimentar las diligencias de embargo ajustándose al procedimiento que la propia Ley establece<sup>62</sup>.

A este respecto, resulta de especial importancia lo siguiente:

62 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 que debe seguirse 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 de 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) 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.

- El organismo embargante es el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, es recomendable que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución.
- La 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.

En línea con lo anterior, el extinto 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, y 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 efectuaran 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.

Actualmente, dichos extremos se recogen en el boletín n.º 63-01 de la serie «Normas y procedimientos bancarios», publicado en julio de 2010, *Procedimiento centralizado de información y ejecución de embargos de dinero en cuentas a la vista en entidades de depósito por deudas tributarias y otras de derecho público*.

Uso fraudulento de libretas de ahorro

Según la definición de «instrumento de pago» que se hace en el artículo 2 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, se considera como tal «cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago, utilizado por este para iniciar una orden de pago».

Por otra parte, se define en el mismo artículo como «orden de pago» «toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago». Por último, se define «operación de pago» como «una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, consistente en situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos».

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».

Sentado lo anterior, parece claro que, según la Ley 16/2009, se incluirían como instrumento de pago las libretas de ahorro con banda magnética o cualquier otro mecanismo que permita a su titular la disposición de efectivo en cajeros automáticos u otro tipo de dispositivos electrónicos habilitados al efecto.

Sentado lo anterior, resultarían de aplicación a las operaciones fraudulentas con dicho tipo de libretas de ahorro los artículos 31 y 32 de la meritada Ley, que establecen lo siguiente:

***Artículo 31 Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas***

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley, y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada».

***Artículo 32 Responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas***

- «1 No obstante lo dispuesto en el artículo 31, el ordenante 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.
- 2 El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.

[...].».

Por tanto, y con independencia de lo establecido en el contrato de libreta de ahorro correspondiente, resultarían aplicables a las operaciones fraudulentas con libreta los citados artículos. En el caso de que se trate de un supuesto de extravío o robo, se aplicaría el límite de responsabilidad de 150 € al titular del instrumento del pago si no actuó con dolo o negligencia grave. Para cualquier otro supuesto diferente del robo o extravío, y siempre que no concurrieran el dolo o la negligencia grave en el titular, este no deberá soportar, en principio, pérdida alguna.

Compensación de cuentas

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

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, se continuó diciendo en la Memoria de 2008 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».

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

*En general*, y teniendo en cuenta el principio jurídico de que «nadie puede quedar obligado indefinidamente», el Servicio de Reclamaciones viene manteniendo que constituye una facultad discrecional de las entidades de crédito proceder a dicha cancelación, siendo preciso en estos casos la comunicación a su cliente con la necesaria antelación. No obstante, al incardinarse esta decisión en lo que se viene a denominar como «política comercial» de las entidades, su fiscalización excede de las competencias atribuidas a este Servicio de Reclamaciones por su normativa reguladora.

Por su parte, la Ley 16/2009, de *Servicios de pago*, contempla que las entidades únicamente pueden instar la resolución de los contratos marco que amparan esos servicios, si estos fueran de duración *indefinida* y esta posibilidad se hubiera acordado en los mismos, debiendo, no obstante, avisar al usuario con una antelación mínima de dos meses<sup>63</sup>.

Por el contrario, el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, salvo que se hubiera pactado un preaviso — que nunca podrá exceder del mes—, debiendo asumir en todo caso los gastos derivados de la resolución, que tendrán que ser apropiados y acordes con los costes. Sin embargo, la resolución será gratuita si el contrato fuera de duración indefinida o por un plazo superior a 12 meses y se hubiera resuelto transcurridos estos. En cualquier caso, de cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago<sup>64</sup>, el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada, y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

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.

63 Y cualesquiera sean las razones (*i. e.*, cuenta inoperativa durante 6 meses), salvo circunstancias excepcionales previstas en la Ley.

64 No incluye comisiones o gastos por otros servicios (*i. e.*, seguro de viaje en tarjetas).

En relación con estos posibles pactos, el Servicio de Reclamaciones considera que deberían contribuir a crear o a aumentar la seguridad jurídica en la relación, respetando las diferentes posiciones jurídicas de los interesados, dando respuesta a los potenciales conflictos entre los intervinientes que se pudieran identificar, e incorporando la flexibilidad suficiente para permitir aplicaciones casuísticas, de modo que se evite que una aplicación rígida de las reglas determine situaciones de desequilibrio en detrimento de las personas afectadas o de sus legítimos intereses. En cualquier caso, no se consideraría procedente que los autorizados en cuenta, a los que la práctica generalizada atribuye únicamente facultades de disposición y de obtención de información en lo necesario para permitir dicha disposición, vean incrementadas sus atribuciones con su extensión a la cancelación de cuentas.

#### Modificación de la titularidad

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.

#### Reapertura de cuentas

En este mismo sentido, se considera una mala práctica bancaria la reapertura de cuentas previamente canceladas para adeudar importes pendientes. En estos casos, las entidades pueden negarse a la pretendida cancelación si hubiera liquidaciones pendientes de adeudo, pero, si acceden a la cancelación de la cuenta, no estarían en modo alguno posteriormente habilitados para reabrir la misma.

#### f. Varios

##### Falta de diligencia

##### Errores

El Servicio de Reclamaciones ha manifestado en repetidas ocasiones que, al no estar exentas las operaciones bancarias —al igual que el resto de las actividades humanas— de verse afectadas por errores de diversa naturaleza, no resultaría proporcionado considerar como una mala práctica bancaria la comisión de errores, siempre que estos sean aislados y sean asumidos por las entidades al plantearse la correspondiente reclamación, intentando llegar a un acuerdo con su cliente a fin de subsanar los mismos.

Por el contrario, ha de considerarse que los errores reiterados o en los que se aprecie demora en la subsanación de los mismos ponen en evidencia una falta de diligencia por parte de las entidades que debe ser considerada como contraria a las exigencias demandadas por las buenas prácticas y usos bancarios. En definitiva, a las entidades les es exigible una voluntad cierta de subsanar los perjuicios causados por tales incidencias, aunque no el que se allanen ante la pretensión del cliente cuando estimen que la misma es desproporcionada, puesto que, en ningún caso, el error puede ser causa de un lucro injustificado.

Sin perjuicio de los criterios anteriormente expuestos, que han sido aplicados por este Servicio en las reclamaciones presentadas en 2011, es preciso señalar aquí también que, a raíz de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se regula explícitamente

en su artículo 13 el deber de diligencia en la ejecución de órdenes y la corrección de errores, con la siguiente redacción:

«En todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y de valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar las órdenes de los clientes sin demoras ni retrasos, empleando para ello la máxima diligencia.

Igual diligencia será exigible en la corrección de los errores detectados, sea por la entidad o sus clientes, así como en la comunicación del resultado de las solicitudes de contratación de operaciones que planteen los clientes».

*Falta de presentación de alegaciones*

Este Servicio de Reclamaciones, una vez procede a la apertura de un expediente de reclamación, requiere a la entidad reclamada al objeto de que formule las oportunas alegaciones, concediéndole, a tal fin, el plazo de quince días hábiles que establece el artículo 11 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, regulador del citado procedimiento, transitoriamente en vigor, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. Si se rebasara este plazo sin contestación, se tendrá por incumplido el requerimiento, estimándose, en consecuencia, que la entidad opta por no formular objeciones a la queja del reclamante, procediéndose a emitir una opinión sobre la base de la reclamación y documentación adjuntada por el mismo, y a calificar al mismo tiempo su actuación como poco diligente en la colaboración que demanda esta institución.

En consecuencia, dado que la resolución de un expediente contradictorio de reclamación se debe fundamentar en lo manifestado y acreditado debidamente por las partes, la actuación de las entidades reclamadas/implicadas cuando no colaboran en este procedimiento, absteniéndose de formular alegaciones en el plazo concedido, debe considerarse como una mala práctica bancaria, pues obstaculiza la correcta resolución del mismo.

#### 4.2.2 DEPÓSITOS A PLAZO

##### a. Contratación

Es preciso matizar aquí que este tipo de depósitos queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, al no tratarse de una cuenta de pago, resultando por tanto exclusivamente aplicable a los mismos la normativa de transparencia bancaria general.

Se hace también necesario realizar diversas consideraciones en relación con la información que las entidades deben proporcionar a sus clientes sobre imposiciones a plazo y certificados de depósito y otros depósitos con intereses pospagables, que se enmarca dentro de la obligación genérica de rendición de cuentas. Las obligaciones sobre esta materia aparecen reguladas en el anejo VI de la Circular n.º 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que determina el contenido mínimo de la información que se ha de facilitar:

«Cada liquidación se comunicará al cliente mediante carta de abono en cuenta con indicación de la misma, o, en su caso, poniendo a su disposición el importe de la liquidación. En dichas comunicaciones deberá consignarse:

- Clase de depósito.
- Fecha de constitución.



- Plazo.
- Importe.
- Período a que corresponde la liquidación, con indicación de fecha inicial y final.
- Tipo de interés contractual aplicado.
- Importe de los intereses que resultan.
- Impuestos retenidos con expresión del tipo y base de cálculo».

No obstante, teniendo en cuenta los principios de claridad y transparencia, este Servicio de Reclamaciones considera que cualquier otra información que las entidades proporcionen a sus clientes, como puede ser a través de su sitio web, debe ser exacta y rigurosa, puesto que, de otra manera, puede llevar a confusión al cliente sobre las condiciones reales que se están aplicando a su depósito.

Ahora bien, sin perjuicio de los criterios anteriormente expuestos, que han sido aplicados por este Servicio en las reclamaciones presentadas en 2011, desde la reciente entrada en vigor de la antes mencionada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la nueva regulación sobre contratación bancaria será la establecida en dicha norma.

Debe hacerse aquí una especial mención, por las cuantías habitualmente elevadas de este tipo de depósitos, al artículo 17 de la citada Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, «Publicidad y documentación contractual», transcrito en el apartado análogo correspondiente a los depósitos a la vista, y relativo a la necesaria referencia publicitaria y contractual al Fondo de Garantía de Depósitos al que se encuentre adherida la entidad, cuando este sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y, en el caso del contrato, la necesaria inclusión, además, de su denominación debidamente traducida, su domicilio y, en su caso, su página electrónica.

También procede recordarse el contenido del artículo 6 de dicha norma, transcrito igualmente con anterioridad, y referido a la información precontractual gratuita que se ha de facilitar al cliente sobre los servicios bancarios solicitados, que le permita adoptar una decisión informada y comparar ofertas similares.

Por último, nos referimos al artículo 7 de dicha norma, relativo a la información contractual, que establece detalladamente la obligación de las entidades de documentar debidamente los contratos sobre servicios bancarios e incluir en los mismos determinados extremos mínimos, con el siguiente contenido:

- «1 Las entidades de crédito deberán entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido.
- 2 Las entidades de crédito deberán conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que este lo solicite.

En las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.

3 Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:

- a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.
- b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.
- c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos.
- d) La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, las condiciones para su prórroga.
- e) Las normas relativas a las fechas de valor aplicables.
- f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.
- g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.
- h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.
- i) Los demás que establezca el Banco de España.

Menciones análogas, en la medida que proceda, deberán figurar, conforme a las precisiones que pueda establecer el Banco de España, en el resto de contratos sujetos a la presente orden».

#### b. Liquidación

En cuanto a la regulación aplicable a los tipos de interés y comisiones de los depósitos a plazo, debemos señalar que la regulación aplicable viene constituida, ante todo, por el principio general de libertad de pactos que establece el artículo 1255 del Código Civil:

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Como bien señalábamos con anterioridad, los apartados primero y quinto de la actualmente derogada Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 (BOE de 19), sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, sientan el principio general de libertad para el establecimiento de los tipos de interés y de las comisiones por las entidades.

La utilización de la base de cálculo 360 en los depósitos a plazo se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras, y como tal fue admitido por el ya extinguido Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de octubre de 1950 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del Código de Comercio. Como tal uso bancario, se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que:

«La aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario».

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 informáticos que venían a justificar dichos usos hace que carezcan en la actualidad de razón técnica. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y el alcance de las cláusulas de los contratos.

Respecto al envío de extractos, liquidaciones periódicas y justificantes, nos remitimos al apartado análogo correspondiente a los depósitos a la vista.

Por último, debe indicarse que el artículo 8 de la Orden/EHA/2899/2011 regula básicamente las comunicaciones al cliente y los requisitos referidos a las modificaciones contractuales a instancias de la entidad y a las liquidaciones de intereses y comisiones, con el siguiente contenido:

«1 Toda comunicación de las entidades de crédito, en los términos previstos por la normativa correspondiente, referida a cualquiera de los servicios bancarios previstos en esta orden deberá:

- a) reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios;
- b) no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo;

- c) resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y
- d) no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.

2 Cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario deberá comunicar al cliente, con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con las mismas. En los supuestos de modificaciones de límites o capacidad de disposición de nuevas cantidades, cuando se haya dado previamente la circunstancia de un incumplimiento de obligaciones por parte del cliente, la comunicación se producirá con una antelación no inferior a diez días.

No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

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

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

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

4 Las entidades de crédito remitirán a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información prevista en esta orden sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior. A estos efectos, el Banco de España establecerá un documento unificado para efectuar este tipo de comunicaciones, que, en todo caso, tendrá en cuenta las diferentes prácticas comerciales de cada entidad.

5 Las entidades de crédito deberán facilitar la información que permita a los herederos de un cliente, una vez acreditada tal condición, conocer su situación patrimonial en la entidad de crédito al tiempo del fallecimiento del causante».

c. Actuación unilateral de la entidad

Es recomendación reiterada de este Servicio de Reclamaciones que a las entidades siempre les quede constancia documental de las diferentes órdenes que sus clientes puedan darles, aun cuando exista la máxima confianza mutua, ya que, en caso de que sean objeto de discusión, las entidades no podrán demostrar su existencia, salvo práctica de otros medios de prueba de los que este Servicio de Reclamaciones no dispone.

d. Cancelación

A instancia de la entidad

Continuando con lo dicho anteriormente, contemplamos aquí los supuestos en los que las entidades, ejerciendo su facultad discrecional de elegir a su clientela, deciden cancelar unilateralmente contratos de duración indefinida —como, por ejemplo, una imposición a plazo con prórrogas tácitas anuales salvo denuncia de las partes— basándose en el principio de que «nadie puede quedar obligado indefinidamente» y menos aun con quien no se desea. No obstante, reiteramos que el ejercicio de estas facultades discrecionales debe respetar siempre el principio de transparencia que debe presidir las relaciones de la entidad con sus clientes, de modo que estos estén siempre informados de las decisiones tomadas para poder actuar en consecuencia, evitándose igualmente situaciones no deseadas.

Asimismo, debe recordarse que las entidades han de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que les incumben.

Sobre el particular, el Servicio de Reclamaciones hizo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, ya expuesta anteriormente en el apartado análogo de los depósitos a la vista, al que nos remitimos.

A instancia del cliente

Se contemplan aquí los supuestos de cancelación anticipada de la imposición por orden del depositante. En muchos casos analizados durante este ejercicio, el reclamante manifestaba que la entidad le había indicado verbalmente, antes de suscribir el contrato correspondiente, que la cancelación anticipada del depósito sería gratuita, a pesar de lo cual le cobró la correspondiente comisión o penalización por cancelación anticipada prevista contractualmente.

En estos casos, debemos recordar que el Servicio de Reclamaciones emite un pronunciamiento sobre las cuestiones que se someten a su consideración ateniéndose a aquellos hechos que queden acreditados en el expediente, no pudiendo entrar en consideraciones sobre informaciones, pactos o supuestos acuerdos verbales que hubiera podido haber entre las partes, y que hayan podido inducir al cliente a contratar operaciones cuyas condiciones no hayan sido las esperadas, ni mucho menos analizar y determinar la existencia de un posible vicio en el consentimiento, o cualquier otra hipotética irregularidad en la contratación, ya que tanto la interpretación de los contratos como la de las conductas en orden a alcanzar una fijación de los hechos ajena a lo que de la documentación se desprende son materias que resultan competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

De esta manera, el Servicio consideró correcto el cobro de la comisión por cancelación anticipada en los casos en los que estaba expresamente pactada en el contrato, o bien en los casos en los que, sin estar contemplada en el contrato la cancelación anticipada, la entidad había accedido a ella y advertido al cliente sobre la existencia de la comisión,

siempre que su cuantía no excediera del importe total de los intereses brutos devengados desde el inicio de la imposición hasta la fecha de la cancelación, siguiendo el criterio mantenido por esta instancia en relación con este tipo de comisiones.

También consideró el Servicio correcto el cobro de una penalización por cancelación anticipada en los casos en los que estaba explícitamente pactada en el contrato, si bien se trata de un supuesto diferente, al tener la naturaleza de una cláusula penal o indemnizatoria —y no de una comisión *stricto sensu*— que se acuerda para el caso de incumplimiento por el cliente de las condiciones inicialmente pactadas —plazo de la imposición— como compensación por el perjuicio que de dicho incumplimiento se pueda derivar para la entidad, cláusula prevista en los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. A este respecto, la norma tercera, apartado 1 *in fine* de la Circular 8/1990 del Banco de España, establece que «[t]ampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad».

En consecuencia, dichas penalizaciones podrán ser acordadas libremente por entidad y cliente de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1255 del Código Civil, no resultando de aplicación a las mismas, como tales cláusulas penales, la limitación en su cuantía que se mencionó respecto a las comisiones, por lo que su cobro puede suponer una pérdida de parte del capital depositado por el cliente. Todo ello sin perjuicio de que los tribunales de justicia puedan considerar una determinada cláusula penal como abusiva o bien atemperar su aplicación concreta al cliente en función de las circunstancias concurrentes.

Por último, se recuerda que tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 las entidades deberán facilitar a sus clientes una información precontractual clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa sobre las cláusulas relativas a la comisión o penalización por cancelación anticipada de imposiciones a plazo fijo, con la debida antelación a la formalización del correspondiente contrato, por tratarse de pactos relevantes de cara a la decisión final del cliente y a la comparación de ofertas de productos similares, tal como establece el artículo 6 de dicha norma, y que ya se apuntaba en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, como se indicó anteriormente.

#### 4.2.3 DEPÓSITOS INDEXADOS

Los depósitos estructurados son imposiciones contratadas a un plazo de vencimiento determinado (que normalmente va de 5 a 8 años), con liquidaciones periódicas de intereses, que suelen combinar una primera liquidación a un tipo de interés fijo, superior al que se ofrece en ese momento en el mercado para las imposiciones a plazo fijo tradicionales, con subsiguientes liquidaciones a un tipo variable indeterminado que se calcula en función de la evolución de un índice (en algunos casos se trata de un índice bursátil, euríbor...) mediante la aplicación de una fórmula matemática que se refleja en el contrato. Dicha fórmula está diseñada de tal forma que solo produce liquidaciones positivas si resultan acertadas las previsiones de subida o bajada del tipo de referencia.

El Servicio de Reclamaciones ha venido analizando cada uno de los casos presentados, así como los contratos formalizados por las partes, y como consecuencia de dicho análisis estableció un criterio aplicable a la resolución de este tipo de reclamaciones, que se basa en las siguientes consideraciones:

- Complejidad del producto para su adecuada comprensión por un ciudadano medio

Estos depósitos son productos cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. Para su correcta comprensión y valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de rentabilidad del cliente, se requiere, a juicio de este Servicio, una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. Por tanto, se consideran productos poco adecuados para ser ofrecidos al público de forma general e indiscriminada, sin el soporte informativo necesario y a través de la red comercial de oficinas.

Los clientes que no posean un perfil inversor que les haga conocedores de este tipo de productos deben contar con información sobre los distintos escenarios posibles de evolución de tipos de interés y los distintos resultados asociados a dichos tipos (por ejemplo, mediante una proyección temporal de rentabilidades, obtenida a partir de determinadas hipótesis estimativas sobre la tendencia previsible del euríbor).

En los casos presentados, a pesar de que los clientes no presentaban un adecuado perfil inversor, no se deducía de la documentación aportada a los expedientes, ni se acreditaba, que ese tipo de información les hubiese sido facilitada, pese a lo imprescindible que resultaba para un adecuado discernimiento de los riesgos asumidos y para que los clientes fueran conscientes, ya en el momento de la contratación, de la posibilidad, más que real, de que su rentabilidad tendiese inexorablemente hacia cero durante muchos de los años de vigencia del contrato.

- Desequilibrio entre las partes en cuanto a la posibilidad de cancelar anticipadamente el depósito

No podemos dejar de señalar la rigidez que este producto presenta para los clientes, a los que se impide (en muchos casos, expresamente) su cancelación antes del vencimiento, lo que se traduce (teniendo en cuenta las fórmulas de rentabilidad aplicadas) en la obligación de dejar sus fondos cautivos a un tipo de interés del 0 % (generalmente desde el momento en que el interés resultante para una liquidación es el 0 % hasta la fecha de vencimiento). Sin embargo, el producto resulta completamente flexible para la entidad, ya que le permite reaccionar (y así se ha constatado que sucede) si el escenario financiero le es perjudicial y cancelar sin más el depósito.

- Consideraciones finales, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos financieros, sobre el asesoramiento a la clientela en la comercialización de este tipo de productos

Es opinión de este Servicio de Reclamaciones que una entidad de crédito, antes de proceder a la comercialización de productos como el que aquí nos ocupa, debe realizar un esfuerzo de información y asesoramiento a sus clientes, para que estos puedan llevar a cabo una razonada toma de decisiones y se evite, así, que puedan verse sorprendidos con resultados indeseados y en ningún modo esperados.

Este criterio es acorde con el contenido de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca el 15 de noviembre de 2004, en la

que condenaba a la entidad demandada a indemnizar por daños y perjuicios a su cliente, al haberle asesorado indebidamente acerca de un producto de rentabilidad variable en función del beneficio distribuible y el riesgo de mercado, en lugar de acerca de un depósito de renta fija.

La sentencia consideró que la entidad asesoró erróneamente a su cliente, al no haber tenido en cuenta su perfil inversor; y que le informó de manera sesgada de las características esenciales y reales del producto contratado. En este sentido, entiende que «el sistema bancario español ha de garantizar a los clientes de entidades de crédito una adecuada transparencia, ofreciendo a cada cliente una información más personalizada, más allá de lo que la normativa exige, con lo que se trata de ofertar a cada cliente los productos financieros según sus necesidades y perfil de riesgo».

Al hilo de lo expuesto, no podemos olvidar la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Comunitaria 39/2004, MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), entre cuyos objetivos se encuentra el de garantizar una adecuada protección del inversor financiero, obligando a las entidades a clasificar a sus clientes en tres perfiles básicos, en función de la experiencia, los conocimientos y la cualificación que posean para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones. Si bien la citada ley no resulta directamente aplicable al producto que analizamos, entendemos que, en general, evitará en el futuro que los clientes corran el riesgo de adquirir productos cuya complejidad no les permita valorar los riesgos reales derivados de su inversión, máxime cuando, por la dificultad de su comprensión, es posible que ni siquiera la red comercial de las propias entidades logre entenderlos y explicarlos con total claridad.

#### a. Contratación

Es preciso matizar aquí también que este tipo de depósitos queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, al no tratarse de una cuenta de pago, resultando por tanto aplicable a los mismos la normativa de transparencia bancaria general.

Ahora bien, sin perjuicio de los criterios anteriormente expuestos a propósito de la contratación de los depósitos a plazo, que han sido también aplicados a los depósitos indexados por este Servicio en las reclamaciones presentadas en 2011, es menester señalar que, a raíz de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, la nueva regulación sobre contratación bancaria será la establecida en dicha norma.

Aparte de las preceptivas menciones a los artículos 17, 6 y 7 de la citada Orden en el apartado análogo correspondiente a los depósitos a plazo, también aplicables a los depósitos indexados, debe significarse el contenido del artículo 16 de dicha norma, aplicable exclusivamente a los contratos referidos a estos últimos depósitos, en el que se exige a las entidades que recojan en el contrato, de forma explícita y clara, su obligación de reembolsar el principal del depósito a su vencimiento, con la siguiente redacción:

«Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados o híbridos deberán recoger, de forma explícita y clara, la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente de la remuneración total efectiva en términos de intereses anuales, conforme a lo que establezca el Banco de España teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito».



b. Liquidación

En muchos de los expedientes presentados, los reclamantes, a la vista de la complejidad de los cálculos necesarios para verificar la bondad de las liquidaciones practicadas, contrataron productos sin tener la formación suficiente como para poder valorar correctamente las características de los depósitos suscritos. Las entidades, antes de proceder a la comercialización de productos como los que aquí nos ocupan, deben realizar un esfuerzo de información y asesoramiento a sus clientes, para que estos puedan llevar a cabo una razonada toma de decisiones, evitando que puedan verse sorprendidos con resultados en ningún modo esperados.

c. Cancelación

En gran parte de los casos estudiados, los contratos de los depósitos estructurados suscritos recogen, como ya se indicó, cláusulas que generan un importante desequilibrio entre las partes en relación con la facultad de las entidades de cancelar anticipadamente sin más la operación, cubriendo así todo riesgo para ella; sin embargo, los clientes no pueden cancelar el depósito, viéndose condenados a mantener sus fondos cautivos durante un largo plazo a un tipo de interés que puede llegar a ser del 0 %.

De este modo, nos hallamos ante un contrato a tipo de interés variable a largo plazo en el que, si la evolución del índice de referencia es favorable al cliente, el contrato se cancela, mientras que, si le es desfavorable, habrá de mantener prisioneros sus fondos hasta vencimiento. Se trata, en apariencia, de la asunción por parte de los clientes de un notable riesgo a cambio del interés inicial fijo recibido, siendo estas personas no especialistas en estos productos específicos y no disponiendo de vastos conocimientos económicos que les permitan formarse expectativas de evolución de los tipos y, concretamente, del índice utilizado.

4.2.4 INCIDENCIAS DERIVADAS DEL FALLECIMIENTO DE UN TITULAR DE UN DEPÓSITO

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.

a. Disposiciones *post mortem* en cuentas plurales

Cuentas indistintas

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 cuenta<sup>65</sup>, basada en la recíproca confianza de quienes la constituyen, no desaparece con la muerte de uno de los titulares.

65 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».

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 fueran 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 supervivientes 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 supervivientes, 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 arrogan 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 en otro organismo 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 Tributaria<sup>66</sup>, 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

---

<sup>66</sup> 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.

que efectuaremos, del derecho del heredero a obtener información, sin que dicha petición 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 de un «cliente», ante su petición y una vez acreditada tal condición, la información que les sea requerida, tanto sobre las posiciones que mantuviera el causante a la fecha de fallecimiento como, en su caso, la relativa a los movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento, aun reconociéndose, también, 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, 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 subsidiarios<sup>67</sup>, al pago del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

<sup>67</sup> 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 8 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.

### 4.3 Servicios de pago

Los servicios financieros que impliquen la realización de pagos en euros o en las monedas nacionales de los Estados miembros, sin límite de importe, que se realicen dentro del espacio de la UE, se encuentran regulados por la Ley de Servicios de Pago (Ley 16/2009, publicada en el BOE del 14 de noviembre), en vigor desde el día 4 de diciembre de 2009, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva 2007/64/CE).

La Disposición Transitoria Tercera de la Ley establece que los contratos que las entidades de crédito tengan suscritos con su clientela para la regulación de las condiciones en las que ha de tener lugar la prestación de los servicios de pago seguirán siendo válidos una vez entre en vigor la misma —4.12.2009— sin perjuicio de la aplicación, a partir de dicho momento, y en el caso de que la contraparte sea una persona física, de las condiciones más favorables para el cliente que puedan derivarse de sus normas. Además, señala un plazo de adaptación de los contratos a los preceptos de la Ley de 12 meses contados desde la fecha de su entrada en vigor.

El objetivo principal de esta Ley y de la Directiva es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea (UE) se efectúen con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales de los Estados miembros. Además, se pretende facilitar la aplicación operativa de los nuevos instrumentos de pago del proyecto SEPA<sup>68</sup> (*Single Euro Payments Area*), que están desarrollando las entidades de crédito a través del Consejo Europeo de Pagos (EPC), con el impulso del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales.

Así, de dicha normativa cabe destacar que para las operaciones de pago reguladas por la Ley:

- No habrá distinción de tratamiento entre pagos nacionales y transfronterizos en el espacio de la UE.
- Las operaciones de pago se tramitan, como regla general, de acuerdo con el identificador único del destinatario que facilite. Las entidades no están obligadas a comprobar otros datos como el nombre del beneficiario.
- También como regla general, los gastos serán compartidos, lo que significa que el ordenante abona a su entidad los gastos que aplique a la operación de pago y el beneficiario abona los que le aplique la suya.

---

<sup>68</sup> SEPA es la iniciativa de la Zona Única de Pagos en euros liderada por la industria bancaria europea a través del Consejo de Pagos Europeo (European Payments Council) que permite que particulares, empresas y otros agentes económicos realicen sus pagos en euros, tanto nacionales como internacionales, en las mismas condiciones básicas y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en que se encuentren. La zona SEPA está integrada por los 27 países miembros de la Unión Europea, así como por Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Noruega y Suiza. El proyecto SEPA hace posible que los usuarios de transferencias bancarias, domiciliaciones y tarjetas de estos 32 países dispongan de un único conjunto de estándares y normas, lo que permite que dichos pagos se hagan de manera tan sencilla y eficaz como en el ámbito nacional. El Reglamento (CE) n.º 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad, estableció una serie de medidas destinadas a favorecer el éxito de la SEPA, tales como hacer extensivo el principio de igualdad de gastos a los adeudos domiciliados transfronterizos y la accesibilidad de los adeudos domiciliados. Más recientemente, un nuevo impulso a esta iniciativa le viene dado por el Reglamento (UE) n.º 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) 924/2009.

El cliente ordenante de una operación de pago debe verificar que el identificador único<sup>69</sup> que facilite a su proveedor de servicios de pago, CCC o IBAN (identificador de la cuenta de pago en operaciones de ámbito nacional o transfronterizo) y BIC (identificador de la entidad), sea correcto.

Otra novedad importante, común a todas las operaciones amparadas por la Ley de Servicios de Pago, es que la fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario coincidirá con la fecha en la que la entidad de crédito de este reciba los fondos de la entidad de crédito del ordenante.

Finalmente, el artículo 15.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, en vigor desde el 28 de abril de 2012, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece que las entidades de crédito deberán colaborar activamente e intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre sí y con el propio cliente, al objeto de facilitar el traslado eficaz y ágil a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que empleen como soporte un depósito a la vista, tales como domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencia y transferencias periódicas recibidas.

#### 4.3.1 TARJETAS

##### a. Consideraciones generales

Información y documentación contractual

En este apartado debemos recordar que las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En este sentido, ha sido opinión reiterada de este Servicio de Reclamaciones que la transparencia y claridad deben ser los principios inspiradores que deben regular la relación de las entidades con sus clientes, de modo que en todo momento estos puedan conocer la situación de sus posiciones, la razón de los registros anotados en sus cuentas, y los motivos de la actuación de las entidades (autorizaciones, denegaciones, modificaciones...) hacia ellos.

Así, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), el cliente tiene derecho a seleccionar la entidad con la que se unirá financieramente durante un plazo de tiempo. Pero para ello es esencial poder comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproco. Por este motivo, es esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos, facilitando, de este modo, la comparación de las ofertas de las distintas entidades y estimulando su competencia.

---

<sup>69</sup> El identificador único es una combinación de letras, números o signos, asignados por una entidad de crédito a su cliente, con el objeto de que este se identifique de forma inequívoca en una operación de pago. Para las transferencias y adeudos domiciliados la identificación es el CCC (Código Cuenta Cliente) o IBAN (*International Bank Account Number*), que se construye a partir del CCC usado en España, y para los pagos con tarjeta, el PAN (*Personal Account Number*), que es el código que figura grabado en el anverso de la tarjeta. El nuevo Reglamento (UE) n.º 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, se refiere no al tradicional código numérico CCC, sino al BBAN, que se define como el «número identificador de una cuenta de pago que identifica inequívocamente una cuenta de pago individual mantenida con un proveedor de servicios de pago en un Estado miembro y que solo puede utilizarse para operaciones de ámbito nacional, mientras que la misma cuenta de pago se identifica con un número IBAN para las operaciones transfronterizas». Dicho código será de obligatoria utilización para las entidades a más tardar el 1 de febrero de 2014, según se establece en el artículo 6 del Reglamento.

Este criterio reiterado ha cristalizado en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y de forma más detallada en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Así, se reconoce con carácter general, y con el carácter de norma de disciplina bancaria, que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y las condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago. El proveedor de servicios de pago *no podrá cobrar al usuario por el suministro de dicha información*. El proveedor y el usuario de servicios de pago *podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario*. Dichos gastos, en todo caso, deberán ser adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.

En aquellos casos en los que, a efectos de la utilización de un instrumento de pago determinado, el beneficiario exija el pago de un gasto adicional u ofrezca una reducción por su utilización, deberá informar de ello al ordenante antes de iniciarse la operación de pago, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y objetiva, especificándose expresamente la cuantía del gasto o de la reducción, así como la cuantía final completa de la operación con el gasto/reducción adicional y sin ellos.

De la misma manera, los obligados a ofrecer la referida información deberán tener a disposición de los usuarios de servicios de pago, en todos y cada uno de los establecimientos desde los que pueda iniciarse la operación, en lugar destacado, de forma que atraiga la atención de los usuarios, y fácilmente legible, aquellos instrumentos de pago cuya utilización genere un gasto adicional o una reducción, el importe exacto del mismo —cuando se pueda calcular— y cualquier otra circunstancia que pueda condicionar la vinculación de un gasto adicional o de una reducción a la utilización de un instrumento de pago o que pueda resultar relevante a estos efectos.

La normativa de transparencia de servicios de pago distingue las operaciones singulares realizadas fuera del ámbito de un contrato marco de aquellas que se realizan dentro del mismo para determinar las obligaciones de información que, en cada uno de los casos, debe cumplir el proveedor de servicios de pago. Así, las obligaciones de información y transparencia desarrolladas en la Orden citada son de aplicación a las operaciones de pago singulares, a los propios contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos marco.

Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, lo dispuesto en la misma.

#### *Operaciones de pago singulares*

En las operaciones de pago singulares —aquellas no cubiertas por un contrato marco— se debe facilitar información: i) con carácter previo a la ejecución de la operación —artículo 7 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago—; ii) en el momento de la ejecución —artículo 8 de la Orden—, y iii) con posterioridad a la misma, tanto al ordenante de la operación —art. 9 de la Orden— como al beneficiario —art. 10 de la Orden—.

Así, el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, con carácter previo a la ejecución de la operación, antes, por lo tanto, de que el usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, la información y las condiciones siguientes<sup>70</sup>:

<sup>70</sup> Si el usuario lo solicita, el proveedor deberá facilitárselo en papel u otro soporte duradero.

- La especificación de la información o del identificador único que el usuario de servicios de pago debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago.
- El plazo máximo de ejecución del servicio de pago que debe prestarse.
- Todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en todo caso, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos.
- En caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio efectivo o el de referencia que se aplicará.

En todo caso, si la operación se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar dicha información con anterioridad, el proveedor cumplirá con esas obligaciones inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago (art. 7.2 de la Orden).

Esta información se debe ofrecer, además, en el momento en el que se acuerde la ejecución de la operación.

Respecto a la información que el proveedor de servicios de pago debe facilitar al ordenante, inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, consiste en una referencia que le permita identificar la operación, junto con la información relativa al beneficiario —cuando esta esté disponible—, el importe de la operación en la moneda utilizada, todos los gastos desglosados de la operación que sean de cuenta del ordenante, así como el tipo de cambio en el caso de que la operación implique un cambio de divisa, junto con la fecha de la recepción de la orden de pago.

Por último, el beneficiario de la operación deberá ser informado, inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, de la referencia que le permita identificar la orden de pago así como al ordenante —cuando dicha información esté disponible—, el importe de la operación en la moneda en que los fondos sean abonados, los gastos (en su caso, desglosados) que deba abonar el beneficiario, el tipo de cambio y la fecha de valor del abono.

*Operaciones amparadas  
en un contrato marco*

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco, el proveedor de servicios de pago deberá facilitar información general al usuario: i) con carácter previo a la celebración del contrato marco y ii) durante la vida del mismo, así como iii) con carácter previo y iv) con posterioridad a la ejecución de órdenes singulares amparadas por el mismo.

La información general previa, en papel o soporte duradero, deberá recoger las características principales del contrato y sus condiciones, las cuales estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible. Si el contrato marco se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar dicha información con anterioridad, el proveedor cumplirá con esas obligaciones inmediatamente después de la celebración del contrato (art. 11.2 de la Orden). Las obligaciones de información previa se podrán cumplir proporcionando una copia del borrador del contrato marco que incluya la información requerida.

Respecto a la información y condiciones que el proveedor de servicios de pago deberá facilitar al usuario al celebrar el contrato marco, consisten en información acerca de su denominación y funcionamiento, entre otras cuestiones, del domicilio de su administración cen-



tral, los datos de las autoridades responsables de su supervisión y registro; sobre la utilización del servicio; los gastos y tipos de interés y de cambio; sobre la comunicación entre las partes; responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución; sobre las modificaciones y rescisión del contrato; la ley aplicable, competencia jurisdiccional y procedimientos de reclamación, todo ello de conformidad y con el detalle exigido en el artículo 12 de la Orden de transparencia de servicios de pago.

Asimismo, en cualquier momento de la relación contractual el usuario tendrá derecho a recibir esta información sobre el contrato marco en papel o en otro soporte duradero.

Respecto a la información previa que el proveedor deberá facilitar al ordenante de un servicio de pago respecto a las operaciones singulares ejecutadas al amparo de un contrato marco, cabe señalar que el primero facilitará al segundo, a solicitud de este, información explícita sobre el plazo máximo de ejecución y sobre los gastos que debe abonar el ordenante, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los posibles gastos.

Con posterioridad al cargo en la cuenta del ordenante de una operación amparada en un contrato marco, el proveedor informará al ordenante, sin demoras injustificadas, de la referencia que le permita identificar la orden; el importe de la operación en la moneda que se haya cargado o utilizado para la orden; el importe de cualesquiera gastos desglosados, en su caso; los intereses que deba abonar el ordenante; el tipo de cambio utilizado, en su caso, y el importe de la operación tras la conversión y la fecha de valor del adeudo o la fecha de recepción de la orden de pago.

#### *Remisión de información*

En lo que se refiere a la información periódica que el proveedor debe enviar a sus usuarios, el artículo 15.2 de la Orden establece que la información referida en el apartado anterior se deberá enviar al usuario de forma gratuita y periódica, al menos una vez al mes, y en la forma convenida por las partes, siempre que permita al ordenante almacenarla y reproducirla sin cambios.

Además de lo anterior, señalar que el proveedor de servicios de pago está igualmente obligado a facilitar información al beneficiario, después de la ejecución de cada operación, de aquellas operaciones sujetas a un contrato marco, sin demoras injustificadas. La información consistirá en una referencia que le permita identificar la operación, al ordenante —cuando dicha información esté disponible—, el importe de la operación en la moneda en que se haya abonado en la cuenta del beneficiario, los gastos desglosados o los intereses que deba abonar el beneficiario, el tipo de cambio y el importe de la operación antes de la conversión de moneda, y la fecha de valor del abono.

Esta información se facilitará de manera gratuita, periódica, al menos una vez al mes y en la forma convenida por las partes, siempre que permita al beneficiario almacenar la información y reproducirla sin cambios.

Por último, indicar que, de acuerdo con los criterios mantenidos por este Servicio de Reclamaciones, las entidades deben atender las solicitudes concretas de información a *posteriori* (incluso aunque el usuario hubiera dejado de ser cliente de la entidad) para la obtención de las aclaraciones pertinentes o de la liquidación de la deuda pendiente de pago.

De esta forma, si durante la relación contractual le surgen al cliente dudas razonables acerca de los registros anotados en sus cuentas o sobre el saldo que figura en las mismas, no puede

considerarse suficiente, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, que ante la solicitud de información de su cliente sobre la deuda generada con su tarjeta se limite a la mera indicación de la ausencia de errores en la aplicación de comisiones y tipos de interés, o la remisión del extracto general ya enviado, sino que debería facilitarse un detalle completo de la liquidación, donde los clientes puedan verificar los saldos, las fechas de valor de los apuntes y demás parámetros que les permitan llevar a cabo las comprobaciones que consideren pertinentes a efectos de verificar la bondad de los importes consignados en las liquidaciones.

En cualquier caso, destacar que resulta esencial para este Servicio de Reclamaciones, a la hora de resolver las reclamaciones que se le presentan, conocer los términos contractuales acordados por las partes, más aun teniendo en cuenta que solo puede emitir un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que cuentan con la debida acreditación documental, no pudiendo tener en consideración las manifestaciones y acuerdos verbales que no sean admitidos por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

Condiciones contractuales

Sin perjuicio del contenido de los contratos exigido en la normativa de transparencia de servicios de pago, este Servicio viene manteniendo los siguientes criterios sobre la cuestión:

#### ***Transparencia, integridad***

Si la base de opinión del Servicio de Reclamaciones se encuentra en la documentación aportada por las partes a sus respectivos expedientes de reclamación, entre la que se encuentran los contratos suscritos por las entidades con sus clientes, las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en aquellos sea clara y transparente, legible y comprensible para sus clientes (tal y como exige en la actualidad la normativa de servicios de pago), huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación.

#### ***Oscuridad de las cláusulas***

De no ser así, cuando las partes discrepan con el alcance de los acuerdos alcanzados, las buenas prácticas exigirían que las entidades trataran de llegar a un acuerdo con sus clientes que resultara favorable para ambas partes y permitiera llevar a buen término la relación contractual, ya que, al margen de que la interpretación definitiva de los contratos, así como la determinación de las consecuencias que de la misma pudieran derivarse, correspondería realizarla, en exclusiva, a los tribunales de justicia. El Servicio de Reclamaciones considera que no sería acorde con dichas buenas prácticas que las entidades hicieran la interpretación unilateral que les resultase más favorable, en detrimento de los intereses de sus clientes.

Estos principios también encuentran su reflejo en la redacción del artículo 1288 de nuestro Código Civil, que establece que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

#### ***Entrega del documento contractual***

La entrega al cliente del contrato que suscribe con la entidad, además de ser una obligación legal impuesta a esta en la normativa de transparencia actualmente vigente, resulta

nuevamente exigible por la necesaria claridad, transparencia y justo equilibrio entre las prestaciones de las partes, que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes.

En cualquier caso, su entrega será obligatoria siempre que lo solicite el cliente en cualquier momento de la relación contractual, si bien cuando el titular de un contrato marco de servicios de pago solicite en esos casos una copia en papel u otro soporte duradero, y esta no hubiera sido la forma de comunicación acordada, las entidades podrán adeudar al cliente los correspondientes gastos de envío si así se hubiera pactado.

Si se realiza el contrato por medios electrónicos, la entrega puede hacerse, a elección del cliente, bien mediante un soporte electrónico duradero, que permita su lectura, impresión y conservación, o bien mediante la emisión y entrega al cliente de una justificación escrita de la contratación efectuada, en la que consten todos los extremos del contrato. En cualquier caso, si no se pudiera facilitar la información previamente, deberá darse inmediatamente después de la celebración del contrato.

Por otra parte, la entidad está obligada a conservar copia firmada por el cliente del contrato, excepto en el caso de depósitos instrumentados en libretas de ahorro cuando estas constituyan el documento contractual. No obstante, y al hilo de lo que se expone en el siguiente punto acerca de la necesaria conservación de los documentos por parte de las entidades, debemos añadir que las entidades están sujetas a conservarlo no solo durante el tiempo previsto por la normativa mercantil (seis años, según el artículo 30 del Código de Comercio), sino durante el plazo de prescripción de las acciones civiles.

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

Consecuencia de lo dicho hasta aquí es que cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos son las entidades las que deben acreditar que sus clientes conocían y/o aceptaron las mismas (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...). Y, en este sentido, la misma Ley 16/2009, de Servicios de Pago, expresamente hace recaer en la entidad la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información que le son legalmente exigidos. En caso contrario, además, el Servicio carecería de soporte para apreciar la bondad de las relaciones iniciadas o de las operaciones controvertidas, lo que denotaría, a la luz de las buenas prácticas bancarias, bien que los respectivos contratos no se formalizaron, bien escasez de diligencia en la custodia de documentos justificativos de las relaciones jurídicas mantenidas con sus clientes, o bien falta de colaboración con el propio Servicio.

Además, la necesaria acreditación debe facilitarse tan pronto como la soliciten sus clientes, pues no se considera una buena práctica bancaria demorar la respuesta hasta que se plantee reclamación ante este Servicio. Es más, en esos casos la actuación de la

entidad debería interpretarse como un ejemplo de desinterés hacia sus clientes, que contradice los principios de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las partes.

### ***Modificación de los contratos***

En general, salvo en los contratos de duración indefinida, la posibilidad de modificar las condiciones pactadas debe estar recogida en el contrato, en el que igualmente podrá acordarse una comisión que se podrá adeudar al cliente por este motivo, si fuera este quien solicitara la modificación.

Si la instara la entidad e implicara inequívocamente un beneficio para el cliente, podrá ser aplicada inmediatamente, debiendo, en cualquier caso, informar sobre la misma en la primera comunicación que se le dirija de manera individualizada y en soporte papel u otro soporte duradero. En el resto de los casos —cuando no implicara un beneficio inequívoco para el cliente—, deberá seguirse el procedimiento previsto en el contrato, que contemplará, además de los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación, el que se comunique a la clientela la modificación realizada de forma individualizada y con una antelación no inferior a dos meses respecto a la fecha en la que entre en vigor la modificación propuesta (art. 22 de la Ley de Servicios de Pago).

Todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad.

En línea con lo expuesto, se considera:

- Una infracción de la normativa de transparencia que se apliquen:
  - Comisiones que, sin haberse modificado, excedan de lo previsto en el contrato y/o en la tarifa de comisiones.
  - Comisiones tarifadas a las que el contrato se remita de manera general.
- Una mala práctica bancaria, entre otras:
  - No informar previamente a la clientela de la pérdida de gratuidad de un servicio.
  - Adeudar comisiones no pactadas por servicios nuevos, sin acreditar que se hubiera preavisado de forma individualizada y fehaciente a los clientes de su coste, ni con la antelación razonable para que los clientes puedan ejercer la opción de aceptar o no las nuevas condiciones. Al respecto de este preaviso necesario, el Servicio de Reclamaciones considera que, si la entidad interpreta que el silencio de los clientes es una respuesta afirmativa a las nuevas condiciones aplicables a la cuenta por el mero hecho de su existencia, deben emplear en su comunicación un medio de envío que le permita acreditar la recepción de la comunicación por parte del cliente, de modo que pueda entenderse que el cliente, al no contestar, renuncia a las condiciones que hasta la fecha se le venían aplicando. Por el contrario, si las nuevas condiciones se informan vía correo ordinario, el único medio para asegurarse de su recepción es exigir al cliente una respuesta expresamente afirmativa al cambio propuesto.

- Que cuando las comisiones se liquiden por períodos vencidos, y con independencia de la duración del contrato, la modificación de condiciones se aplique con carácter retroactivo, recalculando las comisiones devengadas pendientes de liquidación.

Al margen de lo anterior, como se ha indicado, la Ley de Servicios de Pago requiere que la modificación de los contratos que amparen estos sea informada de manera individualizada a cada usuario, en papel u otro soporte duradero y con una antelación no inferior a dos meses<sup>71</sup> respecto de la fecha de su entrada en vigor —salvo que inequívocamente resulten más favorables al usuario y se puedan aplicar de manera inmediata—.

No obstante, si las modificaciones afectaran a tipos de interés o de cambio y se basaran en los tipos de referencia acordados, su aplicación puede ser inmediata y sin previo aviso si así se hubiera pactado en el contrato. En caso contrario, deberán informarse al usuario lo antes posible, a menos que se hubiera estipulado 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<sup>72</sup>.

La Orden de transparencia exige que, en los casos de modificación de las condiciones contractuales, el proveedor de servicios de pago deberá avisar al usuario, con una antelación mínima de dos meses, de forma fácilmente comprensible, de manera clara y legible.

#### ***Revocación de los contratos***

La Ley 16/2009, de servicios de pago, contempla que las entidades únicamente pueden instar la resolución de los contratos marco que amparan esos servicios si estos fueran de duración indefinida y esta posibilidad se hubiera acordado en los mismos, debiendo, no obstante, avisar al usuario con una antelación mínima de dos meses<sup>73</sup>.

Por el contrario, el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, salvo que se hubiera pactado un preaviso —que nunca podrá exceder del mes—, debiendo asumir en todo caso los gastos derivados de la resolución, que tendrán que ser apropiados y acordes con los costes. Sin embargo, la resolución será gratuita si el contrato fuera de duración indefinida o por un plazo superior a 12 meses y se hubiera resuelto transcurridos estos. En cualquier caso, de cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago<sup>74</sup>, el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada, y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

La Orden de transparencia exige que, en los casos de resolución por el proveedor de servicios de pago de un contrato marco de duración indefinida, deberá avisar al usuario,

71 La Comisión Europea considera, a estos efectos, que un anuncio en prensa que no se hubiera enviado al usuario no es suficiente para acreditar la comunicación individualizada que se requiere. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/transposition/faq\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf) (véase página 208).

72 La Comisión Europea, según sus propias manifestaciones, no pretende interferir, a través de la Directiva, en la política de precios de las entidades, si bien entiende que los que se apliquen debieran ser objetivos, justificables y neutros. En este sentido, la neutralidad puede garantizarse al tomar como referencia un tipo de cambio publicado oficialmente, si bien, en caso de tener que añadirse un margen, este deberá acordarse en el contrato.

73 Y cualesquiera sean las razones (*i. e.*, cuenta inoperativa durante 6 meses), salvo circunstancias excepcionales previstas en la Ley.

74 No incluye comisiones o gastos por otros servicios (*i. e.*, seguro de viaje en tarjetas).

con una antelación mínima de dos meses, de forma fácilmente comprensible, de manera clara y legible.

Gastos y comisiones

*Gastos de tarjetas (emisión, renovación y mantenimiento)*

Entre los servicios retribuíbles relacionados con las tarjetas que emiten las entidades, los más habituales hacen referencia a su emisión, renovación y mantenimiento, quedando condicionado el cobro de la respectiva comisión a que esta posibilidad venga recogida expresamente en el propio contrato. No obstante, si el titular renunciase a mantener su tarjeta, es criterio del Servicio de Reclamaciones que la entidad debería restituir la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al tiempo en que no la hubiera usado.

De acuerdo con la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (art. 18), el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, de un modo fácilmente accesible para él, con la suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago. Así, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, reconoce (art. 11), respecto a los contratos marco, que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, en papel u otro soporte duradero, entre otras informaciones<sup>75</sup>, todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los gastos.

Cualquier modificación de dichas condiciones (o de cualesquiera otras recogidas en el contrato) deberá ser comunicada previa e individualizadamente a los clientes con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta, salvo que las mismas fueran más beneficiosas para el usuario de servicios de pago.

*Reclamación de posiciones deudoras*

A este respecto, simplemente recordar que el adeudo de comisiones por reclamación de cuota impagada tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las reclamaciones necesarias para la recuperación de dichos saldos, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior, además deben cumplirse, en opinión de este Servicio de Reclamaciones, una serie de criterios que a continuación se resumen:

- En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio de este Servicio de Reclamaciones, no queda justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador.
- En segundo lugar, la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de un descubierto, el mismo se prolonga en sucesivas liquidaciones de la cuenta.
- Finalmente, dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

---

<sup>75</sup> Establecidas en el artículo 12 de la Orden de transparencia de servicios de pago.

Además, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica bancaria (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

*Comisión por exceso sobre el límite*

En los contratos de tarjeta debe establecerse un límite de utilización que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en cuanto a su uso, no solo en los casos de uso fraudulento, sino también en los de utilización por su legítimo titular. No obstante, no podemos obviar que es habitual que las entidades concedan operaciones por encima del mismo, ya que es una decisión que se enmarca dentro de su política de riesgos (sobre la que el Servicio no puede opinar).

Respecto a la comisión por exceso sobre el límite, hemos de señalar que, en opinión de este Servicio de Reclamaciones, para que pueda adeudarse debe haber sido concedida (o modificada) una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en permitir que se supere el límite de crédito inicialmente concedido) como consecuencia de disposiciones efectuadas con la tarjeta. Por lo tanto, esta comisión:

- No puede adeudarse si en el período de que se trate el cliente no ha efectuado disposiciones con tarjeta que excedan el límite de crédito.
- No puede reiterarse como consecuencia de un mismo excedido, aun en el caso de que el mismo se prolongue en sucesivas liquidaciones de la cuenta. Por lo tanto, tampoco podrá cobrarse en aquellos casos en los que, pese a haber consumo, el reembolso del período es superior al gasto y, por lo tanto, disminuye el exceso.
- No puede adeudarse una vez cancelada la tarjeta, dado que ya no existe límite alguno concedido desde el momento en el que se lleva a cabo la cancelación.

*Actuación unilateral de la entidad*

*Emisión o retirada de tarjetas sin solicitud previa*

Cuando no se acredite la previa solicitud del cliente (exceptuando la remisión de plásticos por renovación del documento), el envío discrecional de tarjetas basado en criterios comerciales se considerará contrario a las buenas prácticas bancarias. Además, en aquellos casos en que las entidades realicen campañas promocionales, vía telefónica, con el objetivo de «colocar» determinadas tarjetas entre sus clientes, sería deseable que no remitieran el plástico mientras no estuviera convenientemente firmado el correspondiente contrato, evitando así malentendidos respecto a la voluntad de sus clientes de contratar el producto ofertado. En este sentido, la existencia de un documento contractual, en el que se establezcan los términos y condiciones de utilización de los medios de pago, se considera elemental para la defensa de la claridad, transparencia y justo equilibrio de las prestaciones, y así se recoge en la nueva normativa sobre transparencia de servicios de pago.

*Envío por medios que no aseguran su recepción*

Este Servicio de Reclamaciones considera mala práctica bancaria la remisión por correo ordinario de documentos de trascendencia económica, como lo son las tarjetas de crédito y el número secreto de la misma, ya que es conocido que, en general, este sistema no garantiza ni la certeza de la recepción del documento por parte del destinatario ni la constancia documental de que la propia entrega se ha efectuado. Dicho esto, y teniendo en cuenta que el momento de la recepción de la tarjeta es básico para conocer desde cuándo el titular tiene a su cargo el deber de su custodia, así como el de denuncia, en caso de verse desposeído de la misma, las entidades deben adoptar las medidas oportunas para,

en definitiva, obtener certeza de que la tarjeta se entregó al titular o persona autorizada, mediante el correspondiente acuse de recibo o cualquier otra forma válida.

#### Cancelación y bloqueo unilateral de tarjetas

Las entidades, cuando deciden emitir una tarjeta —con base en la confianza depositada en su cliente—, suelen dar a esta relación un plazo de duración indefinido, lo que implícitamente supone que ambas partes tienen la posibilidad de rescindirla unilateralmente (artículo 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). No obstante, de acuerdo con la Ley de Servicios de Pago (artículo 26), siempre que se haya acordado en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá reservarse el derecho de bloquear la utilización de un instrumento de pago por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta del mismo o, en caso de que esté asociado a una línea de crédito, si su uso pudiera suponer un aumento significativo del riesgo de que el ordenante pueda ser incapaz de hacer frente a su obligación de pago. En estos casos, el proveedor de servicios de pago deberá informar a su cliente en la forma convenida, debiendo especificar los motivos del bloqueo. De ser posible, esta comunicación se producirá con carácter previo al bloqueo y, en caso contrario, inmediatamente después del mismo, salvo en los supuestos previstos en la referida norma.

En estos casos, parece razonable que el proveedor de servicios de pago restituya al cliente la parte de la cuota periódica satisfecha, en proporción al tiempo que no va a disponer de las tarjetas.

Ello no obstante, el proveedor de servicios de pago deberá desbloquear el instrumento de pago o lo sustituirá por uno nuevo cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar al bloqueo. El desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución se realizarán sin coste alguno para el usuario de servicios de pago.

#### Tarjetas de pago aplazado

Con carácter general cabe señalar que las partes deben asumir el tipo de interés pactado voluntariamente en el contrato. En este sentido, con frecuencia el Servicio recuerda a las entidades que, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En las tarjetas, existen distintas posibilidades de formas de pago. Así, en las tarjetas de débito el pago se verifica deduciendo el importe mediante cargo en la cuenta vinculada en el momento de la utilización de aquella. En las tarjetas de crédito, es frecuente hablar de dos modalidades: las tarjetas de pago o débito diferido (en las que el saldo derivado de la utilización de la tarjeta se carga, normalmente a fin de mes, en la cuenta vinculada, sin que se perciban intereses del titular de la tarjeta por este aplazamiento de pago), y las de crédito con pago aplazado (que suelen devengar intereses día a día liquidables mensualmente a favor del banco, al tipo nominal mensual que figure en las condiciones particulares del contrato). En todo caso, es necesario que el cliente sea perfectamente advertido de las condiciones económicas de la utilización de la tarjeta, en especial en las de pago aplazado, para evitar situaciones de consumo irresponsable y sobreendeudamiento.

En el último ejercicio se ha mantenido el número de reclamaciones derivadas de la utilización de tarjetas con pago aplazado, en especial las relativas al uso de *tarjetas de crédito*



revolving y las *transferencias de efectivo realizadas con cargo al límite de crédito de la tarjeta*, así como las referidas a la modificación unilateral (al alza) del tipo de interés aplicable a estos pagos.

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 previamente determinado), dada la variabilidad de las cuotas mes a mes, según el capital pendiente y las disposiciones efectuadas.

En este sentido, la normativa de transparencia tampoco exige, lógicamente, que esta información figure entre la que periódicamente se debe facilitar al titular de la tarjeta, sino tan solo un detalle de las transacciones realizadas — con datos de referencia, fechas de cargo y valoración, tipos aplicados, comisiones y gastos repercutidos... — y el reflejo de la deuda pendiente. No obstante, los extractos que se envían por este motivo, bien por cómo reflejan estos datos, bien por la propia complejidad de la forma de liquidación, no suelen resultar sencillos y comprensibles para comprobar la relación existente entre las cantidades dispuestas con la tarjeta, los reintegros a que ya se ha hecho frente y el importe de la deuda pendiente en cada momento.

Por este motivo, y de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, este Servicio estima que las entidades, cuando el titular de la tarjeta:

- solicite aclaración sobre las cantidades abonadas y el saldo deudor pendiente con este instrumento de pago, deben extremar la diligencia para tratar de facilitar un detalle lo más completo posible de la deuda exigible, donde pueda verificar la bondad del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos;
- pida conocer cuándo terminará de pagar su deuda, deben facilitar algún medio, y en todo caso a través de la atención telefónica personalizada, mediante el cual cada cliente, en un momento determinado, pueda conocer el tiempo estimado que le queda para amortizar una operación, si bien con la clara advertencia de que la estimación que se realizara en ese momento sería para el saldo concreto a una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha. Así, este Servicio considera que es posible y además exigible conforme a las buenas prácticas bancarias la confección de un cuadro de amortización — en el que se debería advertir al interesado de que sería válido solo si se mantiene el pago mensual por la cuantía pactada y no se llevan a cabo nuevas disposiciones del crédito — que permita al interesado conocer el número de pagos necesarios para cancelar el crédito;

- con la pretensión de cancelar la deuda pendiente, solicite saber su importe, deben informar este teniendo en cuenta los posibles recibos o cuotas devengadas pendientes de liquidación, pues lo contrario podría provocar en el titular del plástico una expectativa de buen fin de las operaciones al adeudar el importe certificado, que, al no incluir toda la deuda pendiente de pago, no sería suficiente para saldar la deuda.

Un problema adicional a este tipo de tarjetas surge cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o incluso ni siquiera para mantener el crédito dispuesto dentro del límite inicialmente autorizado. Esto último suele dar lugar a ampliaciones automáticas del límite por disposiciones previsto en el propio contrato. En esos casos, el 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, de forma tal que no se planteen dudas de que los titulares conozcan y comprendan los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, puedan prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

*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 razonable<sup>76</sup>. Idéntico criterio se sigue, con carácter general, en esta nueva Ley, si bien exigiendo una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha de entrada

<sup>76</sup> 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

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 afectaran a tipos de interés o de cambio y se basaran en los de referencia acordados. En ese supuesto, que no suele amparar a 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, deberán 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, y 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:

- Aceptar que se aplique el nuevo tipo de interés, no solo a las nuevas disposiciones, sino también a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores.
- No aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores, lo que llevará 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.

*Terminales punto de venta*

En los contratos de afiliación a los sistemas de tarjeta, suscritos entre un comercio y una entidad gestora de un terminal punto de venta (TPV), suele recogerse no solo que las entidades únicamente vendrán obligadas a liquidar el importe de las facturas de venta y notas de abono, si los comercios afiliados cumplen fielmente lo acordado, comprobando básicamente que figura la firma del titular de la tarjeta en la factura de venta y que esta firma es la misma que la estampada en la tarjeta, sino también cuál es la responsabilidad o el riesgo que asumen los comercios por admitir tarjetas como medio de pago (lo que suele concretarse en un deber de reponer el importe de la venta si la entidad emisora de la tarjeta con la que se produjo el pago devuelve la transacción inicial por cualquier causa), de donde se deduce que:

---

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».

- La entidad emisora de la tarjeta actúa como mera intermediaria entre el titular del plástico y la entidad del comercio, debiendo limitarse a cumplir diligentemente las instrucciones de su cliente y a obtener la documentación necesaria para cerciorarse de que el adeudo discutido estaba originado en una relación que vinculaba a la propia entidad, en lo que concierne a la aceptación del cargo discutido.
- La entidad del comercio (que actúa como gestora del cobro de las operaciones registradas a través de un TPV) adeudará en la cuenta de este el importe de las que resultaron rechazadas por el titular o por el propio sistema, ya que se limita a seguir las instrucciones de la sociedad gestora de este.
- Cualquier discrepancia en relación con la calidad de los productos adquiridos con la tarjeta deberá resolverse entre el comprador y el establecimiento comercial.

Al margen de lo dicho y en relación con la responsabilidad de la entidad por la utilización de tarjetas por quienes no son sus titulares, debemos señalar que ni la doctrina ni la jurisprudencia mantienen una posición pacífica al respecto, ya que, si bien hay sentencias que sostienen que la entidad es una mera intermediaria, por lo que cualquier protesta por falsedad o demasía debe orientarse contra el institutor —sociedad que implantó el sistema— (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 1987), hay otras que mantienen lo contrario, ya que consideran que, dado que la única relación contractual del comercio es con el banco, es a este a quien debe reclamar y obtener satisfacción, por cuanto fue quien efectivamente realizó el cargo en su cuenta (sentencias de 26 de octubre de 1998 de la Audiencia Provincial de Castellón y de 13 de octubre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián). En definitiva, la resolución de esta cuestión deberá plantearse, en su caso, ante los tribunales de justicia.

#### Uso fraudulento

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 mecanismos 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 ejecutada incorrectamente, estableciéndose este en 13 meses desde la fecha de adeudo o abono. No obstante, cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior.

- Igualmente, las entidades podrán convenir con los usuarios, cuando estos no sean consumidores, que no les resulten de aplicación los preceptos relativos a «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 la información que se recoge a continuación.
- 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 para el dinero electrónico si la entidad emisora no tuviera capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago.

b. Criterios específicos del Servicio relacionados con tarjetas

Acreditación documental de las operaciones reclamadas

Cuando 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.

Acreditación que variará dependiendo del uso dado a la tarjeta, siendo los más habituales los de *reintegros en efectivo* y los de pago en comercios. En el primero de los casos, la entidad deberá acreditar mediante sus propios registros internos y/o los del cajero en los que se llevó a cabo la operación que esta fue correctamente registrada y que no se vio afectada por ninguna deficiencia<sup>77</sup>. En el segundo de los casos, esto es, cuando la tarjeta se usa como medio de pago en un comercio<sup>78</sup>, 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 obligado 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 en ningún momento a valorar la autenticidad de las firmas contenidas en las respectivas boletas de compra, a pesar de que constituyen un límite a

<sup>77</sup> 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*.

<sup>78</sup> 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—.

Responsabilidad por las  
disposiciones efectuadas

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 cuestionara como pronunciarse sobre la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en el cumplimiento de sus obligaciones, incluidos, claro está, los establecimientos comerciales.

En la actualidad, la Ley de Servicios de Pago establece, como así venía haciendo el Código de Buena Conducta, 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.

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 estimará apartado 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, en el que, obviamente, no existe una pérdida de la posesión del mismo; este supuesto hecho, se enmarca, a nuestro juicio, en la previsión del artículo 31.

Bloqueo por motivos de seguridad

Como se ha señalado en el apartado «Cancelación y bloqueo unilateral de tarjetas», de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Servicios de Pago, siempre que se haya acordado en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá reservarse el derecho de bloquear la utilización de un instrumento de pago por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago o la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta del mismo (entre otras razones). En estos casos, el proveedor de servicios de pago deberá informar a su cliente en la forma convenida, debiendo especificar los motivos del bloqueo. De ser posible, esta comunicación se producirá con carácter previo al bloqueo y, en caso contrario, inmediatamente después del mismo, salvo en los supuestos previstos en la referida norma.

En estos casos, el proveedor de servicios de pago deberá desbloquear el instrumento de pago o lo sustituirá por uno nuevo cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar al bloqueo. El desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución se realizarán sin coste alguno para el usuario de servicios de pago.

Este Servicio considera una actuación acorde a las buenas prácticas bancarias que las entidades alerten a los titulares de los instrumentos de pago sobre 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 reúnan los requisitos imprescindibles para ser aceptados, poniéndolos una vez obtenidos a disposición de su cliente.

#### 4.3.2 TRANSFERENCIAS Y ÓRDENES DE TRASPASO DE EFECTIVO

##### a. Información y documentación contractual

En este apartado debemos recordar que las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En este sentido, ha sido opinión reiterada de este Servicio de Reclamaciones que la transparencia y claridad deben ser los principios inspiradores que han de regular la relación de las entidades con sus clientes, de modo que en todo momento estos puedan conocer la situación de sus posiciones, la razón de los registros anotados en sus cuentas y los motivos de la actuación de las entidades (autorizaciones, denegaciones, modificaciones...) hacia ellos.

Así, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), el cliente tiene derecho a seleccionar la entidad con la que se unirá financieramente durante un plazo de tiempo. Pero para ello es esencial poder comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproco. Por este motivo, es esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos, facilitando, de este modo, la comparación de las ofertas de las distintas entidades y estimulando su competencia.

Este criterio reiterado ha cristalizado en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y de forma más detallada en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Así, se reconoce con carácter general, y con el carácter de norma de disciplina bancaria, que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y las condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago. El proveedor de servicios de pago no podrá cobrar al usuario por el suministro de dicha información. El proveedor y el usuario de servicios de pago podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional o más frecuentemente, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario. Dichos gastos, en todo caso, deberán ser adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.

En aquellos casos en los que, a efectos de la utilización de un instrumento de pago determinado, el beneficiario exija el pago de un gasto adicional u ofrezca una reducción por su utilización, deberá informar de ello al ordenante antes de iniciarse la operación de pago, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y objetiva, especificándose expresamente la cuantía del gasto o de la reducción, así como la cuantía final completa de la operación con el gasto/reducción adicional y sin ellos.

De la misma manera, los obligados a ofrecer la referida información deberán tener a disposición de los usuarios de servicios de pago, en todos y cada uno de los establecimientos desde los que pueda iniciarse la operación, en lugar destacado, de forma que atraiga la atención de los usuarios, y fácilmente legible, aquellos instrumentos de pago cuya utilización genere un gasto adicional o una reducción, el importe exacto del mismo —cuando se pueda calcular— y cualquier otra circunstancia que pueda condicionar la vinculación de un gasto adicional o de una reducción a la utilización de un instrumento de pago o que pueda resultar relevante a estos efectos.

La normativa de transparencia de servicios de pago distingue las operaciones singulares realizadas fuera del ámbito de un contrato marco de aquellas que se realizan dentro del mismo para determinar las obligaciones de información que, en cada uno de los casos, debe cumplir el proveedor de servicios de pago. Así, las obligaciones de información y transparencia desarrolladas en la Orden citada son de aplicación a las operaciones de pago singulares, a los propios contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos marco.

Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, lo dispuesto en la Orden mencionada.

#### Operaciones de pago singulares

En las operaciones de pago singulares —aquellas no cubiertas por un contrato marco— se debe facilitar información: i) con carácter previo a la ejecución de la operación —artículo 7 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago—; ii) en el momento de la ejecución —artículo 8 de la Orden—, y iii) con posterioridad a la misma, tanto al ordenante de la operación —art. 9 de la Orden— como al beneficiario —art. 10 de la Orden—.

Así, el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario, con carácter previo a la ejecución de la operación, antes, por lo tanto, de que el usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, la información y las condiciones siguientes<sup>79</sup>:

- La especificación de la información o del identificador único que el usuario de servicios de pago debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago.
- El plazo máximo de ejecución del servicio de pago que debe prestarse.
- Todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en todo caso, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos.
- En caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio efectivo o el de referencia que se aplicará.

En todo caso, si la operación se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar dicha información con anterioridad, el proveedor cumplirá con esas obligaciones inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago (art. 7.2 de la Orden).

Esta información se debe ofrecer, además, en el momento en el que se acuerde la ejecución de la operación.

---

<sup>79</sup> Si el usuario lo solicita, el proveedor deberá facilitárselo en papel u otro soporte duradero.



Operaciones de pago sujetas  
a un contrato marco

Respecto a la información que el proveedor de servicios de pago debe facilitar al ordenante, inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, consiste en una referencia que le permita identificar la operación junto con la información relativa al beneficiario —cuando esta esté disponible—, el importe de la operación en la moneda utilizada, todos los gastos desglosados de la operación que sean de cuenta del ordenante, así como el tipo de cambio en el caso de que la operación implique un cambio de divisa, junto con la fecha de la recepción de la orden de pago.

Por último, el beneficiario de la operación deberá ser informado, inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, de la referencia que le permita identificar la orden de pago, así como al ordenante —cuando dicha información esté disponible—, el importe de la operación en la moneda en que los fondos sean abonados, los gastos —en su caso, desglosados— que deba abonar el beneficiario, el tipo de cambio y la fecha de valor del abono.

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco, el proveedor de servicios de pago deberá facilitar información general al usuario: i) con carácter previo a la celebración del contrato marco y ii) durante la vida del mismo, así como iii) con carácter previo y iv) con posterioridad a la ejecución de órdenes singulares amparadas por el mismo.

La información general previa, en papel o soporte duradero, deberá recoger las características principales del contrato y sus condiciones, las cuales estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible. Si el contrato marco se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que no permita facilitar dicha información con anterioridad, el proveedor cumplirá con esas obligaciones inmediatamente después de la celebración del contrato (art. 11.2 de la Orden). Las obligaciones de información previa se podrán cumplir proporcionando una copia del borrador del contrato marco que incluya la información requerida.

Respecto a la información y las condiciones que el proveedor de servicios de pago deberá facilitar al usuario al celebrar el contrato marco, consisten en información acerca de su denominación y funcionamiento, entre otras cuestiones, del domicilio de su administración central, los datos de las autoridades responsables de su supervisión y registro; sobre la utilización del servicio; los gastos y tipos de interés y de cambio; sobre la comunicación entre las partes; responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución; sobre las modificaciones y rescisión del contrato; la ley aplicable, competencia jurisdiccional y procedimientos de reclamación, todo ello de conformidad y con el detalle exigido en el artículo 12 de la Orden de transparencia de servicios de pago.

Asimismo, en cualquier momento de la relación contractual el usuario tendrá derecho a recibir esta información sobre el contrato marco en papel o en otro soporte duradero.

Respecto a la información previa que el proveedor deberá facilitar al ordenante de un servicio de pago respecto a las operaciones singulares ejecutadas al amparo de un contrato marco, cabe señalar que el primero facilitará al segundo, a solicitud de este, información explícita sobre el plazo máximo de ejecución y sobre los gastos que debe abonar el ordenante, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los posibles gastos.

Con posterioridad al cargo en la cuenta del ordenante de una operación amparada en un contrato marco, el proveedor informará al ordenante, sin demoras injustificadas, de la referencia que le permita identificar la orden; el importe de la operación en la moneda que

se haya cargado o utilizado para la orden; el importe de cualesquiera gastos desglosados, en su caso; los intereses que deba abonar el ordenante; el tipo de cambio utilizado, en su caso; y el importe de la operación tras la conversión y la fecha de valor del adeudo o la fecha de recepción de la orden de pago.

#### Remisión de información

En lo que se refiere a la información periódica que el proveedor debe enviar a sus usuarios, el artículo 15.2 de la Orden establece que la información referida en el apartado anterior se deberá enviar al usuario de forma gratuita y periódica, al menos una vez al mes, y en la forma convenida por las partes, siempre que permita al ordenante almacenarla y reproducirla sin cambios.

Además de lo anterior, señalar que el proveedor de servicios de pago está igualmente obligado a facilitar información al beneficiario, después de la ejecución de cada operación, de aquellas operaciones sujetas a un contrato marco, sin demoras injustificadas. La información consistirá en una referencia que le permita identificar la operación, al ordenante —cuando dicha información esté disponible—, el importe de la operación en la moneda en que se haya abonado en la cuenta del beneficiario, los gastos desglosados o los intereses que deba abonar el beneficiario, el tipo de cambio y el importe de la operación antes de la conversión de moneda, y la fecha de valor del abono.

Esta información se facilitará de manera gratuita, periódica, al menos una vez al mes y en la forma convenida por las partes, siempre que permita al beneficiario almacenar la información y reproducirla sin cambios.

Por último, indicar que, de acuerdo con los criterios mantenidos por este Servicio de Reclamaciones, las entidades deben atender las solicitudes concretas de información *a posteriori* (incluso aunque el usuario hubiera dejado de ser cliente de la entidad) para la obtención de las aclaraciones pertinentes o de la liquidación de la deuda pendiente de pago.

De esta forma, si durante la relación contractual le surgen al cliente dudas razonables acerca de los registros anotados en sus cuentas o sobre el saldo que figura en las mismas, no puede considerarse suficiente, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, que ante la solicitud de información de su cliente sobre la deuda generada con su tarjeta se limite a la mera indicación de la ausencia de errores en la aplicación de comisiones y tipos de interés, o a la remisión del extracto general ya enviado, sino que debería facilitarse un detalle completo de la liquidación, donde los clientes puedan verificar los saldos, las fechas de valor de los apuntes y demás parámetros que les permitan llevar a cabo las comprobaciones que consideren pertinentes a efectos de verificar la bondad de los importes consignados en las liquidaciones.

En cualquier caso, destacar que resulta esencial para este Servicio de Reclamaciones, a la hora de resolver las reclamaciones que se le presentan, conocer los términos contractuales acordados por las partes, más aun teniendo en cuenta que solo puede emitir un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que cuentan con la debida acreditación documental, no pudiendo tener en consideración las manifestaciones y acuerdos verbales que no sean admitidos por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

#### b. Transferencias sometidas a la Ley de Servicios de Pago

Desde la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, ya no existe diferencia alguna en cuanto al tratamiento jurídico entre las transferencias nacionales (en las que tanto el que envía el dinero como el que lo recibe se encuentran en España) y aquellas en las que una de las par-

tes se encuentra en España y la otra (bien el ordenante bien el beneficiario) en un país miembro de la Unión Europea y se realicen en euros o en una moneda de un país de la Unión Europea.

Las transferencias con origen o destino en España se intercambian a través del Subsistema General de Transferencias, del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), y abarcan tanto las ordenadas y recibidas en España como las de los demás países de la Zona Única de Pagos SEPA (integrada por los 27 países miembros de la Unión Europea e Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Noruega y Suiza).

Las instrucciones establecidas por el SNCE definen los aspectos técnicos, operativos y de normalización entre las entidades adheridas. Siguiendo lo dispuesto en las referidas reglas, procede apuntar que las transferencias entre residentes en países miembros de la zona SEPA pueden tramitarse a través del Subsistema General de Transferencias SEPA del SNCE.

En particular, del contenido de las instrucciones vigentes<sup>80</sup> se desprende que la mayoría de las operaciones de transferencia de fondos se ejecutarán utilizando el identificador único en función del cual se efectúa el proceso de abono, que será el código cuenta cliente (CCC) completo y técnicamente correcto de la cuenta del beneficiario.

Progresivamente, y a resultas de la integración de España en la zona de pagos SEPA, es conveniente que los clientes se familiaricen con el código internacional de identificación de las cuentas bancarias (BIC) y con el código internacional IBAN (que se construye a partir del tradicional Código Cuenta Cliente —CCC— usado en España). Ambos códigos vienen siendo facilitados tradicionalmente por las entidades de diferentes formas (extractos bancarios, aplicaciones de banca electrónica, talonarios, libretas, etc.)<sup>81</sup>.

Como consecuencia de la aplicación de las referidas instrucciones operativas, será responsabilidad de la entidad ordenante o emisora que el CCC venga cumplimentado por completo y técnicamente esté correcto. La entidad destinataria o beneficiaria será responsable de que el abono se efectúe en la cuenta correspondiente al CCC recibido.

#### Gastos de la operación

El Sistema Nacional de Compensación Electrónica, para las transferencias nacionales, hasta la reforma de 2006, tramitaba todas las transferencias nacionales en euros con la cláusula OUR. El 17 de octubre de 2006 entró en vigor una modificación (SNCE/A/03/758) de la Instrucción operativa SNCE/A/03/55 del citado subsistema de intercambio, que contemplaba la posibilidad de que en determinadas transferencias ordenadas en España el cliente ordenante optara por soportar (como hasta 2006) la totalidad del coste de la operación (cláusula OUR) o que el ordenante y el beneficiario compartieran los citados costes, asumiendo cada uno los que genere su respectiva entidad (cláusula SHA).

Tras la aprobación de la Ley de Servicios de Pago, en toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago. Este criterio se aplicará, igualmente, cuando la operación suponga un cambio de divisas, salvo pacto en contrario de las partes. El artículo 24.2 de la Ley de Servicios de Pago establece que, no obstante lo anterior, en toda

<sup>80</sup> Instrucción SNCE/A/03/55 sobre el Subsistema General de Transferencias e Instrucción SNCE/S/13/001.

<sup>81</sup> Los clientes pueden contactar con la entidad para conocer estos códigos o utilizar el siguiente enlace para obtenerlos a partir de su CCC: [www.sepaesp.es/herramienta/conversion.htm](http://www.sepaesp.es/herramienta/conversion.htm).

operación de pago en la que ambos prestadores de servicios de pago estén en España e incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante los percibidos por su proveedor de servicios de pago; los gastos de conversión, salvo indicación en contrario de las partes, serán satisfechos por quien solicite la conversión.

En esta línea, de conformidad con la nueva modificación de la Instrucción SNCE/A/03/55, de fecha 30 de septiembre de 2011, las transferencias ordenadas en España por residentes o no residentes deben incorporar la cláusula SHA, mientras que las transferencias procedentes de países de la UE, más Islandia, Liechtenstein, Mónaco y Noruega, así como el resto de transferencias procedentes del extranjero, podrán llevar la cláusula de gastos OUR/BEN/SHA.

Adicionalmente, cabe señalar que es criterio reiterado de este Servicio de Reclamaciones el considerar que si, por razones operativas, fuera necesaria la intervención de un corresponsal para la ejecución de la operación, el prestador de servicios de pago del ordenante deberá informar a este acerca de la posibilidad de que dicha intervención conlleve unos gastos adicionales para el mismo —o, en su caso, para el beneficiario de la transferencia—, aun a pesar de que la entidad ordenante no pueda precisar o especificar con exactitud a cuánto ascenderán tales gastos.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley de Servicios de Pago establece, al referirse a los «Importes transferidos e importes recibidos, que, con carácter general, el proveedor de servicios de pago del ordenante, el proveedor de servicios de pago del beneficiario y todos los posibles intermediarios que intervengan en la operación de pago deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago absteniéndose de deducir gasto alguno de la cantidad transferida.

No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que este deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario. En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario por su proveedor de servicios de pago.

Salvo en lo señalado en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario de la cantidad total de las operaciones de pago iniciadas por el ordenante. En el caso de operaciones de pago iniciadas por el beneficiario o realizadas a través de él, su proveedor de servicios de pago le garantizará la recepción del importe total de la operación de pago.

#### Comisiones

En general, las entidades pueden pactar libremente las comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible:

- Que *informen* debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados, procurando, en este caso, que, aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad.
- Que cuenten con el *consentimiento* al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios.

Con carácter general, este Servicio de Reclamaciones entiende que, cuando los clientes solicitan a su entidad la prestación de un determinado servicio que lleve consigo el devengo de una comisión por el mismo, las entidades deben 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 para el cliente, de acuerdo con la normativa que regula las comisiones y los principios de claridad y transparencia que deben presidir la actuación de las entidades de crédito, y esto, claro está, con carácter adicional a la inclusión de la comisión en las tarifas de la entidad y con independencia del canal utilizado para ordenar la operación.

Asimismo, según el Reglamento 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre los pagos transfronterizos en la Comunidad, las comisiones cobradas por un proveedor de servicios de pago a un usuario de dichos servicios en relación con pagos transfronterizos, hasta un importe máximo de 50.000 euros, serán iguales que las comisiones cobradas por dicho proveedor de servicios a los usuarios de servicios de pago en relación con pagos nacionales equivalentes de igual cuantía y en la misma moneda. Esta identidad alcanza a cualquier concepto directamente relacionado con la orden de transferencia que vaya a cobrar la entidad que la recibe, incluso cuando se trate de la repercusión de gastos de transmisión de la orden u otros aplicables por terceros. Los folletos de tarifas que la entidad tenga puestos a disposición del público deberán ajustarse a lo previsto por el citado Reglamento.

Disponibilidad de los fondos

Recibida una orden de pago en un día hábil<sup>82</sup> para el proveedor de servicios de pago del ordenante, el abono de la operación en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario se producirá como máximo al final del día hábil siguiente —dos días si la operación se inicia en papel—, debiendo darse fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario en ese mismo día hábil, estando a disposición del beneficiario inmediatamente después.

A estos efectos, el proveedor de servicios de pago del ordenante podrá establecer, poniéndolo en conocimiento de este, una hora máxima a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

Para las operaciones de pago que deban ejecutarse en una fecha específica o al final de un período determinado, o cuando el ordenante haya puesto fondos a disposición de su proveedor de servicios de pago, el momento de recepción de la orden será el día hábil acordado.

---

82 Si el momento de la recepción no lo fuera, se considerará recibida el siguiente día hábil. A este respecto, este Servicio de Reclamaciones entiende que la consideración de día hábil se inspira en la equiparación de día hábil a día laborable (bancario). Por tanto, la consideración de un día concreto como hábil o inhábil deberá determinarse en función de si, para la sucursal en la que se encuentra la cuenta afectada, se trata de un día laborable o no.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que muchas operaciones bancarias son tramitadas por las entidades de forma centralizada, entendemos que cabe considerar una buena práctica financiera, en el caso de las transferencias tramitadas a través del SNCE, que las entidades apliquen una valoración ajustada del calendario del SNCE, pero tomando no solo el del Sistema Nacional de Intercambio, sino también el del Sistema Nacional de Liquidación, a tenor del proceso técnico de ejecución de transferencias, que requiere tanto el intercambio de las operaciones como su liquidación.

Dicho lo anterior, hay que hacer constar que, si bien el tener en cuenta los calendarios citados (lo que redundaría en una valoración más favorable para el cliente) se considera una buena práctica financiera, no cabría considerar como mala práctica, por las razones antes apuntadas, la aplicación, por una entidad, del criterio de día hábil igual a día laborable, salvo que se apreciara que dicha entidad está 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).

Hasta el 1 de enero de 2012, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podían acordar un plazo de hasta tres días hábiles para abonar en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, que se reducirá a dos días si la operación se origina y se recibe en España. En todo caso, podrá prolongarse un día hábil más si la operación se inicia en papel.

#### Revocación

Ha sido criterio sostenido por este Servicio que las transferencias son mandatos de pago irrevocables y, por ello, una vez que se ha ejecutado la operación, en aras de la seguridad del tráfico mercantil, no cabe la retrocesión sin el consentimiento del beneficiario o, ante la concurrencia de errores demostrables, sin que se acredite que el error administrativo o informático en el que se pudo incurrir era imputable a la entidad ordenante.

La expresada nota de irrevocabilidad se contempla en el artículo 37 de la Ley de Servicios de Pago, donde se establece que, como regla general, el usuario de servicios de pago no podrá revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante. Cuando la operación de pago sea iniciada por el beneficiario o a través del mismo, el ordenante no podrá revocar la orden de pago una vez que se haya transmitido al beneficiario la orden de pago o su consentimiento para que se ejecute la operación de pago.

En el caso de que el momento de recepción se corresponda con una fecha previamente acordada entre el usuario de servicios de pago que inicia la orden y su proveedor de servicios de pago (caso de las transferencias periódicas), aquel podrá revocar la orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido.

Una vez transcurridos los plazos especificados en los apartados 1 a 4 del artículo 37 de la Ley, la orden de pago podrá revocarse únicamente si así se ha convenido entre el usuario de servicios de pago y su proveedor. En el caso de que la operación de pago hubiera sido iniciada por el beneficiario o a través del mismo, será necesario, además, el acuerdo del beneficiario. De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá cobrar gastos por la revocación.

#### Transferencias no autorizadas, no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente

#### *Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas defectuosamente*

El artículo 29 de la Ley de Servicios de Pago establece que, cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada al proveedor de servicios de pago, a fin de poder obtener rectificación de este.

Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono.

Cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior distinto del contemplado en el párrafo anterior.

#### *Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago*

Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que esta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

*Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no autorizadas*

A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, la ley señala que el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que este actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley (obligación de notificación en plazo de la operación de pago no autorizada), y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

En relación con esta cuestión, este Servicio de Reclamaciones viene considerando que, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, en las operaciones de pago en las que el usuario del servicio no reconozca su autoría en los hechos, ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia, el proveedor de servicios de pago ha de proceder al reembolso inmediato del importe de la operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, salvo que pueda acreditar que el ordenante actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27 de la Ley, lo que se valora en cada expediente de manera individualizada; y ello, con independencia de que el proveedor de servicios de pago pueda, una vez efectuado el reembolso, llevar a cabo las investigaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

*Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente*

Al respecto de los errores cometidos en la ejecución de órdenes de pago iniciadas por el ordenante, la Ley de Servicios de Pago, en su artículo 45.1, establece el siguiente régimen de responsabilidad:

«En el caso de las órdenes de pago iniciadas por el ordenante, su proveedor de servicios de pago será responsable frente a aquel de la correcta ejecución de la operación de pago hasta el momento en que su importe se abone en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. Producido este abono, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la correcta ejecución de la operación.

En el caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante sea responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la operación y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

Cuando el responsable, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, sea el proveedor de servicios de pago del beneficiario, este pondrá inmediatamente a disposición del beneficiario la cantidad correspondiente a la operación de pago, abonando, en su caso, la cantidad correspondiente en la cuenta de aquel.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del ordenante no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del ordenante tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al ordenante los resultados».

Adicionalmente, ha de indicarse que con carácter general, en el caso de errores por abonos indebidos de transferencias, el criterio de este Servicio es que, una vez asentada la transferencia en la cuenta destinataria, incluso aunque quede demostrado que el abono es erróneo, se considera que la entidad receptora no está facultada para su retrocesión en virtud de simples instrucciones del ordenante de la transferencia, ya que las cantidades abonadas en cuenta no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento del beneficiario o la preceptiva orden o mandato legal. Como excepción a este criterio, se admite la retrocesión de aquellos abonos erróneos en cuentas de clientes debidos a fallos informáticos o administrativos que, una vez comunicados y justificados debidamente al cliente, podían ser retrocedidos, ya que es criterio igualmente mantenido por el Servicio que la comisión de un error no puede dar lugar a la obtención de un lucro injustificado.

Este criterio tiene su reflejo en las instrucciones operativas que regulan los aspectos técnicos y operativos del Sistema Nacional de Compensación Electrónica. En la Instrucción SNCE/A/03/55, al regular en la Instrucción Vigésima Tercera, apartado 7, las responsabilidades de las entidades participantes en cuanto al procedimiento de retrocesión de transferencias emitidas por error, se indica que:

- «b) Cuando se trate de Transferencias duplicadas o Transferencias emitidas por errores atribuibles a la entidad ordenante emisora de la operación, la entidad destinataria o beneficiaria procederá a la anulación del abono a su cliente, siempre y cuando en la cuenta del cliente exista saldo suficiente para poder efectuar la citada anulación, y procederá al abono a la entidad emisora solicitante dentro de los tres días hábiles del Sistema Nacional de Liquidación siguientes a la recepción de la solicitud. Asimismo, previa o simultáneamente a la anulación del abono, y si ello no fuera posible, inmediatamente después, deberá informar a su cliente de la operación que pretende realizar o que ha realizado en su cuenta.
- c) Cuando se trate de un error del cliente de la entidad ordenante emisora, la entidad destinataria o beneficiaria de la operación deberá solicitar la autorización de su cliente para poder anular la operación y, en el caso de recibir la autorización, procederá a su anulación, siempre y cuando exista saldo suficiente, enviando el importe de la transferencia a la entidad ordenante emisora dentro de los cinco días hábiles del SNL siguientes a la recepción de la solicitud. La entidad destinataria o beneficiaria será responsable del archivo de la autorización emitida por su cliente beneficiario de la orden, en los plazos establecidos por la Ley».

Fraude por Internet

En relación con esta cuestión, la Ley de Servicios de Pago regula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago, que delimita, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, fijando las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones.



Así, tal y como se ha expuesto más arriba, de conformidad con los artículos 29, 30 y 31 de la Ley de Servicios de Pago, en los supuestos en que el ordenante niegue su falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia, el proveedor de servicios de pago ha de proceder al reembolso inmediato del importe de la operación no autorizada o ejecutada incorrectamente. Y ello, tan pronto como el ordenante le comunique la realización de esa operación y sin perjuicio de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30, el proveedor de servicios de pago pueda, una vez efectuado el reembolso, llevar a cabo las investigaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. Ello se desprende del artículo 31, que impone el reembolso inmediato de la operación «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29» de ese texto legal. Es decir, sin perjuicio de la obligación del usuario de los servicios de pago de comunicar la falta de autorización o la incorrección de la operación realizada.

Como puede observarse, el artículo 31 no deja a salvo ni contiene referencia alguna a lo dispuesto en el artículo 30 de ese texto legal —que es el que contempla la facultad/obligación del proveedor de los servicios de pago de investigar/probar la corrección de la operación realizada—, por lo que no parece posible demorar el reembolso para realizar esa investigación. Por ello, entiende este Servicio que, en principio, el reembolso ha de efectuarse de forma inmediata una vez comunicada por el ordenante la falta de autorización o la incorrección de la operación.

De conformidad con todo lo anterior, la entidad deberá proceder al reembolso inmediato del importe de la operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, salvo que pueda acreditar que el ordenante actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27 de la Ley, lo que se valorará en cada expediente de manera individualizada; y ello, con independencia de que el proveedor de servicios de pago pueda, una vez efectuado el reembolso, llevar a cabo las investigaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

c. Órdenes de traspaso de efectivo (OTE)

Consideraciones generales

Dentro de las modalidades de operaciones que implican una transferencia de fondos entre entidades de crédito, cabe diferenciar, por la entidad que recibe la orden, las transferencias en sentido propio (que constituyen una orden de pago que se da a la entidad depositaria de los fondos y consistente en transferir los fondos a otra cuenta distinta, ya sea en la propia entidad o en otra distinta) de las órdenes de traspaso de efectivo como orden de transferencia dada a la entidad destinataria de los fondos. Esta tipología de operación permite el traspaso de fondos entre dos cuentas bancarias con el mismo titular, situadas en dos entidades distintas, que se formaliza mediante orden dada por un cliente a la entidad que ha de recibir el dinero, para que esta la transmita a la entidad de la cuenta de cargo.

Más concretamente, las órdenes de traspaso en efectivo se utilizan para operaciones de hasta 150.000 €, sin que tengan ningún límite mínimo. Hasta 6.000 €, estos traspasos son más cómodos para el ordenante, porque solo hay que firmar una autorización genérica, que deberá quedar en poder de la entidad solicitante. Si se superan los 6.000 € por operación, entonces el ordenante tiene que firmar un documento específico para cada traspaso. Como las transferencias, esta tipología de operaciones también se realiza a través del Subsistema General de Transferencias del SNCE.

La fecha máxima de ejecución o de rechazo de la orden de traspaso de efectivo definida en la normativa interbancaria es de tres días hábiles del Sistema Nacional de Liquidación (SNL) contados a partir de la fecha del intercambio de la orden (fecha no incluida en el plazo). Ahora bien, dicho plazo se trata de un máximo, y este Servicio considera una buena práctica bancaria que las entidades pongan todas las medidas necesarias para abonar o adeudar las cuentas de los clientes sin demoras ni retrasos, aplicando la máxima diligencia en facilitar la disponibilidad pronta de los fondos.

En los registros mediante los que se presente la orden a la entidad de la cuenta de cargo, ha de figurar la fecha de intercambio de la misma, que deberá coincidir con la fecha de transmisión a través del subsistema.

Ante cualquier incidencia justificada, la entidad de la cuenta de cargo podrá solicitar el documento original a la entidad receptora del dinero, si bien, en ningún caso, la solicitud de dicho original podrá suponer un aplazamiento de la ejecución de la orden de traspaso de efectivo.

Como requisito para este tipo de operaciones, se considerará la misma titularidad cuando el NIF del cliente que solicita el traspaso, que debe figurar como titular en la cuenta que reciba el efectivo, sea el mismo que el del titular de la cuenta de cargo. A efecto de verificación del nombre del solicitante por parte de la entidad receptora de la solicitud de traspaso, se llevarán a cabo los mismos controles que los efectuados en la verificación de este dato en la recepción de transferencias, así como las mismas actuaciones para su resolución ante la falta total de coincidencia.

El artículo 46 de la Ley de Servicios de Pago establece que cada proveedor de servicios de pago será responsable frente a su respectivo usuario de todos los gastos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.2 de dicha norma (que regula los supuestos de no ejecución o ejecución defectuosa cuando las operaciones son instadas a través del beneficiario), sean de su responsabilidad, así como del pago de los intereses que hubieran podido aplicarse al usuario como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de operaciones.

Dicho artículo 45.2 de la Ley de Servicios de Pago establece que:

En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable de la correcta transmisión de la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, cuando la operación no se ejecute o se ejecute de manera defectuosa, por causa imputable a él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario reiterará inmediatamente la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante.

Además, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la gestión de la operación de pago. En particular velará porque, una vez abonada en su cuenta la cantidad correspondiente a la operación de pago, tal cantidad esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de producido dicho abono.

En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, en las que, conforme a lo previsto en los dos párrafos anteriores, el proveedor de servicios de pago del beneficiario no sea responsable, la responsabilidad ante el ordenante por las operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas incorrectamente será del proveedor de servicios

de pago del ordenante. En estos casos, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a este, según proceda y sin demora injustificada, la cantidad correspondiente a la operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa y restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si la operación no hubiera tenido lugar.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del beneficiario no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del beneficiario tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al beneficiario los resultados.

Para valorar la actuación de una entidad en estos casos, debe tenerse en cuenta que:

- Los clientes de las entidades de origen y destino de fondos con los que se van a efectuar las OTE tienen derecho a obtener una información veraz sobre los motivos por los que se rechazan las OTE solicitadas.
- La entidad, como experta en la materia, debe ser especialmente diligente a la hora de cumplir con los principios de información y transparencia a que están obligadas para con sus clientes.

En todo caso, una conducta ajustada a las buenas prácticas bancarias exige que la entidad informe, tanto a este Servicio como a su cliente, de:

- La entidad de destino de los fondos que solicita una OTE.
- La fecha en que se recibió la OTE.
- El motivo exacto por el que no se tramita una OTE.

#### 4.3.3 ADEUDOS DOMICILIADOS

##### a. Consideraciones generales

La Ley de Servicios de Pago<sup>83</sup> ha establecido un marco de actuación más transparente para emisor y pagador de forma que cualquier operación que se envíe para su adeudo al pagador tenga un soporte más claro y sólido, adquiriendo especial importancia las siguientes cuestiones:

- La orden de domiciliación debe conservarse correctamente firmada por el emisor.
- La información al pagador en tiempo y forma del importe y concepto del cargo.
- El importe que debe pagar el deudor ha de ser coincidente con lo esperado por este.

La tipología de operaciones por adeudos domiciliados a que resulta de aplicación el régimen establecido en la Ley de Servicios de Pagos alcanza a las siguientes:

---

<sup>83</sup> También los adeudos directos son considerados instrumentos de pago en la Zona Única de Pagos (SEPA). En esta tipología de operaciones, como hasta ahora, para que el emisor de recibos pueda originar el cargo de un importe en su cuenta, debe contar con la autorización expresa del cliente. Por la integración de España en la SEPA, es posible que los emisores de recibos hagan llegar a los clientes nuevos formatos para la orden de domiciliación en la que se autoriza dicho cargo.

- Recibos domiciliados: correspondientes a cuotas o pagos, generalmente de carácter periódico, por suministros o prestaciones de servicios.
- Aportaciones de fondos: adeudos domiciliados en los que el cliente ordenante y el beneficiario coinciden, cursando el cliente esta orden a la entidad destinataria de los fondos. Se utilizan para operaciones de menos de 3.000 € y su frecuencia máxima es la de una operación dentro del mes natural. Este sistema ofrece la posibilidad de englobar varios traspasos periódicos en una única autorización.
- Anticipos de crédito: correspondientes a derechos de crédito legítimos ostentados por el cliente ordenante frente a sus deudores por operaciones específicas de su actividad comercial o empresarial.

A continuación se desarrolla específicamente el régimen legal aplicable a los recibos, siendo estas operaciones las que, dentro de la categoría general de adeudos domiciliados, han tenido una mayor trascendencia en los expedientes tramitados por este Servicio durante el año 2011.

#### b. Recibos domiciliados

Los recibos responden a exigencias de cobro legítimas que efectúan los clientes de una entidad para que sean pagadas mediante cargo en la cuenta de otro cliente de la misma o de otra entidad, en virtud de una orden de domiciliación dada por este último.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago era una práctica moderna (implantada por la banca en aras de una mayor agilidad operativa y, en definitiva, en beneficio propio) el adeudo indiscriminado, sin obrar en poder de la entidad una orden previa de domiciliación de recibos que contaran con un correcto código de cuenta del cliente (CCC).

En estos casos, la entidad debía poner en conocimiento de los titulares de las cuentas, a la mayor brevedad posible, los adeudos practicados, para que estos finalmente decidieran cuáles atender y cuáles no.

El criterio del Servicio de Reclamaciones en relación con dicha práctica indicaba que el cargo indiscriminado de recibos, sin orden previa del cliente en tal sentido, solo podía admitirse cuando la entidad domiciliataria asumiera los perjuicios derivados de la implantación de dicha práctica ante la discrepancia del cliente con los cargos no autorizados, aunque la manifestare fuera del estricto plazo interbancario de devolución, con la excepción de los supuestos de aceptación tácita del interesado por el transcurso de un lapso temporal manifiestamente dilatado.

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago es imprescindible que exista autorización previa de carácter genérico por parte del titular de la cuenta para que todas las órdenes de adeudo de iguales características puedan ser imputadas en su cuenta sin preaviso. Excepcionalmente, se podría considerar la existencia de una orden tácita cuando se han recibido reiterados adeudos en la cuenta por domiciliación sin que el ordenante se manifieste en contra.

#### Plazos de devolución

La Ley de Servicios de Pago regula expresamente el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados. Se distinguen en la norma dos plazos para dar la

orden de devolución, que se aplican en función de si el cargo en cuenta estaba o no previamente autorizado:

- Si no estaba autorizado, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada a la entidad, a fin de poder obtener rectificación de esta, y, salvo en los casos en los que la entidad no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del apunte (se puede pactar un plazo inferior si el usuario no fuera consumidor, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado).
- Si el adeudo estaba previamente autorizado, la Ley indica que el cliente tendrá derecho a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:
  - cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y
  - dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición de la entidad, el cliente deberá aportar datos de hecho referentes a dichas condiciones. Ahora bien: el cliente y la entidad podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de adeudos domiciliados incluso cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente.

El plazo máximo para dar esta orden de devolución es de ocho semanas, contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en la cuenta del cliente.

En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, la entidad deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

Devoluciones fuera de plazo

Las devoluciones fuera de los plazos anteriores se tramitan intercambiándose devoluciones en el sistema, pero la entidad presentadora inicial no se hará cargo de la devolución salvo en el caso de que el ordenante inicial acepte la devolución. Si no fuera aceptada por el ordenante, la presentadora no podrá retroceder la devolución y será del cliente de la entidad domiciliataria quien soportará el cargo.

Fecha de valor

Las devoluciones se adeudarán en la cuenta del emisor el día en que se reciban en la entidad y con esa misma fecha de valor.

Revocación de la orden de adeudo domiciliado

Es criterio general de este Servicio que, cuando un cliente imparte unas determinadas instrucciones a la entidad, rechazando adeudos en su cuenta de recibos u otras órdenes de pago, la entidad debe poner todos los medios necesarios para su correcto cumplimiento, pues, de conformidad con las buenas prácticas bancarias, es deber de las entidades tanto atender las ordenes que reciban como velar por los intereses de sus clientes.

En relación con esta cuestión, la Ley de Servicios de Pago establece, en el punto 3 de su artículo 25, lo siguiente: «El ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el artículo 37. Cuando el consentimiento se hubiese dado para una serie de operaciones de pago, su retirada implicará que toda futura operación de pago que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada».

El punto 3 del artículo 37 citado prevé que «en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución fijados en esta Ley, el usuario podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido para el adeudo de los fondos en la cuenta del ordenante».

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley (obligación de notificación en plazo de la operación de pago no autorizada), y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

En relación con esta cuestión, este Servicio de Reclamaciones viene considerando que, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, en las operaciones de pago en las que el usuario del servicio no reconozca su autoría en los hechos, ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia, el proveedor de servicios de pago ha de proceder al reembolso inmediato del importe de la operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, salvo que pueda acreditar que el ordenante actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27 de la Ley, lo que se valora en cada expediente de manera individualizada; y ello, con independencia de que el proveedor de servicios de pago pueda, una vez efectuado el reembolso, llevar a cabo las investigaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

#### 4.3.4 INGRESOS Y RETIRADAS DE EFECTIVO

##### a. Consideraciones generales

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas bancarias u otras modalidades de depósito a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares cuando solicitan la disposición de los mismos. 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 la efectúa, bien de un modo personal y directo (por conocer al titular), bien exigiendo la exhibición del título pactado como necesario para la disposición (dejando al arbitrio de la entidad y bajo su responsabilidad que, en caso de que no presentara este título, se pudiera acreditar suficientemente la personalidad del peticionario por otros medios), verificando además, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta.

##### b. Ingresos en efectivo

A diferencia de lo que sucede con el pago de recibos, los ingresos en cuenta corriente forman parte del *servicio de caja básico* asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro, que, para la mayor parte de las entidades, incluye:

- Los ingresos y reintegros en efectivo o disposiciones mediante cheque.
- Los adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta.
- La entrega de los medios de disponibilidad habitual del depósito (talonarios de cheques o libretas).

Precisamente, el elemento diferenciador del contrato de cuenta corriente o de ahorro reside en la prestación de este *servicio de caja básico*, en virtud del cual la entidad de crédito se obliga a realizar pagos y cobros a terceros en ejecución de las órdenes recibidas del cliente. En otras palabras, la entidad se convierte en mandatario singular del cliente, por cuenta y en interés de quien realiza esos pagos y cobros a terceros, y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de aquel<sup>84</sup>.

Se podrá disponer del *efectivo ingresado* en una cuenta de pago, en la moneda en que esté nominada la misma, desde el mismo momento del ingreso, cuya fecha de valor será la de ese día. No obstante, si el usuario del servicio de pago fuera un no consumidor, podrá acordarse, respetando la misma fecha de valor, que la disposición sea posible desde el día hábil siguiente.

c. Pago por ventanilla de recibos no domiciliados

Se han establecido en la práctica bancaria reciente restricciones para el pago de recibos no domiciliados mediante ingreso por ventanilla. La práctica más habitual en estas situaciones es que las oficinas bancarias señalen un horario restringido para atender el pago por ventanilla de recibos no domiciliados, incentivando la posibilidad de realizar estas operaciones a través de Internet, la banca telefónica o los cajeros automáticos situados en las diferentes oficinas. La intención de dicha medida (argumentan las entidades) es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

En el caso de recibos no domiciliados, nada puede objetar este Servicio de Reclamaciones a dicha forma de proceder, dado que estamos ante una decisión adoptada por cada entidad al diseñar su política operativa y comercial, en la que este Servicio de Reclamaciones del Banco de España no puede inmiscuirse, por obvias razones competenciales. En todo caso, serán los titulares de las cuentas en las que se efectúe el pago de tales recibos (como las empresas suministradoras y las comunidades de propietarios) quienes, al recibir las quejas de los terceros por estas restricciones operativas, deberán valorar oportunamente si deciden mantener la relación contractual con la entidad de crédito o si proceden a la cancelación de la cuenta y a la apertura de otra en alguna entidad de crédito que ofrezca mayores facilidades para el pago de estos recibos.

d. Comisiones

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 corriente o de ahorro —en virtud del cual, la entidad de crédito se convierte en mandatario singular de su cliente titular de la cuenta y se obliga a realizar pagos y cobros en ejecución de las órdenes recibidas de este—, y, por tanto, no puede ser remunerada de

<sup>84</sup> La doctrina indica que este pacto accesorio de instrumentación del contrato subyacente tiene tanta importancia como el contrato principal, porque es indudable que el particular no dejaría su dinero en la entidad de crédito si no fuera por las ventajas y comodidades que para él representa el servicio de caja y de tesorería realizado por dicha entidad, merced, precisamente, a la instrumentación de la cuenta corriente o de ahorro.

forma independiente. Es decir, dado que el servicio de caja, en estos supuestos, se retribuye a través de la comisión de mantenimiento<sup>85</sup>, el adeudo de otra comisión se consideraría improcedente.

En consecuencia, siempre que el ordenante del ingreso en efectivo 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, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por prestar este servicio.

En ocasiones, las entidades proceden al cobro de comisiones en caso de que el tercero que va a realizar el ingreso para el pago de un recibo decida no hacerlo de acuerdo con las nuevas condiciones establecidas para la domiciliación. En estos casos estaremos ante el pago de un recibo no domiciliado, que no debe ser confundido con los referidos ingresos en efectivo en cuenta corriente efectuados por el propio titular de la cuenta, que formarían parte del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente. En este caso, la decisión de la entidad de cobrar comisiones por razón de los pagos efectuados por personas no clientes se enmarca dentro de la política operativa y comercial de cada entidad, en la que este Servicio de Reclamaciones del Banco de España no puede inmiscuirse. En todo caso, serán los titulares de las cuentas en las que se efectúe el pago de tales recibos quienes, al recibir las quejas de los terceros por el cobro de dicho servicio, deberán valorar oportunamente si deciden mantener la relación contractual con esas entidades de crédito o si, por el contrario, optan por cancelarla y entablarla con alguna otra entidad de crédito que ofrezca mejores condiciones para el pago de sus recibos.

e. Otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja

Desde el 1 de enero de 1999, la única moneda de curso legal en España es el euro, tal y como establecieron:

Billetes y monedas

- El artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 974/98, del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro (DOUE del 11):

«Artículo 2

A partir de las fechas respectivas de adopción del euro, la moneda de los Estados miembros participantes será el euro.

La unidad monetaria será el euro. Un euro se dividirá en 100 *cents*».

- El artículo 3 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de Introducción del euro (BOE del 18):

«Art. 3.º Sustitución de la peseta por el euro

Uno. Desde el 1 de enero de 1999 inclusive, la moneda del sistema monetario nacional es el euro, tal y como esta moneda se define en el Reglamento (CE) 974/98, del Consejo, de 3 de mayo.

<sup>85</sup> En cuanto a las comisiones más habituales ligadas a las cuentas a la vista, la de mantenimiento no puede considerarse aisladamente del contrato que la genera, sino que tiene lugar por el mero hecho de su existencia, como un elemento intrínseco al mismo, debiendo entenderse aceptado por el cliente el mantenimiento de la cuenta mientras subsista dicho contrato; asimismo, puede afirmarse que la entidad está legitimada para aplicar las comisiones debidamente incluidas en sus tarifas, cumpliendo los correspondientes requisitos establecidos en la normativa.



Dos. El euro sucede sin solución de continuidad y de modo íntegro a la peseta como moneda del sistema monetario nacional. La unidad monetaria y de cuenta del sistema es un euro. Un euro se divide en cien *cents* o céntimos.

Los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional».

El apartado dos del artículo 3 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro, establece que «los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional». El dotar a una moneda de curso legal implica que el pago de cualquier deuda no puede ser rechazado cuando se realiza con la expresión física de la misma, esto es, con billetes y monedas.

#### Billetes falsos

Las entidades se encuentran obligadas, en virtud del artículo sexto del Reglamento 1338/2001 (CE)<sup>86</sup>, a retirar de la circulación los billetes y monedas falsos que detecten. Sin embargo, el procedimiento establecido al efecto exige que estos sean entregados al Banco de España, el cual entregará un recibo de la recepción de los billetes, que servirá como justificante del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades de crédito<sup>87</sup>. Si, de la peritación efectuada en el Centro Nacional de Análisis, resultara que el billete o billetes remitidos fueran legítimos, su importe será abonado a la mayor brevedad en la cuenta corriente de la entidad de crédito o en la cuenta corriente de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete. El resultado de la peritación, sea cual sea el mismo, será comunicado mediante correo a la entidad de crédito presentadora de los billetes o al domicilio de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete, si esta hubiese comunicado sus datos.

#### Monedas

La única normativa existente sobre la limitación en el número de piezas de euro que pueden ser utilizadas en el pago de un servicio viene establecida en el artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo. En este sentido, el artículo citado *in fine* expresamente establece que, «excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de cincuenta monedas en cada pago».

Suele suceder que, tras los formalismos correspondientes, las entidades abren cuentas corrientes a sus clientes mediante la firma de un contrato de adhesión genérico en el que se ofrecen como incluidos en el mismo los servicios de caja de la entidad, sin distinguir que los clientes sean profesionales dedicados a actividades que exijan un servicio de caja diario, intensivo en consumo de recursos humanos y medios técnicos, o clientes que no requieren dicha atención especial.

Cabe que con el tiempo, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, se ponga de manifiesto que requiere de una atención especial en relación con los servicios de caja.

<sup>86</sup> «Las entidades de crédito, así como cualesquiera otras entidades que participen en la manipulación y entrega al público de billetes y monedas a título profesional, incluidas las entidades cuya actividad consista en cambiar billetes o monedas de distintas divisas, como las oficinas de cambio, estarán obligadas a retirar de la circulación todos los billetes y monedas de euros que hayan recibido y cuya falsedad les conste o puedan suponer fundadamente. Los entregarán sin demora a las autoridades nacionales competentes. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las entidades a que se refiere el apartado 1 que no cumplan las obligaciones previstas en dicho apartado sean objeto de sanciones que tengan un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio».

<sup>87</sup> En virtud de la disposición adicional cuarta de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, y del citado artículo sexto.

Normalmente, estos servicios especiales se concretan en atender, aceptar, recontar, empaquetar o transformar la entrega periódica de moneda fraccionaria para su ingreso en cuenta del titular o la remisión o entrega de reintegros en efectivo en moneda fraccionaria, según solicitud del cliente.

Resulta que esta atención especial requerida puede producir importantes distorsiones en las oficinas en horario de atención al público, además de romper el equilibrio inicial entre prestaciones y contraprestaciones consideradas en el contrato genérico de adhesión de apertura de cuenta corriente. Es preciso indicar que, haciendo una aplicación analógica del citado artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo, para entender que existe una misma *ratio legis* entre la necesidad de limitar el número máximo de monedas que se pueden entregar en el tráfico para efectuar un pago y la necesidad de que las entidades puedan conocer el límite máximo de monedas que puede entregarles un cliente para hacer un ingreso en cuenta de carácter inmediato, resultaría que la entidad estaría legitimada para denegar el recuento instantáneo de la moneda fraccionaria entregada para su ingreso si excediese de cincuenta monedas.

Dado el carácter indefinido de estos contratos de apertura de cuenta corriente, las partes se ven en la tesitura de tener que acordar nuevas condiciones que equilibren de nuevo la relación coste-beneficio de los derechos y obligaciones asumidos en virtud del contrato. De no alcanzar dicho acuerdo, quedará la posibilidad de que una de las partes rescinda unilateralmente dicho contrato.

Entre los pactos que se suelen alcanzar entre los clientes profesionales que precisan de estos servicios extraordinarios de caja y las entidades se encuentran los siguientes:

- La admisión de ingresos de efectivo de más de cincuenta monedas en los que su importe se abona en cuenta «salvo posterior recuento» por parte de la entidad de crédito, con el objeto de no demorar más allá de lo razonable la atención al resto de su clientela. El cliente que entrega el efectivo es consciente de que queda en manos de la entidad —sobre la base de la mutua confianza existente— el recuento de la cantidad ingresada, de modo que, en caso de que existan diferencias entre el importe declarado y el resultante del recuento, prevalece este último, salvo que las partes hayan acordado otra cosa.
- La entrega de cartuchos (*blisters*) a los clientes para que introduzcan las monedas, de manera que se facilite el recuento de las mismas.
- La oferta de servicios especiales de gestión integral de efectivo para este tipo de profesionales, que incluyen la recogida y/o entrega de efectivo a domicilio mediante transporte blindado, recuento, empaquetado y transformación de efectivo. Las entidades suelen tener estos servicios subcontratados con empresas ajenas que actúan como sus proveedores.

El Servicio de Reclamaciones considera que dichos comportamientos no son contrarios a la ortodoxia bancaria. Ahora bien, conviene subrayar la que ha venido siendo reiterada opinión del Servicio de Reclamaciones sobre el servicio expreso para empresarios o profesionales cuya actividad conlleva el ingreso diario o la solicitud de moneda. Así, si bien estos servicios pueden estar prestados por la entidad o un tercero, en este último caso no podrán traer a la relación contractual entidad-cliente las relaciones que la entidad haya establecido con el proveedor del servicio con quien haya subcontratado su prestación

más que cuando las asuma como propias frente a su cliente en el contrato que suscriba con este último.

#### 4.4 Efectos

La normativa básica reguladora del cheque está constituida, como es sabido, por la Ley 19/19, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCyCh).

##### 4.4.1 CHEQUES

El cheque es un título-valor cambiario que puede ser utilizado con la finalidad de disponer del dinero disponible en una cuenta abierta por el librador en un banco. El cheque adopta la forma de una orden de pago, pura y simple, dirigida a un banco (librado) y a favor de un tercero, a su orden o al portador. La LCyCh dedica al cheque los artículos 106 y siguientes.

A continuación reseñamos brevemente algunos artículos de la citada Ley que han tenido incidencia en la resolución de los informes emitidos por el Servicio de Reclamaciones.

a. Pago del cheque  
Una vez que ha sido regularmente emitido, el librado que tiene fondos de su cliente, el librador, está obligado al pago, total o parcial (art. 108). El cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de quince días (art. 135).

b. Revocación  
En cuanto a la revocación del mandato de pago contenido en el cheque, el artículo 138, señala que la revocación de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación. Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración de ese plazo. En los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago.

El artículo 154 y siguientes establecen la existencia de un procedimiento judicial para los casos de extravío, sustracción o destrucción de un cheque.

c. Cheque cruzado  
De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 143 y 144 de la LCyCh, el cheque que está cruzado por dos barras, sin que entre ambas aparezca designación de entidad de crédito ni otra mención, es un cheque cruzado general, y el librado del mismo solo puede pagarlo a una entidad de crédito o a un cliente de aquel.

d. Endoso  
La citada Ley, en su artículo 120, establece que «el cheque extendido a favor de una persona determinada, con o sin cláusula “a la orden”, es transmisible por medio del endoso. El cheque extendido a favor de una persona determinada con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente no es transmisible más que en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria».

Respecto a cómo debe llevarse a cabo el endoso, el artículo 122 de la misma Ley exige que se escriba en el cheque o en su suplemento y sea firmado por el endosante, admitiendo la figura del endoso en blanco, que consiste en aquel endoso en el que no se designa al endosatario o consiste simplemente en la firma del endosante, exigiéndose en este último caso, para que sea válido, que la firma se recoja en el dorso del cheque.

Por su parte, el artículo 123, al referirse a los efectos del endoso, señala que este transmite todos los derechos resultantes del cheque, y el 125 dice que «el tenedor de un cheque se considerará portador legítimo del mismo cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco».

Por último, respecto a las medidas que debe adoptar el librado de un cheque antes de proceder a su pago, el artículo 141 exige que compruebe la regularidad en la serie de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes.

e. Compensación de cheques

Habitualmente, el sistema a través del cual se tramita el cobro de los cheques es el Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

Para el funcionamiento del mismo, las entidades participantes se dotaron de una serie de convenios e instrucciones técnicas y operativas que carecen de la consideración de normas —y, por lo tanto, no son oponibles a terceros—, pero que son obligatorias para las entidades participantes. Los cheques se tramitan a través del Subsistema —SNCE 004— General de Cheques y Pagarés de Cuenta Corriente.

Tradicionalmente, cuando se transfiere o se cobra un título-valor se hace entrega física del documento. El truncamiento consiste en la sustitución del intercambio físico de documentos relativos a pagos por el intercambio electrónico de la información que contienen, conservando el soporte material la entidad presentadora o tomadora. Por tanto, nos encontramos ante una «inmovilización», por parte de la entidad tomadora, de los originales de un efecto mercantil, pasando la información que el mismo contiene mediante un soporte magnético. En resumen, el truncamiento es una prerrogativa, otorgada a las entidades de crédito, de poder entregar con carácter liberatorio un recibo acreditativo de pago de un efecto cambiario domiciliado sin necesidad de desplazarlo materialmente. De acuerdo con el Convenio sobre Truncamiento de Cheques, de Pagarés de Cuenta Corriente y Otros Documentos, la entidad tomadora responde frente a la entidad librada de la fidelidad de los datos aportados al Sistema desde los documentos originales, en caso de truncamiento. En particular, en cuanto al importe, este deberá corresponderse con la cantidad inscrita en letra.

De acuerdo con el Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica publicado en el BOE del 9 de marzo de 2007, artículo 28.1, las incidencias surgidas entre entidades en el Sistema Nacional de Intercambios serán resueltas mediante el buen entendimiento que debe presidir en todo momento las relaciones entre entidades. De no encontrarse una solución pacífica, y siempre que no exista procedimiento judicial, deberá plantearse la incidencia ante el órgano encargado de dirimir incidencias, de acuerdo con el grupo de entidades a que pertenezcan.

f. Comisión de devolución de cheques

La normativa que regula las comisiones aplicada a las reclamaciones resueltas durante el ejercicio 2011 está constituida, principalmente, por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, así como por la Circular del Banco de España n.º 8/1990, de 7 de septiembre, por lo que son de aplicación los principios generales para el cobro de comisiones. Así, las entidades pueden *pactar libremente* las *comisiones* que cobran por las operaciones o servicios que presten<sup>88</sup>, y pueden *repercutir* a sus clientes los *gastos* efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible:

- Que *informen* debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados, procurando, en este caso, que, aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad.

Si estos servicios se prestaran habitualmente, y no fueran de los catalogados como servicios de pago, esa información deberá recogerse en un *folleto de tarifas*, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible.

---

88 Norma 3.ª de la Circular del Banco de España n.º 8/1990 (en adelante, CBE n.º 8/1990).

ble, que estuviera a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público, y en el que se registrarán las condiciones máximas que podrán cargarse por cada uno de estos servicios. Excepcionalmente, si la entidad trabajara exclusivamente en banca telefónica, deberá comunicar por escrito periódicamente a sus clientes las tarifas aplicables. Igualmente, si las entidades ofrecieran la posibilidad de realizar operaciones a través de Internet, deberán incluir en su propia página el folleto de tarifas, de modo que sea accesible para el público en general y no solo para sus clientes<sup>89</sup>.

- Que cuenten con el *consentimiento* al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios.

Dada la especial naturaleza de la comisión de devolución de cheques, hay que hacer algunas precisiones desde la óptica de las buenas prácticas bancarias. Efectivamente, cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera entregándole cheques en gestión de cobro, el servicio o la gestión que espera que sean desarrollados y por los que, en principio, está dispuesto a pagar incluyen necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos precisos para obtener el cobro del derecho incorporado al título. Si, por cualquier motivo, el cheque no es atendido por la entidad librada, debe ser «devuelto» a su titular, operación que generará, en su caso, una nueva comisión, que, en la medida en que haya sido registrada por la entidad en el Banco de España y siempre que responda a un servicio efectivamente prestado, podrá ser adeudada al cliente. Pero es, además, necesario que las entidades adviertan previamente a los clientes, de algún modo efectivo, acerca de la existencia de comisiones que pueden derivarse del impago del documento, para que, de esta forma, el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con plena información— las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada.

g. Fecha de valor y disponibilidad de fondos

Si bien los cheques quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, es necesario señalar que su disposición adicional establece que lo dispuesto en la misma respecto a la fecha de valor y disponibilidad de los fondos de operaciones realizadas en euros, cuando los proveedores de servicio se encuentren situados en la Unión Europea, será de aplicación en el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, si bien los plazos establecidos en ella (expuestos a continuación) solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

Así, respecto a la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario, el artículo 43 de la Ley de Servicios de Pago establece que no será posterior al día hábil en que el importe de la operación de pago se abonó en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. El proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del proveedor del servicio de pago del beneficiario.

La fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta.

---

<sup>89</sup> Norma 5.ª de la CBE n.º 8/1990.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional antes referida, en el caso de cheques, lo dispuesto más arriba solo será de aplicación una vez se hubiera producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

A la vista de lo anterior, este Servicio ha venido considerando que la fecha de valor del *cargo* en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta, aplicando así la fecha de valoración de los adeudos recogida en la Ley de Servicios de Pago (art. 43.2) y no el párrafo segundo de la disposición adicional, que se refiere solo a abonos, considerando así una actuación no acorde a las buenas prácticas bancarias la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta.

Del mismo modo, cuando nos encontramos ante efectos domiciliados que son presentados al cobro a la entidad domiciliataria después del vencimiento, este Servicio mantiene el criterio de que resultaría incorrecto aplicar la valoración del día del vencimiento, por entender que el mandato de pago incorporado a los documentos, una vez transcurrido el día de su vencimiento, se puede considerar que se transforma en una especie de mandato «a la vista». No adoptar una medida como la expuesta, además, podría llevar a situaciones carentes de lógica, puesto que al retrotraer la fecha de valoración a la de vencimiento, y no ser repercutido el importe del efecto por la entidad presentadora hasta la efectiva compensación, la entidad no solo se beneficiaría durante ese tiempo de unos fondos ajenos, sino que además se generaría un descubierto por valoración, con el consiguiente perjuicio si se liquidan intereses.

#### h. Gestiones de cobro

Este Servicio de Reclamaciones se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, considerando que en la entrega de cheques a las entidades para su cobro hay dos alternativas posibles, a saber: tomar el cheque en gestión de cobro, o bien, además de gestionar dicho cobro, abonar su importe en la cuenta del cliente. En este segundo caso, dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta la verificación del pago. De este modo, el abono está sujeto a la condición del cobro efectivo del cheque, dando lugar, en caso de producirse el impago o devolución del efecto, a la obligación de devolver lo recibido, pudiendo resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en cuenta.

En relación con esta segunda opción, cabe citar que la Audiencia Territorial de Madrid, en su Sentencia de 31 de marzo de 1982, refleja los efectos de la cláusula diciendo:

«Al efectuar el abono en la cuenta [...] del importe del cheque [...], este abono del banco, mientras no se haya expresamente pactado lo contrario, no puede hacerse en buena técnica jurídica, sino con el alcance provisional que señala el artículo 1170, 2.º y 3.º párrafo del Código Civil [...]. El abono en cuenta verificado por el banco en la cuenta del cliente fue un abono sujeto a esa provisionalidad que marca el Código Civil y consecuentemente la disponibilidad que de su importe hiciera cualquiera de los cuentacorrentistas indistintos o solidarios, librando a su vez un talón contra su cuenta corriente, fue una disponibilidad prematura, que al resultar fallido el abono anterior provisional acarrea la obligación de su reintegro en aras de la perfecta ejecución del contrato de cuenta corriente bancaria con su accesorio de contrato del cheque conforme a lo estipulado entre las partes y por aplicación de los artículos 278 del Código de Comercio y 1728 del Código Civil y, en última instancia, porque de otra suerte se produciría un enriquecimiento injusto de los cuentacorrentistas, quienes obtuvieron un abono provisional conforme a la ley

y dispusieron de esos fondos cuya efectividad definitiva no se logró por cuestiones que atañen por exclusiva a ellos en relación con terceros extraños al negocio jurídico que vincula al banco con esos cuentacorrentistas».

En este mismo sentido se manifestó el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de noviembre de 1988, al estimar la pretensión del reclamante, que concedía a la cláusula salvo buen fin el efecto de recobrar el banco la suma recibida por su cliente.

Ahora bien, señalado lo anterior, resulta obligado recordar que la indisponibilidad del importe de los fondos abonados «salvo buen fin» durante un plazo predeterminado unilateralmente por las entidades contradice los principios contenidos en la normativa bancaria, que omite expresamente la fijación de plazos concretos que aplicar con carácter general.

Por ello, se estima que en aquellos casos en que, por las circunstancias concurrentes, no fuera aconsejable permitir al cliente la disponibilidad de dichos fondos, una actuación acorde a las buenas prácticas bancarias sería optar:

- bien por la gestión del cobro de cheque en cuestión —no abonando su importe hasta que efectivamente hubiese sido realizado—,
- o bien practicar el abono, pero limitando su eficacia mediante una cláusula específica que a tal efecto constara, por ejemplo, en el impreso de ingreso y que aludiera a la indisponibilidad temporal del abono realizado hasta la fecha del cobro efectivo del cheque.

Resulta, por tanto, fundamental que exista una total transparencia en los documentos bancarios destinados a justificar el ingreso de cheques, de tal forma que el cliente que entrega un cheque a su entidad para su cobro y abono en cuenta conozca por la sola y normal —no especializada— lectura de tales documentos cuál es el compromiso adquirido por la entidad y las condiciones para la disponibilidad del importe de los cheques entregados.

i. Cheques librados sobre cuentas en el extranjero

En estos casos concurren una serie de circunstancias que agravan la situación de incertidumbre de los clientes que los entregan en gestión de cobro, ya que los plazos de devolución a los que se encuentran sometidos son diferentes en los distintos países (artículo 167.7 de la Ley Cambiaria y del Cheque), dependiendo de la excepcionalidad de la causa por la que se produzca dicha devolución. Por ello, las entidades suelen establecer acuerdos con sus corresponsales en los que se detallan los plazos máximos a los que legalmente se encuentran sujetos estos instrumentos de pago, a los efectos de considerar firme su abono.

Por tanto, y dada la total transparencia que debe existir en los documentos bancarios, tal como señalábamos anteriormente, el Servicio de Reclamaciones entiende que las entidades deberían, en la medida de lo posible, informar a sus clientes de que los fondos abonados solo adquieren firmeza a partir de determinada fecha, y, en el caso de que dicha información no sea posible, por no existir tales acuerdos de corresponsalía, dejar constancia de la indeterminación de la firmeza del abono, con independencia de la disponibilidad del mismo.

4.4.2 LETRAS DE CAMBIO

La letra de cambio es un título-valor, literal y abstracto, trilateral, regulado en la LCyCh, artículos 1 al 93, por el que el librador ordena al librado que pague al vencimiento una suma de dinero al tomador (o a la persona a la que este endose el título).

a. Domiciliación

En el caso de la letra de cambio, puede que exista una domiciliación en una entidad de crédito, de modo que se designa un domicilio, mediante una cláusula escrita en la propia letra, para la presentación al pago en una cuenta que el librado deberá tener abierta en la entidad de crédito. Así, en virtud del pacto de domiciliación de títulos cambiarios, la entidad se obliga a atender el pago de las letras domiciliadas por su cliente, siempre que no exista declaración denegatoria de pago (ya sea a causa de la inexistencia de saldo disponible en la cuenta o por otras razones).

b. Fecha de valor  
y disponibilidad de fondos

Respecto a las letras de cambio, sería igualmente de aplicación lo dispuesto respecto a la fecha de valor y disponibilidad de fondos para los cheques. Si bien las letras de cambio quedan igualmente fuera del ámbito de aplicación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, es necesario señalar que su disposición adicional establece que lo dispuesto en la misma respecto a la fecha de valor y disponibilidad de los fondos de operaciones realizadas en euros, cuando los proveedores de servicio se encuentren situados en la Unión Europea, será de aplicación en el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, si bien los plazos establecidos en ella (expuestos a continuación) solo serán de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

Así, respecto a la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario, el artículo 43 de la Ley de Servicios de Pago establece que no será posterior al día hábil en que el importe de la operación de pago se abonó en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. El proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del proveedor del servicio de pago del beneficiario.

La fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta.

A la vista de lo anterior, este Servicio ha venido considerando que la fecha de valor del *cargo* en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta, aplicando así la fecha de valoración de los adeudos recogida en la Ley de Servicios de Pago (art. 43.2) y no el párrafo segundo de la disposición adicional, que se refiere solo a abonos, considerando así una actuación no acorde a las buenas prácticas bancarias la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta.

Del mismo modo, cuando nos encontramos ante efectos domiciliados que son presentados al cobro a la entidad domiciliataria después del vencimiento, este Servicio mantiene el criterio de que resultaría incorrecto aplicar la valoración del día del vencimiento, por entender que el mandato de pago incorporado a los documentos, una vez transcurrido el día de su vencimiento, se puede considerar que se transforma en una especie de mandato «a la vista». No adoptar una medida como la expuesta, además, podría llevar a situaciones carentes de lógica, puesto que, al retrotraer la fecha de valoración a la de vencimiento, y no ser repercutido el importe del efecto por la entidad presentadora hasta la efectiva compensación, la entidad no solo se beneficiaría durante ese tiempo de unos fondos ajenos, sino que, además, se generaría un descubierto por valoración, con el consiguiente perjuicio si se liquidan intereses.

4.4.3 PAGARÉS

Tradicionalmente, dentro de los pagarés cambiarios, en función de su operativa bancaria, se establece una distinción entre dos formatos diferenciados, a saber, el pagaré ordinario y el pagaré de cuenta corriente:



- El pagaré ordinario, común o comercial, puede estar domiciliado para el pago en el lugar donde vive el librador o en otro distinto. Suele cumplir, normalmente, una función de giro y tiene como finalidad su utilización como medio de pago de una operación comercial.
- El pagaré de cuenta corriente se llama así porque es emitido por el titular de una cuenta bancaria, utilizando un talonario facilitado por una entidad de crédito y preimpreso de acuerdo con un modelo también normalizado, cuyas dimensiones y aspectos son similares a los del cheque (destinando espacios para las menciones esenciales, así como el nombre y dirección de la entidad de crédito domiciliataria para el pago y los datos codificados de la cuenta corriente con cargo a la cual deberá ser satisfecho el pagaré).

a. Pago del pagaré

En los pagarés de cuenta corriente adquiere una especial importancia la domiciliación en una cuenta corriente bancaria, lo que exige una previa disponibilidad de fondos para su operatividad práctica. Supone, por tanto, el previo otorgamiento de un contrato de cuenta corriente con la entidad de crédito domiciliataria, encargada de efectuar los pagos por cuenta del firmante que es a la vez titular de la cuenta. Pero conviene aclarar que aquí la entidad de crédito no es un librado, sino solo un mandatario (o representante) del firmante del pagaré, lo que lo distingue del cheque.

Por consiguiente, la actuación de una entidad de crédito que ha ingresado un pagaré en la cuenta de uno de sus clientes (condicionando dicho ingreso al resultado efectivo de la gestión de cobro), adeudándolo simultáneamente en la cuenta de otro de sus clientes (firmante del título, frente al que la entidad de crédito ostenta la condición de domiciliataria del pago o mandatario como consecuencia del contrato de cuenta corriente), y que recibe una orden de este último cliente indicándole que proceda a la devolución del cargo efectuado en su cuenta no puede ser sino el adeudo de su importe en la cuenta donde previamente se había abonado.

En resumen, la actuación de una entidad que procede a la devolución de un título no podría considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios en la medida en que el ingreso hubiera quedado condicionado al resultado efectivo de la gestión de cobro. Al resultar no conforme, la única actuación posible de la entidad es su devolución.

A este respecto, conviene aclarar que no existe en la normativa de transparencia bancaria ningún precepto que fije un plazo para comunicar la devolución del pagaré, y que el hecho de que la devolución del pagaré no se comunique por parte de la entidad hasta transcurrido un plazo excesivo de tiempo en nada altera su obligación de hacer frente a su pago, ya que, según reiterada jurisprudencia, el abono que hace la entidad de crédito es con la cláusula «salvo buen fin», de modo que, si se produce el impago del documento, la entidad está facultada, siempre y cuando el documento no haya sufrido perjuicio por el transcurso del plazo para el ejercicio de acciones cambiarias, para exigir a su cliente el reembolso de la cantidad correspondiente.

El artículo 90 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que resulta de aplicación al pagaré, indica lo siguiente:

«El pago de una letra de cambio cuyo vencimiento sea en día legalmente considerado como festivo será exigible el primer día hábil siguiente. A estos efectos son

declarados días festivos o inhábiles los no laborables para el personal de las entidades de crédito».

Finalmente, quizás convenga recordar que, tratándose de un pagaré, y a diferencia de lo que ocurriría con un cheque, no existe norma que obligue a la entidad domiciliataria frente al tenedor al pago del pagaré, porque este no es sujeto propiamente interviniente en la relación cambiaria, sino simple mandatario del firmante. La entidad domiciliataria paga en nombre y por cuenta de su cliente-firmante, por mandato de su cliente, no estando obligada a efectuar un pago parcial.

b. Comisiones

Cabría aquí reiterar los criterios generales para el cobro de comisiones expuesto en el apartado de «Cheques».

Como decíamos en dicho epígrafe, cuando un cliente se dirige a la entidad con la que opera entregándole efectos al descuento, el servicio o la gestión que espera sean desarrollados y por los que, en principio, está dispuesto a pagar los intereses y comisiones correspondientes incluyen necesariamente la realización, en tiempo oportuno, de los actos precisos para obtener el cobro del derecho incorporado a los títulos cedidos.

Si, por cualquier motivo, los efectos no son atendidos por la entidad librada, deben ser «devueltos» a su titular, operación que generará, en su caso, una nueva comisión, que, en la medida en que haya sido registrada por la entidad en el Banco de España y siempre que responda a un servicio efectivamente prestado, podrá ser adeudada al cliente.

Ello no obstante, las entidades deben siempre advertir a los clientes, de algún modo efectivo, acerca de la existencia de comisiones que pueden derivarse del impago de dichos documentos mercantiles, para que, de esta forma, el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con plena información— las condiciones económicas que puedan derivarse de la operación contratada.

Cuando una entidad que toma a su cliente un documento de cobro para que sea ingresado en su cuenta, y condiciona este ingreso al resultado efectivo de la gestión de cobro, y lo devuelve posteriormente, por no resultar conforme o a instancia del firmante del título, su actuación no puede considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios. Recordemos que el pagaré es un compromiso de pago futuro, respecto del cual la entidad domiciliataria puede recibir instrucciones del firmante para que no se abone a su vencimiento.

La orden dada vincula a la entidad de crédito frente a su cliente, con independencia de los efectos y consecuencias que para el mismo se puedan derivar del impago del título cambiario a su vencimiento, en virtud de las acciones que el tenedor legítimo pueda iniciar para el cobro de dicho título.

Ahora bien, teniendo en cuenta los intereses de todas las partes, el Servicio de Reclamaciones considera que las entidades deberían recoger en todos los documentos de entrega de efectos:

- El tipo de efecto que se entrega (letra de cambio, pagaré o cheque).
- El tipo de gestión que la entidad se compromete a efectuar (tomar el título en gestión de cobro o, además de gestionar dicho cobro, abonar su importe —sal-

vo buen fin— en la cuenta del cliente) y las comisiones que, en su caso, podrían aplicarse.

- Las facultades que mutuamente se reconocen las partes. Entre ellas, y para el caso del pagaré, el derecho de reintegro de la entidad de crédito que puede hacerse valer mediante la práctica de un contraasiento en la cuenta del cliente en el caso de que el efecto resulte impagado y el plazo razonable en que tal contraasiento podría ser efectuado.

A este respecto, las entidades deben siempre advertir a los clientes, en la factura de presentación o de algún otro modo, acerca de la existencia de comisiones que puedan derivarse de la devolución del documento, para que, de esta forma, el cliente pueda conocer con total claridad —y prestar su conformidad con una información suficiente— las condiciones económicas que puedan derivarse de la gestión encomendada.

Así pues, constituye una actuación contraria a un proceder diligente el aplicar a las operaciones o servicios que se prestan comisiones tarifadas cuya correspondencia no es clara ni fácilmente comprensible, cuando, además, la entidad podía libremente informar a sus clientes sobre las comisiones que expresamente se recogen en las tarifas comunicadas al Banco de España para la negociación de efectos comerciales impagados o reclamados; asimismo, debería adaptarse la factura de negociación a la operación solicitada por el reclamante, en lugar de utilizar el modelo estándar para la negociación de cheques.

#### c. Extravío del pagaré

Este Servicio considera que el extravío de un pagaré debe ser imputado por entero a la entidad reclamada, de forma que es ella la que tendría que asumir cualquier perjuicio derivado del mismo.

En efecto, es a la entidad a quien el cliente directamente hace el encargo de gestionar el cobro del documento, servicio, por otra parte, que es retribuido a través de las comisiones correspondientes.

A este respecto, cabe mencionar el criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2006, que, si bien se refiere a la entrega de un pagaré al amparo de un contrato de descuento, este Servicio hace extensivo a cualquier operativa bancaria que implique la gestión física del pagaré, cuyo resumen transcribimos a continuación:

«En virtud del contrato de descuento, el Banco descontante tiene la obligación de devolver al descontatario los títulos descontados, cuando no pueda hacer efectivo el crédito incorporado a los mismos, con la misma eficacia jurídica que tenían en el momento que se le cedieron, siempre que el descontatario haya efectuado el reintegro o se haya producido el reintegro, su falta es una mala práctica bancaria y supone un incumplimiento contractual atribuible al banco, correspondiendo la carga de la prueba de su devolución al banco descontante. La no devolución del título al descontatario significa la imposibilidad de que este pueda ejercitar el derecho incorporado al mismo, por lo que, en justa correspondencia, tiene derecho a recuperar del banco descontatario su importe con los intereses desde la fecha en que se produjo el reintegro en que debió devolver el título».

El extravío de un documento mercantil no supone, en principio, la pérdida del crédito que representa, y compete a su titular y beneficiario acudir a las vías jurídicas oportunas para obtener la satisfacción del mismo, pese al extravío, evitando de este modo que se produz-

ca una situación de enriquecimiento injusto para alguna de las partes de la relación acreedor-deudor subyacente.

En efecto, es a la entidad a quien el cliente directamente hace el encargo de gestionar el cobro del documento, servicio, por otra parte, retribuido a través de las comisiones adeudadas. El cliente no solo deposita en el banco el pagaré, sino también su confianza, razón por la que la entidad debe extremar la precaución para evitar el extravío del pagaré. Y, en todo caso, es la entidad de crédito, no el cliente, quien elige el medio utilizado para el envío del pagaré; por tanto, debe ser la entidad quien se haga cargo de cualquier consecuencia derivada de la pérdida del documento.

d. Pagaré falsificado

Sobre la cuestión planteada, cabe señalar que el artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque establece que «el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiese procedido con culpa». La jurisprudencia menor, en general, ha venido aplicando a los pagarés este precepto.

De este modo, la Ley establece de forma expresa a quién corresponde soportar el riesgo del pago de un cheque o pagaré falso o falsificado, esto es, al librado (en el caso del pagaré, la entidad domiciliataria), todo ello salvo que el librador (firmante) hubiera sido negligente en la custodia del talonario o hubiese procedido con culpa.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 79/1998, de 9 de febrero, considera que:

«[...] es de aplicación aquí la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón cuya firma es falsa, debido a que solo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador y, por aplicación del artículo 1162 del Código Civil, el librado que paga un cheque falso incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho; como señala la Sentencia de esta Sala de 15 julio 1988 (RJ 1988/5717), “la diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos”.

Además esta Sala, en Sentencia de 1 marzo de 1994 (RJ 1994/1636), ha declarado que constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y de cheques falsificados la de proyectar esta sobre los bancos que los hubiesen satisfecho, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiese sido de buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago [...].».

En definitiva, esta responsabilidad del librado se deriva de la falsificación del documento con independencia de que esta haya podido detectarse o no con mayor o menor dificultad, ya que los medios empleados para llevar a cabo tal comprobación lo serán, en definitiva, en beneficio de la entidad de crédito, que deberá extremar su diligencia para evitar

pagos indebidos que pudieran originar la responsabilidad determinada en el citado precepto.

Solo en los supuestos previstos por el mismo artículo (cuando el titular hubiera sido negligente en la custodia del documento —lo que hace posible la pérdida o el hurto del mismo— o hubiese procedido con culpa) cabe exonerar a la entidad de dicha responsabilidad.

e. Fecha de valor y  
disponibilidad de fondos

Respecto a los pagarés, al igual que al resto de efectos, sería igualmente de aplicación lo dispuesto respecto a la fecha de valor y disponibilidad de fondos en la disposición adicional de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, a cuyo tenor lo establecido en la referida Ley respecto a la fecha de valor y disponibilidad de los fondos de operaciones realizadas en euros, cuando los proveedores de servicio se encuentren situados en la Unión Europea (artículo 43 de la Ley de Servicios de Pago), será de aplicación en el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, si bien los plazos establecidos en ella solo serán de aplicación cuando se haya producido *el abono* en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

A la vista de lo anterior, este Servicio ha venido considerando que la fecha de valor en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta, aplicando así la fecha de valoración de los adeudos recogida en la Ley de Servicios de Pago (art. 43.2) y no el párrafo segundo de la disposición adicional, que se refiere solo a abonos, considerando así una actuación no acorde a las buenas prácticas bancarias la aplicación de una fecha de valor anterior a la del cargo en cuenta.

Del mismo modo, cuando nos encontramos ante efectos domiciliados que son presentados al cobro a la entidad domiciliataria después del vencimiento, este Servicio mantiene el criterio de que resultaría incorrecto aplicar la valoración del día del vencimiento, por entender que el mandato de pago incorporado a los documentos, una vez transcurrido el día de su vencimiento, se puede considerar que se transforma en una especie de mandato «a la vista». No adoptar una medida como la expuesta, además, podría llevar a situaciones carentes de lógica, puesto que, al retrotraer la fecha de valoración a la de vencimiento, y no ser repercutido el importe del efecto por la entidad presentadora hasta la efectiva compensación, la entidad no solo se beneficiaría durante ese tiempo de unos fondos ajenos, sino que, además, se generaría un descubierto por valoración, con el consiguiente perjuicio si se liquidan intereses.