

3 CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO
Y RECLAMACIONES

ÍNDICE

3.1 ACTIVO 65

3.1.1 Préstamos hipotecarios 65

- a. Política comercial. Aprobación 65
- b. Claridad y transparencia con el cliente 66
- c. Información previa 67
- d. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 69
- e. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario 69
- f. Tramitación administrativa de la hipoteca 70
- g. Tasación de la finca objeto de hipoteca 71
- h. Intereses 73
 - Desaparición *ex lege* de determinados índices de referencia 75
 - Primera liquidación de intereses 77
 - Cálculo de las cuotas tras la revisión del tipo de interés 77
 - Sistema francés de amortización 77
 - Intereses tras una amortización parcial anticipada 78
 - Intereses bonificados 79
 - Año comercial-año civil 80
 - Límites a la variación del tipo de interés —«cláusula suelo»— en préstamos y créditos a interés variable 81
 - Préstamos nuevos 81
 - Préstamos subrogados (subrogación de deudor) con motivo de la compraventa de la vivienda gravada 84
 - Entidad prestamista no compareciente* 84
 - Entidad prestamista compareciente* 84
 - Posible ineficacia de las bonificaciones 85
 - Intereses de demora de préstamos hipotecarios 85
- i. La tasa anual equivalente (TAE) 85
- j. Comisiones 86
 - Comisión de apertura 86
 - Comisión por novación modificativa. Por ampliación del plazo del préstamo 87
 - Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca 87
 - Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario 88
 - Comisión por cancelación anticipada 88
 - Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 88
 - Préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003 89
 - Cancelación anticipada, subrogatoria* 89
 - Cancelación anticipada, no subrogatoria* 89
 - Préstamos a interés variable concertados entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007 89
 - Cancelación anticipada, subrogatoria* 89
 - Cancelación anticipada, no subrogatoria* 90
 - Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 90

	<i>Compensación por desistimiento</i>	90
	<i>Compensación por riesgo de tipo de interés</i>	91
	Comisión por subrogación de deudor	92
k.	Subrogación por cambio de deudor	92
	Información que se ha de facilitar con motivo de la subrogación de deudor	93
l.	Subrogación de entidad acreedora	94
	Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora	94
	Momento de la subrogación	95
	Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación de entidad acreedora	95
	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	96
m.	Productos vinculados	96
n.	Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	98
	Comercialización	98
	Formalización del producto derivado	98
	Documentos de liquidación	99
	Cargos en descubierto	99
o.	Otros aspectos	99
	Amortizaciones parciales anticipadas. Destino	99
	Anticipar el vencimiento final del préstamo	99
	Reducción del importe de las cuotas periódicas	100
	Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo	100
	Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo	100
	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	101
	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	103
	Impuesto devengado por la inclusión de un pacto de igualación de rango con la hipoteca preexistente o por constitución de fianza	104
	Errores en escrituras públicas	104
3.1.2	Préstamos con garantía personal	105
a.	Contratación	106
b.	Liquidación	106
c.	Renovación/refinanciación de pólizas de crédito	106
d.	Préstamos subvencionados	107
e.	Información sobre operaciones en situación irregular	107
f.	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo	108
	Información precontractual y prácticas previas a la contratación	109
	Información contractual	109
	Penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias	110
	Cálculo de la TAE	110
	Derecho de retracción o de desistimiento	110
	Derecho al reembolso anticipado	110

	Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios	111
	Incumplimiento de la norma por entidades de crédito	111
3.1.3	Préstamo responsable	112
3.2 PASIVO	112	
3.2.1	Introducción general sobre los depósitos bancarios	112
3.2.2	Aspectos comunes	112
a.	Identificación de los potenciales titulares	112
	Tipología de titulares. Particularidades en su identificación y requisitos de capacidad	112
	Cuentas de incapaces	112
	Cuentas de menores de edad	112
	Cuentas de personas jurídicas	113
	Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios	113
	Cuentas de no residentes	114
	Normativa de prevención del blanqueo de capitales	114
b.	Comisiones e Intereses. Información pública y ante el Banco de España	115
c.	Tipos de cambio. Información al público	116
d.	Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos	116
	Comunicaciones a clientes. Requisitos	116
	Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados	116
	Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses	116
e.	Publicidad de los depósitos	117
3.2.3	Depósitos a la vista	117
a.	Cuestiones generales	117
b.	Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia	118
	Explicaciones adecuadas e información precontractual	118
	Formalización de contrato. Contenido	118
	Contenido del contrato	118
	Cuentas en divisas	118
	Integridad de los contratos	119
	Oscuridad de las cláusulas	119
	Entrega de documento contractual y conservación de documentos	119
c.	Vida. Operativa y funcionamiento de la cuenta	120
	Disposición de fondos. Posibles incidencias	120
	Autorización de operaciones	120
	Autorizados en cuenta	120
	Disposiciones de efectivo	122
	<i>Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta</i>	122
	<i>Restricción del importe en los reintegros de efectivo</i>	123
	Posibles incidencias en los apuntes en cuenta	123
	Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores	123
	Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente	124

	Adeudos para corregir abonos indebidos	124
	<i>Cargos por retribuciones en especie (regalos, etc.)</i>	124
	<i>Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social</i>	124
	Bloqueo de la cuenta	125
	Compensación de cuentas	125
	Cuentas con varios titulares o cuentas plurales	126
	Régimen de disposición	126
	Cuentas indistintas (o solidarias)	126
	Cuentas mancomunadas (o conjuntas)	126
	Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta	126
	Descubierto en cuentas indistintas	127
	Modificaciones contractuales	128
	Formalidades y plazos	128
	Modificación de titulares	128
	Liquidación de la cuenta	129
	Cobro de comisiones. Casuística	129
	Comisión de mantenimiento	129
	Comisión de administración	129
	Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas	130
	Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta	131
	Comisión por ingresos en efectivo	131
	Comisión de manipulación (cuenta en divisas)	131
	Gastos de correo	132
	Intereses. Valoración	132
	Retribución en especie	132
	Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo	133
	Liquidación de descubierto. Intereses y comisiones de descubierto. Límites	134
	Comisión por reclamación de descubierto	134
	Obligaciones de información a los clientes	134
	Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta	134
	Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones	134
	Información periódica	135
	<i>Extractos</i>	135
	<i>Resumen anual de comisiones e intereses (1 de enero de 2014)</i>	135
	Cuentas inactivas	136
	Cancelación de la cuenta	136
	A iniciativa del cliente. Caso particular de la cancelación por uno de los titulares	136
	Reapertura de cuentas canceladas	137
3.2.4	Depósitos a plazo con garantía del principal	137
a.	Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos	138
	Explicaciones adecuadas	138

	Información precontractual	138
	Formalización del contrato. Contenido	138
b.	Contratación de depósitos estructurados o híbridos	139
	Explicaciones adecuadas	139
	Información precontractual	139
	Contenido del contrato	140
c.	Vigencia del depósito	140
	Liquidación	140
	Falta de abono del interés complementario en un depósito bonificado	140
	Documentos de liquidación	141
d.	Renovación	141
e.	Modificación	142
f.	Cancelación	142
	A instancia de la entidad	142
	A instancia del cliente antes del vencimiento	142
	Vencimiento	144
3.2.5	Embargo del saldo de depósitos en entidades	144
a.	Embargos por deudas con las Administraciones	146
b.	Embargos por deudas con la Seguridad Social	146
c.	Embargos judiciales	147
3.2.6	Incidencias derivadas del fallecimiento del titular de un depósito	147
a.	Tramitación de testamentarias	148
	Acreditación de la condición de heredero	148
	Deber de diligencia	148
	Comisión por tramitación de expedientes de testamentaria	148
	Certificado de posiciones del causante	149
b.	Información a herederos	149
c.	Disposición de fondos. Cuestiones generales	150
d.	Disposición de fondos. Cuentas con un único titular	151
e.	Disposición de fondos. Cuentas con varios titulares	152
	Régimen de disposición indistinto o solidario	152
	Régimen de disposición conjunto o mancomunado	153
f.	Cancelación de la cuenta	153
g.	Bloqueo de la cuenta	153
h.	Depósitos a plazo	154
i.	Legatarios	154
3.3	SERVICIOS DE PAGO	154
3.3.1	Introducción y régimen aplicable	154
3.3.2	Aspectos comunes	155
a.	Condiciones contractuales	155
	Transparencia, integridad	155
	Oscuridad de las cláusulas	155
b.	Información y documentación contractual	155
	Operaciones de pago singulares	156
	Operaciones amparadas en un contrato marco	156
	Entrega del documento contractual	156
	Conservación de documentos	157
c.	Modificación de las condiciones del contrato marco	157

	d.	Resolución del contrato marco	157
	e.	Comisiones y gastos	157
3.3.3		Tarjetas	158
	a.	Gastos y comisiones	158
		Emisión, renovación y mantenimiento	158
		Reclamación de posiciones deudoras	158
		Comisión por exceso sobre el límite	159
	b.	Actuación unilateral de la entidad	160
		Emisión de tarjetas sin solicitud previa	160
		Envío por medios que no aseguran su recepción	160
		Cancelación y bloqueo unilateral de tarjetas	160
	c.	Tarjetas de pago aplazado	161
		Tarjetas <i>revolving</i> . Lenta amortización de la deuda	161
		Transferencias de efectivo con cargo a la línea de crédito	163
		Incremento unilateral de tipos de interés	164
	d.	Terminales de punto de venta	164
	e.	Uso fraudulento	165
		Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	166
		Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	166
		Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	167
		Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído	167
	f.	Dinero electrónico	168
	g.	Instrumentos de escasa cuantía	169
3.3.4		Transferencias y órdenes de traspaso de efectivo	169
	a.	Identificador único	170
	b.	Gastos de la operación	170
	c.	Comisiones	171
	d.	Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	171
		Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	171
		Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	171
		Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	171
		Fraude por Internet	172
		Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente	173
	e.	Órdenes de traspaso de efectivo (OTE)	174
3.3.5		Adeudos domiciliados	174
	a.	Consideraciones generales	174
	b.	Recibos domiciliados	175
	c.	Plazos de devolución	175
	d.	Revocación de la orden de adeudo domiciliado	176
	e.	Adeudos directos SEPA	176
3.3.6		Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja	177

- a. Consideraciones generales 177
- b. Efectivo ingresado en una cuenta de pago 177
- c. Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina 178
- d. Billetes y monedas 178
 - Billetes falsos 178
 - Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda) 179
- e. Comisión por ingresos en efectivo 181
- f. Limitaciones de canales y horarios para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados 181
 - Establecimiento de limitaciones horarias 182
 - Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático 183

3.4 DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS 184

- 3.4.1 Introducción 184**
- 3.4.2 Normativa protectora del deudor hipotecario en riesgo de exclusión 186**
 - a. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (BOE del 10) 187
 - b. Ley 1/2013, de 14 de mayo (BOE del 15) 188
 - c. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y Ley 25/2015, de 28 de julio 188
 - d. Convivencia de diferentes versiones, adhesión por la entidad a una u otra y escenarios posibles 189
- 3.4.3 El Código de Buenas Prácticas. Su contenido 191**
 - a. Versión del RDL 6/2012 191
 - b. Versión de la Ley 1/2013 194
 - c. Versión del RDL 1/2015 194
- 3.4.4 Incidencias detectadas en relación con el contenido del Código de Buenas Prácticas 194**
 - a. Publicidad 195
 - b. Otras ventajas aplicables a los deudores sin recursos 195
 - La limitación de los intereses moratorios 195
 - El alquiler social 195
 - Ventajas fiscales y notariales 196
 - c. Respuesta esperada de la entidad 196
 - d. Dentro del plazo de un mes desde la solicitud con la documentación completa, se debe formular el plan de reestructuración 200
 - e. Reestructuración, refinanciación y reunificación 201
 - f. Escritura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca. Préstamo titulado 202
- 3.4.5 Ámbito subjetivo de aplicación del Código 204**
 - a. El umbral de exclusión 204
 - b. Sujetos beneficiarios en el RDL 6/2012 204
 - c. Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios 205
 - d. Sujetos beneficiarios en la Ley 1/2013 205
 - e. Sujetos beneficiarios en el RDL 1/2015 208

- 3.4.6** **Ámbito objetivo de aplicación del Código** 208
 - a. Viviendas sujetas al Código según el RDL 6/2012 208
 - b. Viviendas sujetas al Código según la Ley 1/2013 209
 - c. Viviendas sujetas al Código según el RDL 1/2015 210
- 3.4.7** **Incidencias detectadas en relación con el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Código de Buenas Prácticas** 210
 - a. El umbral de exclusión para la reestructuración al amparo de la versión de la Ley 1/2013: el doble rasero 211
 - b. La unidad familiar 212
 - c. Los ingresos de la unidad familiar 212
 - d. La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de exclusividad 212
- 3.4.8** **Seguimiento del Código de Buenas Prácticas** 213
- 3.4.9** **Sanción por el incumplimiento** 214

3.1 Activo

3.1.1 PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

a. 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.

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

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

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

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

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

En los casos contenidos en el apartado a), en muchas ocasiones la parte reclamante suele invocar incumplimiento de promesas y acuerdos verbales alcanzados con los directivos de las correspondientes oficinas. A este respecto, ha de señalarse que el DCMR emite su pro-

nunciamento sobre los hechos que quedan documentalmente acreditados en el expediente, no pudiendo pronunciarse sobre promesas o acuerdos verbales invocados por los clientes, que son rechazados por las entidades, ya que su valoración corresponde a los tribunales de justicia, a los que, de considerarlo oportuno, pueden dirigirse los clientes, haciendo uso a tal fin de todas las pruebas admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

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

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

b. 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.

Se pretende garantizar así el derecho de los clientes a seleccionar la entidad con la que se unirán financieramente durante un plazo 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 si, llegado el caso, puede resultar interesante cancelar la operación en vigor —con arreglo a las condiciones pactadas al efecto— y concertar otra nueva, más ventajosa, con otra entidad.

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

Algunos expedientes resueltos en el ejercicio, en aplicación de este criterio, son los siguientes:

R-201420762

En el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la deudora se dirigió a la entidad solicitando información sobre el importe de la deuda en el momento de la subasta. La negativa de la entidad a darle respuesta (o, cuando menos, a remitirle al propio Juzgado) se consideró alejada de las buenas prácticas, al entenderse que el cliente, aun encontrán-

dose en mora, está facultado para obtener un grado de información razonable a lo largo de toda la vida del contrato, teniendo además en cuenta que este no se cancela por la subasta, al existir deuda remanente.

R-201330594

La entidad no contestó a la propuesta de convenio de acreedores y a otras solicitudes novatorias del préstamo hipotecario solicitadas por el deudor concursado. Aunque no compete al DCMR pronunciarse sobre el desarrollo de ningún procedimiento concursal, en tanto en cuanto se trata de un procedimiento judicial; ni respecto a las solicitudes novatorias ajenas al contenido del convenio aprobado judicialmente, al constituir facultad discrecional del prestamista su aceptación, la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas financieras al no constar que su servicio de atención al cliente (SAC) diera contestación a la reclamación previa de su cliente respecto a dichos asuntos.

c. Información previa

Por medio del folleto regulado en el artículo 3 de la Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de préstamos hipotecarios, hoy derogada, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a toda persona física que solicitara un préstamo hipotecario sobre una vivienda que reuniera los requisitos de la citada orden (que se tratara de un préstamo hipotecario y la hipoteca recayera sobre una vivienda, que el prestatario fuera persona física y que el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 150.253,03 euros, o su equivalente en divisas). El folleto debía contener, con carácter orientativo, las condiciones financieras del préstamo hipotecario.

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

En uso y cumplimiento de la habilitación dada por el artículo 29.2.c de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se aprueba la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que deroga la Orden de 5 de mayo de 1994 y 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».

La Orden EHA/2899/2011 establece la obligatoriedad de facilitar la información regulada en los artículos 21 (Ficha de Información Precontractual, FIPRE) y 22 (Ficha de Información Personalizada, FIPER). Del mismo modo, la orden actualmente vigente regula en su artículo 23 la oferta vinculante, que, de coincidir íntegramente la información en ella contenida con la de la FIPER, podrá facilitarse en un único documento.

En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994, en cuyo artículo 5 regulaba la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, a cuya entrada en vigor derogó la anterior, 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 ellas que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la «cláusula suelo»— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación sobre la fecha señalada, en ambas normas reguladores, para la firma de la escritura pública.

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

De acuerdo con lo anteriormente dicho, el DCMR considera contrario a las buenas prácticas bancarias o a la normativa de aplicación, según el caso de que se trate:

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

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

En el expediente R-201423774, un cliente solicitante de un préstamo hipotecario reclamaba, entre otros motivos, porque no le habían dejado elegir la sociedad de tasación. El DCMR recordó que la Ley 2/1981 obliga a las entidades a aceptar cualquier tasación aportada por el cliente certificada por tasador homologado y no caducada. La solicitud de préstamo tuvo lugar después del 29 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de los artículos 21 y 22 de la Orden EHA/2899/2011, que regulan los documentos (FIPRE y FIPER) que deben ser entregados a los solicitantes de préstamos. Este DCMR apreció en la actuación de la entidad posible quebrantamiento de las normas de transparencia y protección a la clientela y de las buenas prácticas y usos bancarios, ya que la entidad no aportó los documentos obligatorios (FIPRE y FIPER) que debería haber entregado al cliente, solicitante del préstamo. Además, en el apartado de la FIPRE titulado «Vinculaciones y gastos preparatorios», se debería haber informado al reclamante, entre otras circunstancias, de la obligación que la entidad tenía de aceptar cualquier tasación aportada por el

cliente, así como de la imposibilidad de cargarle ningún gasto adicional por las comprobaciones que se realizasen sobre dicha tasación.

En el expediente R-201422920, la reclamación versaba sobre la información previa de las garantías vinculadas a préstamos hipotecarios. Se concluyó que no cabía apreciar por el DCMR quebrantamiento de las buenas prácticas y usos financieros por parte de la entidad, pues las garantías necesarias para un operación concreta entran dentro de la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, se apreció en la actuación de la entidad reclamada quebrantamiento de los buenos usos y prácticas financieras al no haber recogido en la FIPER mención alguna a la pignoración denunciada.

d. Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras

El artículo 1280 del Código Civil establece que deberán constar en documento público, entre otros, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», entre los que se encuentra la hipoteca.

En cuanto a la estructura del documento público, la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 6, señalaba que las escrituras públicas en las que se formalizan los préstamos hipotecarios deben contener, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras en el orden y con el contenido dispuesto en el anejo II de la orden. En términos similares se manifiesta el actualmente vigente artículo 29 de la Orden EHA/2899/2011. Por su parte, 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.

e. Otorgamiento de la escritura. Elección de notario

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

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

La obligación de dar a conocer este derecho a quienes con ellas contratan se recoge, únicamente, en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al establecer en su artículo 5.4 que «cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público [...] (la) forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible [...] c) el derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor».

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

En cualquier caso, la Orden EHA/2899/2011 regula, en su artículo 30, el acto de otorgamiento de la escritura, remitiendo al Reglamento Notarial a efectos de elección de notario, y 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.

f. Tramitación administrativa de la hipoteca

La inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. Paralelamente, de estar gravado el inmueble con una carga previa, la entidad pretenderá asegurar la cancelación registral existente a favor de la parte vendedora, para lo cual, y con independencia de si el vendedor estuviera obligado contractualmente a ello, la entidad puede solicitar a su cliente —comprador— que haga frente a ella.

El mismo carácter constitutivo tiene la inscripción registral respecto a la subrogación de entidad acreedora (artículo 5 de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

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 operación¹, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito, para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, entraría dentro de lo razonable que la entidad acreedora no facilitara la disposición del préstamo hasta tanto la hipoteca no hubiera sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

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

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

¹ Artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

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 (al alza o a la baja) 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.

g. Tasación de la finca objeto de hipoteca

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

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

Aunque la tasación se elabore en interés propio de la entidad de crédito y no en el de los futuros adquirentes de la vivienda, suele ser habitual que sean ellos los que corran con

los gastos, por lo que este DCMR considera, desde la perspectiva de las buenas prácticas financieras, que las entidades han de informar a su clientela no solo de la necesidad de realizar tal operación, sino también de que los gastos que se generen van a correr a su cargo, requiriendo a tal fin su autorización para cargarlos en cuenta, debiendo indicarse, igualmente, que la realización de la tasación no conlleva automáticamente la aprobación de la operación solicitada, sin que su negativa conlleve la devolución de dichos gastos. En caso de resultar denegada la operación solicitada, las entidades deben entregar al cliente el original del informe de tasación, para que aquel pueda acudir, si así lo desea, dentro del plazo de vigencia del informe (seis meses desde su fecha de emisión²), a otra entidad en demanda del préstamo denegado.

Teniendo en cuenta el coste que supone hacer una tasación, así como la obligación de la entidad, como profesional en la materia, de velar no solo por sus propios intereses, sino también por los de sus clientes, en la medida de lo posible, durante el análisis de la propuesta de riesgo 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 aquella, una actuación diligente, acorde con las buenas prácticas bancarias, llevará a la entidad a solicitar una nota registral simple antes de encargar la tasación, al objeto de valorar y, en su caso, subsanar los aspectos dudosos que plantee dicha titularidad registral.

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

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

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

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

² 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.

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

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

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

h. 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, salvo lo que más adelante se indicará respecto al límite de los intereses de demora. En el caso de los préstamos a interés variable, a efectos de conocer cuál debe ser el índice de referencia que se debe aplicar en cada variación de tipo pactado, habrá que estar a lo contractualmente acordado por las partes, sin que las dudas interpretativas de fondo que pudieran surgir al respecto puedan ser resueltas por el DCMR, sino, en última instancia, por los tribunales de justicia.

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

Los tipos de interés oficiales de referencia se publican mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y también están disponibles en el sitio web del Banco de España.

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

- En cuanto a los tipos o índices de interés oficiales de referencia, se cuestionan con frecuencia las expresiones genéricas sobre meses de publicación de aquellos (por ejemplo, «publicado el mes anterior a la fecha de revisión», a los que se hace mención en las cláusulas de revisión del tipo de interés), y respecto a los que algunos clientes entienden que deben referirse al tipo publicado el mes anterior «de fecha a fecha» y no al mes natural anterior. El DCMR, a salvo de lo que al respecto pudieran establecer otras instancias, admite como práctica consolidada que, a falta de precisión contractual, la consideración de los meses se refiera a meses naturales, según el calendario, y no a períodos mensuales contados de fecha a fecha, por lo que los informes se emiten en tal sentido.
- Cuando se trata de tipos de referencia distintos de los oficiales previstos en la normativa en vigor, son frecuentes las reclamaciones por falta de comunicación

con carácter previo de su aplicación y, fundamentalmente, por las dificultades y, en su caso, imposibilidad por parte de los clientes para verificar que el tipo aplicado es el realmente pactado.

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

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

En estos supuestos, las entidades deben acreditar haber informado con anterioridad a la fecha de formalización del préstamo de todas las condiciones financieras a él aplicables. Si tal circunstancia no se acredita —mediante oferta vinculante y/o FIPER—, el DCMR considera la actuación de la entidad reclamada contraria a las buenas prácticas bancarias (o, en su caso, a la normativa de transparencia), y de manera aún más contundente cuando el cliente aporta indicios —notas manuscritas, correos electrónicos o cualesquiera otros— de la posible existencia de la promesa invocada.

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

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

Por todo lo anterior, es exigible a las entidades que 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.

Durante este ejercicio, se han recibido asimismo reclamaciones en relación con el tipo de interés aplicable a préstamos y créditos hipotecarios tras la desaparición *ex lege* de determinados índices de referencia.

Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, el Banco de España dejó de publicar los siguientes índices o tipos de referencia: i) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; ii) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, y iii) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

El régimen de transición para la desaparición de estos tipos se recoge en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que establece, en primer lugar, que las referencias a dichos tipos en los contratos de préstamo o crédito hipotecario sean sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo acordado en el propio contrato y, en caso de que no exista un tipo sustitutivo en el contrato, o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, establece que la sustitución se realice por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

Siendo esto así, se han recibido durante el año 2014 reclamaciones de clientes por diferentes motivos, relacionados todos ellos con la desaparición de determinados índices de referencia por ley, tanto por la fecha de la efectiva aplicación de la sustitución, por no haber atendido la entidad su solicitud de aplicar un índice diferente al que, por contrato o de conformidad a lo establecido en la Ley, correspondería (cuestión que se enmarcaría dentro de la libre política comercial y de riesgos de la entidad), como por la diferente valoración sobre el índice que sería de aplicación a partir del momento establecido en la ley. Dichas reclamaciones fueron resueltas teniendo en cuenta tanto lo pactado en cada contrato como lo establecido en la ley, sin entrar en las consideraciones de política comercial y de riesgos de la entidad.

De otro lado, y en relación con esta misma cuestión, también se han recibido en 2014 reclamaciones de clientes en cuyas escrituras de financiación hipotecaria a interés variable, además de regularse el índice de referencia principal y el sustitutivo (y siendo estos alguno de los que han dejado de publicarse), se contenía una previsión adicional que venía a regular el tipo de interés que se aplicaría al préstamo o crédito en el supuesto de que el índice de referencia sustitutivo también dejara de publicarse o desapareciera. La casuística es variada —dependiendo de la entidad—, pero en términos generales se trataba de cláusulas que, de una manera u otra, establecían la aplicación para el resto de la vida del préstamo de un tipo de interés fijo, siendo la aplicación de estas cláusulas por parte de las entidades tras la desaparición de los índices desaparecidos lo que motivaba la disconformidad por parte de los clientes.

En estos casos, el DCMR entiende que la dificultad interpretativa de estas cláusulas no puede ser atribuida al deudor y, por tanto, no debería ser aplicada en su perjuicio por parte de la entidad —salvo lo que al respecto pudieran establecer los órganos judiciales

competentes—, y considera acorde con criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente, dada la trascendencia del cambio que supone convertir una operación a tipo variable en una financiación a tipo fijo, y las eventuales consecuencias que ello podría tener, por ejemplo, ante una potencial cancelación anticipada.

Por ello, el DCMR estima conforme a criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente antes de proceder a la aplicación de la previsión contractual controvertida para el caso de interrupción en la publicación del índice de referencia principal y del sustitutivo, informando debidamente a su cliente de las diferentes opciones posibles, así como de la posibilidad de subrogación de entidad acreedora, con explícita mención a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ofreciendo al cliente la posibilidad de pactar para el resto de la vida del préstamo las condiciones que a ambos convengan, entre las que se podría encontrar alguna de las siguientes opciones:

- a) adoptar como tipo fijo el resultante de la previsión contractual (en cuyo caso, deberá explicar con todo detalle las consecuencias del cambio de una financiación a tipo variable a otra a tipo fijo);
- b) sustituir el tipo de interés por la aplicación del índice establecido al efecto en el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 («tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo), adicionándole, en su caso, el diferencial original pactado en el contrato³; o,
- c) establecer un nuevo tipo variable, propuesto por la entidad, según las condiciones de mercado⁴.

A modo de ejemplo, dos expedientes en los que se ha aplicado el criterio descrito son el R-201425141, en el que el reclamante alegaba que en la escritura de crédito hipotecario suscrita el 26 de junio de 2006 se determinó como índice de referencia principal el correspondiente al «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros» y como índice de referencia sustitutivo el «tipo activo de referencia de las cajas de ahorros (CECA)», ambos desaparecidos desde el 1 de noviembre de 2013. De este modo, y habiéndose dejado de publicar los tipos de referencia antes relacionados, entiende que el índice de referencia que debe ser aplicado es el «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», produciéndose a la vez la novación automática del contrato de préstamo hipotecario según lo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013.

³ La sustitución de tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato, sin llevar, por tanto, aparejado coste alguno para el cliente ni suponer una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita.

⁴ Debiendo indicar, en este caso, todos los gastos (notaría, registro, gestoría, comisiones, impuestos, etc.) que, en su caso, dicha modificación pudiera conllevar.

La entidad aplica la previsión de la escritura que convierte la financiación variable en una a tipo fijo: «Durante los períodos en que, por no haberse publicado durante el plazo mencionado ninguna de las previsiones anteriores, no exista tipo de referencia específico utilizable, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el período de interés anterior». Dicha reclamación fue resuelta aplicando el criterio del departamento, expuesto más arriba.

El expediente R-201425836, de desaparición de los índices de referencia adoptado y sustitutivo, en el que la entidad aplica lo previsto en la escritura («La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses, de la publicación del índice de referencia sustitutivo implicará la perduración de la aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular») y el reclamante solicitó que se aplicara el IRPH entidades, se resolvió, asimismo, aplicando el criterio del departamento.

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.

En el expediente R-201422653, la entidad comunicó al reclamante que se había detectado un error en el tipo de interés aplicado a un préstamo hipotecario concertado y que se iba a proceder a regularizar dicho error, mediante el abono de 20.979,50 euros (en forma de amortización de capital y abono en cuenta). El reclamante manifestó que únicamente recibió 10.489,75 euros (justo la mitad de la cuantía comunicada), de los cuales 2.509,23 euros fueron imputados a capital y 7.986,52 euros fueron abonados en su cuenta. Se consideró que la actuación de la entidad contravino los buenos usos y prácticas financieras, ya que, cuando los errores afectan a las condiciones y/o liquidaciones de préstamos en perjuicio del prestatario, una subsanación diligente de los errores en los que se incurrió durante la vida de la operación pasaría, bien por recalcular el préstamo considerando las cuotas realmente pagadas por la parte prestataria e imputando a amortización parcial anticipada cada uno de los importes pagados de más en cada vencimiento, o bien por abonar al cliente los importes pagados de más en los respectivos vencimientos, actualizados a la fecha de abono, con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, según el vencimiento. Ello teniendo en cuenta que, desde el punto de vista financiero, no es indiferente el momento en el que se hacen efectivos los flujos monetarios.

La casuística presentada es, básicamente, la siguiente:

Sistema francés de amortización

En estos casos, se puede:

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

Intereses tras una amortización parcial anticipada

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

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

Con carácter general, en los préstamos más comunes —los amortizables por el método francés de cuotas constantes (para cada período de interés, en caso de ser variable)—, los intereses que incorpora cada pago periódico (mensual, trimestral, semestral, etc.) se calculan aplicando el tipo de interés correspondiente sobre el capital vivo al inicio⁵ del período de cómputo y dividiendo el importe total anual así resultante por el número de períodos que hay en el año (doce para mensuales, cuatro para trimestrales, dos para semestrales, etc.), homogeneizando así el cálculo mensual de intereses, haciendo abstracción del número de días del mes. Ello hace que no resulte indiferente la forma de cálculo de los intereses «pico» (entendiendo por tales los devengados por la cuantía objeto de amortización en el período comprendido entre el vencimiento de la última cuota y la fecha de dicha amortización anticipada), con independencia del supuesto al que la entidad se haya acogido de entre los más arriba indicados.

⁵ Salvo que en dicho período haya amortización parcial anticipada, en cuyo caso podrá tomarse el principal antes, o después, de la amortización anticipada y realizar el correspondiente ajuste por los intereses «pico» a los que venimos haciendo referencia.

Así, para el cálculo de los referidos intereses «pico» en las cancelaciones parciales anticipadas en fechas no coincidentes con las de vencimiento de las cuotas periódicas, en principio, habrá de estarse a lo pactado y, en su defecto, al cálculo de los intereses devengados por la cantidad amortizada durante los días transcurridos desde el vencimiento de la cuota anterior hasta la fecha de amortización, con base 365 días (366 los años bisiestos, si en el cálculo se incluyen los 29 días de febrero). En ambos casos, y acorde con criterios de buena praxis bancaria, con la limitación de que los intereses así calculados no sean más gravosos para la parte prestataria que los que resultarían de aplicar la parte proporcional de intereses de todo el período a la cuantía amortizada por los días de devengo de aquella.

Dicho de otro modo, en un préstamo amortizable por el sistema francés ordinario, los intereses «pico» no podrán ser superiores a los que resultarían de calcular los intereses que devengaría la parte amortizada durante todo el período si esta no tuviera lugar, con arreglo al criterio de cálculo utilizado por la entidad para los recibos periódicos (en su caso: $\text{capital} \times \text{tipo interés} / \text{número de períodos en el año}$ —doce si mensual, etc.—), dividido por el número de días del período (si las cuotas son mensuales, el período será de 28, 29, 30 o 31 días, según los que medien entre el vencimiento de la última cuota pagada y la siguiente a la fecha de amortización) y multiplicado por los días de devengo de la parte amortizada anticipadamente.

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

El DCMR, haciéndose eco de las numerosas reclamaciones planteadas en las que los clientes no entendían cómo podían llegar, en determinados supuestos, a pagar en términos relativos —y, en ocasiones, también absolutos— más intereses por un determinado período cuando había una amortización parcial anticipada que cuando no la había, ha considerado oportuno, de acuerdo con criterios de buenas prácticas bancarias, contemplar el límite anteriormente señalado a los intereses «pico» en los casos de amortizaciones parciales anticipadas, considerando mala praxis cuando este no se tenga en cuenta.

Intereses bonificados

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

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

Ante las reclamaciones al respecto presentadas en el DCMR, el criterio es que el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada de este por parte de las entidades financieras, y como tal fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de octubre de 1950 (*BOE* del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2.1 del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las memorias de reclamaciones, 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 DCMR ha venido advirtiendo, no obstante, de que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y el alcance de las cláusulas de los contratos.

Así las cosas, siempre y cuando el citado criterio de «cambio de base» de año natural a año comercial en el cálculo de intereses esté debidamente contemplado y explicitado en las condiciones contractuales, el DCMR no viene considerando mala práctica bancaria su aplicación. Sí viene considerando mala praxis cuando no se detalla la fórmula en la que figure de manera explícita la correspondiente base 360 o 365, limitándose a una simple mención de «días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales», o expresión equivalente.

En cualquier caso, hay un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican año natural en el numerador y comercial en el denominador, o año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la TAE o tasa anual equivalente, que, en igualdad de condiciones de comisiones que deben incluirse en aquella y tipo de interés aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo. Hay que advertir, no obstante, de que con frecuencia la TAE se calcula en estas operaciones sin tener en cuen-

ta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada, igualmente, contraria a las buenas prácticas bancarias por el DCMR.

Límites a la variación del tipo interés
—«cláusula suelo»— en préstamos
y créditos a interés variable

El DCMR considera que las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés son aplicables siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentren debidamente recogidas en el contrato, extremando las cautelas que aseguren el conocimiento de su existencia y de las consecuencias de su aplicación por parte de los clientes, con antelación a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de la escritura pública⁶.

El ámbito de actuación de este DCMR se encuentra limitado en la normativa que regula su funcionamiento a la valoración del cumplimiento de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas bancarias de las entidades reclamadas, por lo que el DCMR no es el órgano competente para: determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual, declarar la nulidad de un contrato o de alguna de sus cláusulas, hacer valer sentencias judiciales o cualquier otra resolución jurisdiccional, declarar su aplicación retroactiva o pronunciarse sobre indemnizaciones de daños y perjuicios.

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 continuación enumeramos los criterios de transparencia más utilizados por el DCMR en la resolución de reclamaciones relativas a las «cláusulas suelo»:

- El DCMR valora la acreditación de la entrega por parte de las entidades reclamadas de la información previa sobre la inclusión de la cláusula, en función de la fecha de formalización de los contratos:
 - La Orden de 5 de mayo de 1994 establece la obligación de las entidades de entregar a los solicitantes que sean personas físicas una oferta vinculante para préstamos hipotecarios cuya garantía recaiga sobre vivienda, de cuantía igual o inferior a 150.253,03€. La entidad debe estar en condiciones de acreditar la entrega de la oferta vinculante con antelación suficiente y con los requisitos formales recogidos en el artículo 5 de la orden. Así, el DCMR viene considerando que la entidad podría haber incurrido en quebrantamiento de

⁶ El Tribunal Supremo se ha manifestado sobre el carácter abusivo de las «cláusulas suelo» en las SSTs (Sala de lo Civil) n.º 241/2013, de 9 de mayo; (Sala de lo Civil) n.º 464/2014, de 8 de septiembre y (Sala de lo Civil) n.º 139/2015, de 25 de marzo. En la sentencia de 9 de mayo de 2013, la Sala concluye que, sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en la normativa sectorial de transparencia, que es requisito previo para su incorporación a los contratos de condiciones generales, no son claras y comprensibles para el consumidor por la forma en que están incluidas en el marco general del contrato, es decir, no superan el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, por lo que se estiman nulas. De esta manera, en los casos planteados las cláusulas habrían superado el control de transparencia documental, pero no el de comprensibilidad real, de tal forma que el adherente pudiera conocer la «carga económica» y la «carga jurídica» a la que se compromete y también comprender que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato. La declaración de nulidad de las cláusulas conlleva la condena a las entidades reclamadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización, pero tal declaración no se efectúa con carácter retroactivo. En los supuestos de control abstracto (acciones colectivas en defensa de intereses difusos, que son las que se ejercen en este caso), la nulidad eventualmente declarada tiene efectos *ex nunc*, por razones de interés general, por lo que no se obliga a las demandadas a devolver el importe de las liquidaciones ya practicadas, sino a recalcular las cuotas de amortización que venzan desde la fecha de publicación de la sentencia.

normativa si no acredita la entrega de la oferta vinculante (no existe o no está firmada por la parte prestataria, ni se puede acreditar la entrega de otro modo), si la oferta vinculante que se aporta tiene algún defecto en su contenido en relación con la «cláusula suelo», si no menciona el derecho del cliente a consultar el proyecto de escritura en la notaría o si no hace referencia al plazo de vigencia de la oferta vinculante.

La Orden de 5 de mayo de 1994 se considera de aplicación a contratos tanto de préstamo como de crédito hipotecario. También se considera de aplicación a préstamos hipotecarios cuya hipoteca recae sobre una vivienda si, además de la vivienda, se hipoteca algún local o solar; o si la vivienda está en construcción. Y sin que afecte a dicha aplicabilidad la finalidad del préstamo, siempre que la hipoteca recaiga sobre vivienda, con el único límite del artículo 1.4 de la Orden: «no quedará sujeta a la presente Orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de esta.»

- El DCMR hace extensivos los requisitos de información previa de la Orden de 5 de mayo de 1994, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios, cualquiera que sea su importe, si bien, en estos casos, se considera suficiente acreditar la entrega con la antelación suficiente de una oferta vinculante o de un documento informativo análogo que, aunque no reúna todas las formalidades de aquella, contenga similares estándares informativos.
- A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 —el 29 de julio de 2012, a estos efectos—, se exige la inclusión de los límites a la variación de los tipos de interés en la FIPRE (artículo 21 de la orden); en la propia FIPER (artículo 22 de la orden), además de en un anexo a esta última ficha (artículo 25 de la orden); y, en su caso, en la oferta vinculante. No obstante, «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» (artículo 23.4 de la orden).

Estas obligaciones de información previa se exigen, igualmente, en los casos de novaciones o subrogaciones con novación celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma citada.

En consecuencia, se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por quebrantamiento de la normativa de transparencia en todos los supuestos en que no se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos de información previa citados.

- Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social —el 15 de mayo de 2013—, los contratos de préstamo hipotecario que se suscriban con un prestatario, 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, en los que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de in-

terés del tipo de las cláusulas «suelo» y «techo», deberán incluir en la escritura pública, junto con la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

- Se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por haberse apartado de las buenas prácticas y usos financieros, siempre que, acreditada la entrega de la información previa, no se hubiera acreditado dicha entrega con tres días hábiles de antelación a la formalización de la escritura (artículo 7.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y artículo 30.2 de la Orden EHA/2899/2011).

Las declaraciones y advertencias notariales realizadas en la escritura del préstamo o crédito hipotecario son analizadas caso a caso por el DCRM a efectos de valorar si, a través de ellas, se puede considerar acreditado o no el cumplimiento de los requisitos de información previa.

- Este DCRM ha tenido ocasión de pronunciarse sobre documentos contractuales cuyas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés no especificaban, en el cuerpo de la escritura, los límites mínimo y/o máximo, remitiéndose a las cifras que figuraban en un documento incorporado a la escritura como anexo protocolizado.

El DCRM considera que la forma de inclusión de estas cláusulas es contraria a las buenas prácticas y usos financieros, porque contraviene los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones entidad-cliente, pues podrían resultar confusas para la parte prestataria, que está suscribiendo un mero documento tipo que no determina la información relevante sobre las condiciones financieras que van a regir su préstamo hipotecario. Igualmente, la inclusión de limitaciones a las variaciones de los tipos de interés en la parte expositiva de las escrituras se considera contraria a las buenas prácticas y usos financieros, ya que supone una fragmentación de la información que dificulta el adecuado conocimiento de la cláusula por la parte prestataria.

- El DCRM ha tenido ocasión de pronunciarse sobre determinadas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés que aluden a los límites «a efectos obligacionales e hipotecarios», «a efectos hipotecarios y registrales» o «a efectos meramente hipotecarios»; o bien «a efectos hipotecarios» y posteriormente fijan los límites a efectos de la determinación del tipo de interés aplicable en el correspondiente período por referencia a los anteriores. Sin perjuicio de que la interpretación de las cláusulas contractuales sea competencia exclusiva de los tribunales de justicia, el DCRM considera que estas alusiones confunden dos conceptos diferentes, cuales son, por un lado, el tipo de interés que se establece a efectos de la determinación de la responsabilidad hipotecaria de la finca y, por otro, los límites a la variación del tipo de interés aplicable en cada período de revisión y determinación del tipo de interés variable, a partir del cual se calcula la cuota de interés que el prestatario debe abonar; en definitiva, el importe de los intereses de que responde la finca hipotecada en caso de ejecución, por un lado, y los límites a la variación de los tipo de interés, por otro.

Este DCRM considera que las «cláusulas suelo» con alusiones como las arriba citadas no se han redactado con la claridad exigible, dada su trascendencia en

la determinación del tipo de interés aplicable, por lo que la actuación de la entidad ha de considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias.

Préstamos subrogados (subrogación de deudor) con motivo de la compraventa de la vivienda gravada

Entidad prestamista no compareciente

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, 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.

Entidad prestamista compareciente

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación de deudor del préstamo (subrogación simple), así como en el caso de que el futuro prestatario solicite información de las condiciones de aquel

En el primer caso, el DCMR 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, en el supuesto de solicitar información con carácter previo, facilite al futuro comprador, que habrá de subrogarse en la operación, detalle de todas las condiciones financieras de esta.

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación de deudor y novación modificativa de las condiciones financieras 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.

Hasta la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, los criterios anteriormente expuestos eran igualmente aplicables, conforme a las buenas prácticas y usos bancarios, a cualquier momento de la relación contractual en el que se modificaba cualquiera de las condiciones pactadas, como, por ejemplo, en aquellos casos en que se suscribían escrituras de novación.

Como se ha citado más arriba, actualmente el capítulo sobre créditos y préstamos hipotecarios de la Orden EHA/2899/2011 —capítulo II del título III— es de aplicación a «los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario». El DCMR considera incluidas en este concepto las subrogaciones y/o novaciones posteriores a la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011. En consecuencia, la falta de acreditación de la entrega de la FIPRE, de la FIPER y, en su caso, de la oferta vinculante podría constituir, en estos supues-

tos, un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria.

Posible ineficacia
de las bonificaciones

Cuando se incluyen «cláusulas suelo» en contratos en los que se prevén bonificaciones al diferencial aplicable al tipo de interés de referencia, condicionadas a la contratación de una serie de productos y/o servicios bancarios, el DCMR viene entendiendo que dicha inclusión es contraria a las buenas prácticas y usos financieros si no se informa adecuadamente al prestatario, con la necesaria antelación a la firma del préstamo, sobre la existencia de dicho suelo y las implicaciones que puede tener respecto a las bonificaciones. El motivo es que la «cláusula suelo» puede hacer parcial o totalmente inoperantes las bonificaciones si el tipo de referencia pactado baja hasta determinado nivel y, por tanto, el cliente puede ver frustradas sus expectativas de abaratamiento del coste del préstamo, mientras que la entidad logra una mayor vinculación del prestatario.

Intereses de demora de préstamos
hipotecarios

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual dejan de ser libres tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (artículo 3 y disposición transitoria segunda); quedando limitados a tres veces el tipo de interés legal del dinero, solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, si bien serán de aplicación tras la entrada en vigor de la citada ley, siendo de aplicación retroactiva para los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, que se devenguen con posterioridad a aquella, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

i. La tasa anual equivalente
(TAE)

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR, en lo relativo a la tasa anual equivalente (TAE) de operaciones hipotecarias, tienen su origen, fundamentalmente:

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

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

En los supuestos en los que se denuncia divergencia entre la TAE informada en la escritura de préstamo y la que figura en los recibos de liquidación de las cuotas periódicas, fundamentalmente en operaciones a tipo de interés variable, suelen estar bien calculadas, debiéndose la mayoría de las reclamaciones a que el cliente no ha tenido en cuenta que la TAE informada en la escritura se ha calculado, además de con los

correspondientes gastos iniciales computables al efecto, con el tipo aplicable al primer período, que es de interés fijo, y que para el resto de 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 ulteriores liquidaciones de cuotas periódicas, entrados en los períodos de interés variable, se tendrá en cuenta el tipo de interés realmente aplicable para cada uno de los respectivos vencimientos, de acuerdo con la normativa *ut supra* referida.

j. Comisiones

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

Comisión de apertura

La Circular del Banco de España 5/2012, en su norma sexta («Informaciones exigibles»), entre otras cosas, establece, con carácter general, que la información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y facilitada antes de que el cliente asuma cualquier obligación; y, en particular, en el caso de los préstamos, «cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por su concesión, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes».

Anteriormente, la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, hoy derogada, en su norma tercera, 1 bis.b), establecía que «en los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refería el artículo 1 de la también derogada Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la comisión de apertura, que se devengaría una sola vez, englobaría cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluiría, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo», criterio que el DCMR, de acuerdo con una buena praxis bancaria, hacía extensivo a los préstamos de importes superiores.

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

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

Es criterio del DCMR considerar contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación simultánea de la comisión de apertura señalada en los casos a) y b) anteriores y,

adicionalmente, con vulneración de la Circular del Banco de España 8/1990, en su caso.

En el supuesto de la letra c), se considera igualmente contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación de comisión de apertura sobre un importe mayor que el de la ampliación del capital del préstamo, con motivo de su novación modificativa, puesto que, 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

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

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

Según el artículo 82 del texto refundido de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, el DCMR considera que las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría, si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública.

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 notarial de su hipoteca. Es por ello por lo que el DCMR exige que se acredite que se ha prestado un verdadero servicio al cliente, sin que quepa incluir en este supuesto:

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

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

- En el cobro de comisión por la simple emisión del certificado de cancelación económica de la deuda.

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

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

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

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

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

Las reclamaciones presentadas ante el DCMR en esta materia giran, básicamente, en torno a la aplicación de comisiones por cancelación anticipada superiores a los límites establecidos, en su caso, en la normativa en vigor en cuanto a los préstamos formalizados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007, así como a la falta de claridad y transparencia a la hora de informar a los prestatarios sobre el coste en términos de compensación por riesgo de tipo de interés, que deben pagar por la cancelación anticipada de los préstamos en los que esta se haya pactado, formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Las alusiones a préstamos hipotecarios, a los efectos que aquí nos ocupan, incluyen también los créditos hipotecarios.

Comisión por cancelación anticipada

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

Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007

En estos casos, el DCMR aplica las siguientes reglas:

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

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

*Préstamos a interés variable
concertados con anterioridad
al 27 de abril de 2003*

- 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.

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

Cancelación anticipada, subrogatoria

Aunque no conste en los contratos la posibilidad de amortización anticipada, la cantidad que debe percibir la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización 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 mayor⁷.

*Préstamos a interés variable
concertados entre el 27 de abril
de 2003 y el 9 de diciembre de 2007*

Cancelación anticipada, subrogatoria⁸

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

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

⁷ Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

⁸ Disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, y disposición adicional primera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

- 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 pactado⁹.

Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 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 concurra alguna de las siguientes circunstancias: que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; o bien que el prestatario sea persona jurídica y 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 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la citada Ley 41/2007. Pero a partir de dicha fecha sí podrá cobrarse, si así se pacta, comisión por desistimiento y/o compensación por riesgo de tipo de interés.

Compensación por desistimiento

- En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, y siempre que esté pactado, la cantidad que habrá de percibir la entidad acreedora por este concepto no podrá ser superior:
 - al 0,5 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o

⁹ Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

- 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 de diciembre de 2007 de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (artículo 9). En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales:

- Si se producen dentro de un período de revisión de tipos inferior a doce meses, no procederá el cobro de compensación alguna por este concepto.
- Si se produce ganancia de capital para la entidad, no procederá el cobro de compensación alguna por este concepto. 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.
- Si existe pérdida de capital y el período de revisión es superior al año, la compensación consistirá, según lo pactado en el contrato: en el porcentaje pactado aplicado sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación o en el importe de la pérdida de capital.

La Orden EHA/2899/2011 establece en su artículo 28 los «Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés», dictando que «se considerarán índices o tipos de interés de referencia los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de dos, tres, cuatro, cinco, siete, diez, quince, veinte y treinta años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización», añadiendo, igualmente, el citado precepto que «se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés», para, finalmente, señalar en su punto 3 que «La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España».

En desarrollo de la previsión del último inciso del párrafo anterior, la Circular del Banco de España 5/2012, en su norma decimoquinta, señala la forma de cálculo de los citados tipos.

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.

El DCMR entiende que una actuación diligente de la entidad acreedora, acorde con los criterios de buenas prácticas bancarias, debe permitirle estar en condiciones de, por un

lado, acreditar haber informado a su cliente con carácter previo a la cancelación de su coste; y, por otro lado, para poder percibir dicha compensación en el momento de la cancelación definitiva, acreditar también que existe una pérdida de capital igual o mayor que el importe de la compensación adeudada. Dicha acreditación deberá realizarse, según indica la norma, mediante la comparación entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, aportando también los cálculos realizados al efecto, de manera que pueda verificarse su bondad.

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

En el expediente R-201414450, el reclamante solicitaba aclaración sobre la fórmula que resulta de aplicación para el cálculo de la compensación de riesgo de tipo de interés. El DCMR entendió que el tipo de referencia estipulado en la escritura de ampliación de préstamo hipotecario aportada al expediente es el tipo de referencia transitorio al que debía referenciarse el cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios, en tanto que no hubiera un desarrollo normativo posterior a la Ley 41/2007 estableciendo los nuevos tipos de referencia aplicables a estos supuestos. Este desarrollo normativo se llevó a cabo en la Orden EHA/2899/2011 y, más concretamente, con la publicación de la Circular del Banco de España 5/2012, que desarrolla el modo de cálculo del valor de mercado. Se consideró que la actuación de la entidad reclamada contravenía los buenos usos y prácticas financieras, porque no facilitó información clara y objetiva a su cliente sobre el tipo de interés de referencia que había de aplicarse para el cálculo del valor de mercado del préstamo hipotecario.

Comisión por subrogación de deudor

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

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

k. Subrogación por cambio de deudor

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

Igualmente, debe precisarse que cualquier cambio en la titularidad del inmueble ofrecido en garantía del préstamo en nada afecta a las obligaciones derivadas de este, pues, por

la propia naturaleza de un préstamo hipotecario, el inmueble se configura como una garantía adicional a la propia solvencia del deudor o deudores, con independencia de quién sea su dueño en cada momento.

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

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

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

En estos casos, las entidades no tenían, desde el punto de vista estrictamente legal, ninguna obligación de informar al nuevo prestatario, previamente a la formalización de la subrogación, de las condiciones que rigen el préstamo, ya que esta obligación recaía en el deudor original. En este sentido, expresamente, la normativa de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasara los 150.253,02€, disponía que, con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información que se debe suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados a constructores o promotores inmobiliarios en los que se previera una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas debían incluirse cláusulas financieras con contenido similar al que se exigía para los préstamos regulados por la derogada Orden de 5 de mayo de 1994. En la misma línea, pero sin límite cuantitativo de la operación, se pronuncia el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, desarrollado por el anejo 6 punto 12 de la Circular del Banco de España 5/2012.

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

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

condiciones de acreditar haber informado a sus clientes de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de las operaciones objeto de subrogación.

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

Los criterios expuestos en relación con la información que se ha de entregar con motivo de la subrogación del deudor se han aplicado, en función de la cuestión planteada en cada caso, en la resolución de diversos expedientes planteados en el ejercicio 2014.

Como peculiaridad, merece la pena reseñar el supuesto en que la subrogación se produce por fallecimiento del deudor hipotecario, como ocurría en el expediente cuyo contenido se extracta a continuación. En estos casos, la cuestión no reside en la información que se ha de entregar, sino en la propia aceptación de la subrogación por parte de la entidad prestamista, la cual se ha de someter a distinta valoración según el supuesto de hecho en el que nos encontremos.

El expediente R-201425606 trataba sobre la subrogación de los herederos en un préstamo hipotecario. En estos casos, la subrogación opera *ope legis*, pero se debe distinguir si hay un único heredero (como en este caso, donde no es necesario el consentimiento de la entidad) o varios. Cuando hay varios herederos, si solo uno o varios adquieren la deuda, se estaría ante una subrogación pasiva y podría producirse una merma de garantías, por lo que en estos casos sí se requiere el consentimiento de la entidad. Se consideró que la actuación de la entidad reclamada era contraria a las buenas prácticas y usos financieros en la medida en que parecía haber exigido a la reclamante la contratación de nuevos productos financieros comercializados por esa misma entidad, al haber solicitado la reclamante su subrogación, en calidad de única heredera, en la posición de única deudora del préstamo hipotecario.

I. Subrogación de entidad acreedora

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, la parte deudora podrá subrogar a las entidades financieras prestamistas por otras entidades análogas, siendo de aplicación a los contratos de préstamo y crédito hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización, aunque no conste en aquellos la posibilidad de amortización anticipada, y estando previsto el procedimiento incluso en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida. Ello con sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación de préstamos hipotecarios. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Las reclamaciones presentadas ante el DCMR sobre esta materia corresponden básicamente a las siguientes cuestiones:

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

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

El artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de modificación de préstamos hipotecarios, 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 iguale o mejoren la oferta vinculante» realizada por la entidad que se pretende subrogar en la posición de la primera entidad acreedora, no estableciendo, por tanto, unos criterios de homogeneización ni las condiciones necesarias para que la comparación pudiera realizarse de manera objetiva e inequívoca.

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

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

Momento de la subrogación

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

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

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

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

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

- a) Comisión por emisión de certificación de la deuda de la primitiva entidad acreedora, con motivo de iniciarse el proceso de subrogación.

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

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

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

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

Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación

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

m. Productos vinculados

Las obligaciones de información previa sobre productos vinculados se recogen en el artículo 12 de la Orden EHA/2899/2011. En el caso particular de los préstamos hipotecarios, no existe, en principio, limitación alguna a las condiciones¹⁰ y cláusulas que se pue-

¹⁰ Salvo la limitación sobre intereses de demora de préstamos hipotecarios, establecida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

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

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

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

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

En consecuencia, la resolución de reclamaciones sobre actividades realizadas por entidades sujetas a la supervisión del Banco de España, pero relacionadas con los mercados de valores (valores mobiliarios, fondos de inversión, derivados, etc.), es competencia de la

Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), a cuyo sitio web puede accederse mediante el enlace:

<https://www.cnmv.es/portal/inversor/Reclamaciones.aspx>.

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

<http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/>.

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

Comercialización

En muchos casos, se ha detectado deficiente comercialización del producto, con importantes carencias, especialmente a la hora de acreditar documentalmente que se hubiera informado debidamente al cliente de las características y conveniencia del producto; entre otras, no ajustarse a la realidad de este, por ser la información facilitada insuficiente, o por impedir que el cliente lo pudiera valorar correctamente.

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

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

Formalización del producto derivado

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

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

Para las contrataciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, deberá aportar, igualmente, el correspondiente test de conveniencia debidamente cumplimentado.

Deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 8.3 y 24 de la Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012 regula en su norma undécima las comunicaciones al cliente, señalando, en lo que aquí interesa, que «Las entidades facilitarán a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud los aspectos que se mencionan en el artículo 8.3 de la Orden», remitiendo, además, a su anejo 4 [Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones], y en particular a su punto 5 [Instrumentos de cobertura].

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

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

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

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

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

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

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

Reducción del importe de las cuotas periódicas

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

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

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

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

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

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

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

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

Las reclamaciones englobadas en la letra c) incluyen tanto casos en los que hubo errores de aplicación que no fueron diligentemente regularizados por las entidades, emitiéndose

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

Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas

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

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

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

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

- c) Habiéndose realizado una compraventa de vivienda gravada con una hipoteca anterior no amortizada en su totalidad, tras retener el comprador el importe del saldo de la hipoteca pendiente de amortización y realizar posteriormente transferencia bancaria a favor del antiguo prestatario (vendedor de la vivienda), habiendo indicado en el apartado de «Observaciones» que el importe de la transferencia era para el pago del saldo pendiente de la hipoteca

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

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

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

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

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

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

Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin

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

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

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

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

El criterio del DCMR en este punto es como sigue:

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

En el supuesto b), siempre y cuando la entidad hubiera sido mediadora en la colocación del producto, y sin perjuicio de las responsabilidades en las que, como tal, pudiera haber incurrido en materia de seguros, cuya valoración compete a otras instancias, en lo que sí procede al DCMR valorar, este emitiría un criterio contrario a las buenas prácticas bancarias, al haber recomendado y/o intervenido en la contratación de un seguro con cobertura

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

ras 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.

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

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

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

Errores en escrituras públicas

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

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

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

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

En el expediente R-201425966, por un error material, se recogió en la escritura de un préstamo un tipo aplicable distinto al que realmente se había negociado. La entidad trató de enmendar este error solicitando al deudor originario que acudiera a la notaría para subsanar la escritura. Ante la falta de repuesta a este requerimiento y la aceptación de las liquidaciones practicadas teniendo en cuenta el diferencial realmente negociado, la entidad entendió que se asumía el error de transcripción. Sin embargo, al tratarse de una condición contractual de gran trascendencia para el devenir del préstamo, se consideró que la entidad debería haber intentado que el propio notario realizara la corrección. Además, posteriormente se produjo una subrogación del préstamo con intervención de la entidad, sin aprovechar tampoco la entidad esta ocasión para subsanar el error detectado. El DCMR consideró que la actuación de la entidad reclamada no se ajustó a los buenos usos y prácticas financieras, ya que no agotó todas las vías posibles para corregir el error detectado.

3.1.2 PRÉSTAMOS CON GARANTÍA PERSONAL

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

Una parte muy importante de los préstamos con garantía personal son los llamados «préstamos o créditos para consumo¹¹», que se regulan en la actualidad en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC o «la ley»). Se aplica solo a contratos de crédito bajo forma de pago aplazado entre un prestamista y un consumidor (persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional) cuyo importe ascienda, al menos, a 200 euros, sin superar los 75.000, siendo de aplicación parcial para operaciones de superior importe¹².

En materia de transparencia bancaria, en lo no previsto en la LCCC, a los préstamos o créditos de esta naturaleza les será de aplicación lo previsto en el título I y en el capí-

11 Son numerosas las reclamaciones presentadas por la lenta amortización de la deuda en operaciones de crédito para consumo, modalidad *revolving*, especialmente tarjetas de crédito con pago aplazado y, en menor medida, préstamos. En el apartado 3.3.3, «Tarjetas», letra c), «Tarjetas de pago aplazado», se hace una breve referencia a las causas que general tal circunstancia.

12 En los contratos de crédito de importe superior a 75.000 euros, solo serán aplicables los artículos 1 a 11, 14, 15 y 32 a 36 de la ley (artículo 4.5).

tulo I del título III de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, según preceptúa su artículo 33 [Normativa de transparencia de los créditos al consumo].

a. Contratación

El DCMR considera que, con carácter general, incumbe a las entidades, en su propio interés, en el de sus clientes y en el de terceros que pudieran verse afectados, adoptar las máximas cautelas en la verificación de la identidad de las personas con las que entablan relaciones financieras, diligencia que debiera extremarse en caso de concertación de préstamos personales, precisamente por el quebranto que, en los casos de suplantación de personalidad, pudiera derivarse no solo para la entidad, sino también para aquellas personas que hayan sido objeto de la aludida suplantación.

Los contratos, que deberán estar debidamente firmados, contendrán, necesariamente, los requisitos previstos en el punto 3 del artículo 7 [Información contractual] de la mencionada Orden EHA/2899/2011, complementados por los, igualmente, contenidos en la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. En el caso de los créditos para consumo, habrá de estarse, en primer lugar, a los requisitos exigidos por el artículo 16 [Forma y contenido de los contratos] de la Ley 16/2011. Es imprescindible que en el documento contractual de un crédito para consumo se recojan las menciones preceptivas de la ley, a las que se hace referencia más adelante, 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, en este punto debemos incidir en que la declaración de ineficacia, total o parcial, de un contrato de financiación, de acuerdo con la ineficacia del contrato de consumo del que trae su causa, excede ampliamente el ámbito de competencia de este DCMR, debiendo obtenerla el interesado, si lo estima oportuno, de quienes única y exclusivamente tienen competencias para ello, esto es, de los tribunales ordinarios de justicia.

b. Liquidación

En la Orden EHA/2899/2011, punto 3 de su artículo 8 [Comunicaciones al cliente], y en el punto 1, norma undécima [Comunicaciones al cliente], de la Circular Banco de España 5/2012, se contempla la información que, con claridad y exactitud, deberán contener los documentos de liquidación de intereses y/o comisiones que habrán de facilitar las entidades de crédito (tipo de interés nominal aplicado, comisiones y cualquier otro gasto, etc.). En el anejo 4 de dicha circular se incluyen modelos normalizados de comunicaciones a los clientes para determinados servicios, a los que deberán ajustarse los utilizados por las entidades en las citadas comunicaciones. En los casos en que la operación dé lugar únicamente a pagos periódicos prefijados, la entrega de los sucesivos documentos de liquidación podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anejo, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

c. Renovación/refinanciación de pólizas de crédito

Con carácter general, las operaciones deben ser satisfechas a su vencimiento, salvo que los propios contratos contemplen la posibilidad de renovación en determinadas circunstancias. Pero no es menos cierto que es práctica habitual que las operaciones crediticias concertadas entre las entidades y, principalmente, las sociedades mercantiles y empresarios, aunque no contemplen expresamente la renovación entre sus condiciones, se renueven o refinancien al vencimiento, si así lo solicitan los acreditados y siempre y cuando dicha renovación o refinanciación sea aprobada por las entidades prestamistas tras someterse al

oportuno estudio y análisis de los correspondientes órganos de riesgos que tienen por objeto tal finalidad, dentro de la discrecional política de riesgos de la entidad, la cual es dinámica en el tiempo en función de diversos parámetros, tanto internos como externos.

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

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

d. Préstamos subvencionados

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

En este sentido, para la puesta en marcha de las normas de financiación promulgadas y facilitar su distribución, el ICO y el resto de las Administraciones Públicas precisan de las entidades bancarias, puesto que estas actúan como mediadoras de los productos financieros subvencionados. Por ello, de forma voluntaria, las entidades que lo han considerado oportuno han solicitado al ICO su adhesión a las distintas líneas y han firmado los correspondientes contratos de financiación. No obstante, la firma del convenio por parte de una entidad no obliga a esta a la formalización de la operación, aun cuando la solicitud esté efectuada de forma correcta y se cumplan todas las condiciones exigidas.

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

En el expediente R-201423936, el reclamante discrepaba con el proceder de la entidad en relación con: i) la demora en la tramitación del préstamo de mediación ICO-IDAE 2005, que supuso la pérdida del derecho a la subvención recibida y que, posteriormente, motivó el adeudo no autorizado para reembolsar al ICO la subvención, y ii) con el propio adeudo no autorizado en cuenta bancaria.

El DCMR consideró que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas financieras al no emplear la diligencia profesional que le es exigible en la gestión por parte de la entidad de los trámites relacionados con la subvención vinculada al préstamo ICO-IDAE 2005, así como por haber procedido a realizar un cargo no autorizado en la cuenta de su cliente.

e. Información sobre operaciones en situación irregular

El DCMR considera que los clientes no pierden esta condición, con independencia del estado o situación de sus operaciones crediticias, por lo que las entidades mantienen con ellos la obligación ineludible de que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario

constituiría un impedimento a la transparencia informativa, que quebrantaría las buenas prácticas y usos financieros.

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

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

La Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, derogando la anterior Ley 7/1995, de crédito al consumo¹³, e incorporando a nuestro ordenamiento los contenidos de la Directiva 2008/48/CE. La aplicación de la vigente ley procede si:

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

El prestamista puede ser cualquier persona física o jurídica que concede crédito en el ejercicio de su actividad, lo que incluye las entidades de crédito.

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.

La LCCC no solo incorpora la citada directiva y los aspectos que esta obliga a armonizar, sino que también mantiene en varias cuestiones disposiciones recogidas en la ley anterior y regula aspectos no recogidos en la directiva (como sucede, por ejemplo, con la oferta

¹³ La derogada Ley 7/1995 siguió siendo de aplicación a todos los contratos vigentes a 25 de septiembre de 2011. Los de duración definida llegarían a su vencimiento rigiéndose por la ley vigente en el momento de su formalización; y los de duración indefinida deberían haberse adaptado al contenido de la Ley 16/2011 en el plazo de un año desde su entrada en vigor, de acuerdo con lo establecido en su disposición transitoria.

vinculante, la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito o el cobro de lo indebido).

Información precontractual y prácticas previas a la contratación

La ley establece en su artículo 9 el contenido de la publicidad del producto (tipo deudor, importe, TAE, duración e información, que se recogerán de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo).

La información precontractual (artículo 10) contempla una lista exhaustiva de información¹⁴ 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 (art. 11), facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, «incluidas las consecuencias en caso de impago».

En el expediente R-201427906, el reclamante discrepaba con la información recibida en relación con las condiciones económicas aplicadas a un préstamo personal con anterioridad a su firma. El DCMR concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no acreditar haber entregado al reclamante la información normalizada europea, siendo igualmente reprochable la introducción en el contrato marco de una estipulación que retrotraía los efectos de la póliza a una fecha anterior a la entrada en vigor de dicha ley, entendiéndose este departamento que se podría haber efectuado a efectos de intentar obviar las exigencias de información impuestas por ella.

Información contractual

La ley regula en su artículo 16 la forma de los contratos, que se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero, y, de manera exhaustiva, clara y precisa, la información contractual que deben contener; entre otros, sobre el tipo de crédito; los contratantes; la duración del contrato; el importe total del crédito y las condiciones de disposición; el tipo deudor y sus condiciones de aplicación; la tasa anual equivalente (TAE); el importe, número y periodicidad de los pagos que deberá realizar el consumidor; cuando proceda, los gastos de mantenimiento de la/s cuenta/s vinculada/s al crédito, salvo que su apertura sea opcional, así como los gastos relativos a la utilización de un medio de pago asociado a ella/s; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; las garantías y los seguros a que se condicione la concesión del crédito; el derecho de desistimiento; información sobre los derechos derivados de los contratos de crédito vinculados; el reembolso anticipado, etc.

Se contempla un régimen de información específica para contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y los excedidos y descubiertos tácitos (artículos 17 a 20); y también se regula la eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un

¹⁴ Si el consumidor lo solicita expresamente, el prestamista que le ofrezca un crédito estará obligado a entregarle, antes de la celebración del contrato, una oferta vinculante con todas las condiciones del crédito, en idénticos términos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, con una validez mínima de catorce días naturales (art. 8).

crédito (artículo 26), el derecho de poner fin a contratos indefinidos (artículo 27) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (artículo 31).

Penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias

Para omisiones o defectos en el clausulado, el artículo 21 de la ley detalla la penalización aplicable:

«1 El incumplimiento de la forma escrita a que se refiere el párrafo primero del apartado 1 del artículo 16 dará lugar a la anulabilidad del contrato.

2 En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente a la que se refiere la letra g) del apartado 2 del artículo 16, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

3 En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h)¹⁵ del apartado 2 del artículo 16, y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

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

Cálculo de la TAE

Se define de forma clara en el artículo 32 de la LCCC el coste total de crédito para el consumidor, con objeto de garantizar la comparabilidad de la información relativa a las tasas anuales equivalentes en toda la UE. Se establecen, así, parámetros armonizados para el cálculo de la TAE, que incluyen todos los gastos; entre ellos, las primas de seguro, si la obtención del crédito está condicionada a su contratación, y los costes de mantenimiento de la cuenta, salvo en caso de que la apertura sea opcional.

Derecho de retracción o de desistimiento

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

Derecho al reembolso anticipado

En el artículo 30 de la ley se concede al consumidor el derecho a reembolsar anticipadamente el crédito en cualquier momento, sin justificación, contemplando la posibilidad de que los prestamistas exijan, si se cumplen determinadas condiciones, una compensación por los posibles costes «directamente derivados del reembolso anticipado del crédito que el prestamista haya debido soportar». En cualquier caso, existe un límite máximo a la cuantía de la compensación, que en ningún caso excederá del importe del interés que el

15 Artículo 16.2: «[...] h) El importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso.»

consumidor habría pagado durante el período comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.

La ley permite el cumplimiento anticipado, total o parcial. En caso de reembolso anticipado, el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito (intereses y costes). 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.

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

La norma simplifica los requisitos para la declaración de la ineficacia de los contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o a la prestación de servicios por la cancelación o ineficacia de aquellos (artículo 26). Conforme a la vigente regulación: i) cuando la eficacia del contrato de consumo quede condicionada a la efectiva obtención del crédito, será nulo el pacto por el que se obligue al consumidor a cualquier forma de pago del bien/servicio para el caso de que no se obtenga el crédito; ii) si el consumidor ha ejercitado el derecho de desistimiento respecto al contrato de suministro de bienes/servicios, dejará de estar obligado por el crédito vinculado sin penalización alguna, y iii) los requisitos para que el consumidor pueda ejercer los mismos derechos frente al prestamista y al proveedor del servicio son (artículo 29): que los bienes o servicios no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conformes con lo pactado, y que el consumidor haya reclamado por cualquier medio (judicial o extrajudicial) al proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

Incumplimiento de la norma por entidades de crédito

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

La vigente LCCC, en su artículo 34, declara expresamente su aplicación a las entidades de crédito, a las que también les será de aplicación la normativa sectorial en lo que no se oponga. Esta ley establece dos grupos de normas en cuanto a los efectos del incumplimiento por parte de las entidades de crédito: i) por un lado, se detalla cuáles se consideran normas de ordenación y disciplina (entre otras, la información y las actuaciones previas a la celebración del contrato, la información y los derechos contractuales, el 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 crédito¹⁶, y ii) respecto al resto de normas (entre otras, el carácter imperativo de la ley, el derecho de desistimiento, las normas sobre contratos de crédito vinculados, así como las reglas sobre liquidación por ineficacia, resolución del contrato o reembolso anticipado), no se prevé intervención de tipo administrativo, de modo que los conflictos, en su caso, deberán resolverse en el ámbito general de protección civil y mercantil (en los tribunales) y en el ámbito de los sistemas de resolución extrajudicial previstos en la legislación sobre protección de los clientes de los servicios financieros (DCMR, en este caso).

¹⁶ Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

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

3.1.3 PRÉSTAMO RESPONSABLE Especial mención requiere el concepto de préstamo responsable, introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículo 29), en virtud del cual las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. Asimismo, llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Este mandato se desarrolla en el artículo 18 («Evaluación de la solvencia»), capítulo I («Préstamo responsable»), título III («Créditos, préstamos y servicios de pago»), de la Orden EHA/2899/2011 y en la norma duodécima («Políticas y procedimientos de préstamo responsable») de la Circular del Banco de España 5/2012.

3.2 Pasivo

3.2.1 INTRODUCCIÓN GENERAL SOBRE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS

Entre los servicios bancarios que prestan las entidades de crédito se encuentra la captación de fondos reembolsables de sus clientes, especialmente en forma de depósitos, tanto a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) como a plazo determinado, según la disponibilidad de los fondos y la prestación o no del servicio de caja como elemento intrínseco esencial que permite la realización de las operaciones de pago que se determinen. En todo caso en los primeros, y siempre que los segundos tengan garantizada la devolución del principal a su vencimiento, la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen corresponderá al DCMR del Banco de España.

3.2.2 ASPECTOS COMUNES

a. Identificación de los potenciales titulares

Las entidades de crédito, al aceptar en sus cuentas el depósito de fondos de sus clientes, han de atender una serie de obligaciones derivadas de la normativa de aplicación, tanto de transparencia bancaria como de prevención del blanqueo de capitales.

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

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

Las entidades han de partir de la presunción de la capacidad de obrar de quienes pretenden abrir una cuenta, ya que nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial firme. Por lo tanto, para la apertura (y movimiento, en su caso) de una cuenta bancaria, salvo en situaciones especiales, es suficiente con que la persona sea mayor de 18 años (o mayor de 16 años y se encuentre emancipada).

Cuentas de incapaces

No obstante lo indicado en los párrafos anteriores, pueden existir situaciones especiales (las cuales han de acreditarse) que determinen que una persona sea considerada incapaz. En este caso, para la apertura (y movimiento) de un depósito en una entidad en dichos supuestos habrá que estar al contenido de la sentencia de incapacitación.

Cuentas de menores de edad

Los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y, como tales incapaces, solo podrán realizar válidamente negocios jurídicos (apertura y disposiciones de cuentas bancarias, en su consideración de actos de administración) a través de sus representantes legales.

Por regla general, los padres (quienes, en principio, ostentan la patria potestad), como legítimos representantes de los hijos menores no emancipados, podrán abrir cuentas bancarias a nombre de estos y efectuar ingresos, reintegros y demás actos dispositivos sobre aquellas, teniendo en cuenta que dichos actos podrán ser realizados por ambos padres o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro.

No obstante, en caso de separación, puede ocurrir que se cuestione la prevalencia del régimen general de patria potestad respecto del especial pactado en el convenio regulador —cuando en este se hubiera previsto que la patria potestad la compartan conjuntamente ambos cónyuges—, remitiendo a las partes en esos casos, este DCMR, a los jueces y tribunales de justicia, pues son los únicos órganos competentes para determinar el alcance del régimen pactado.

Igualmente, en los casos en los que exista conflicto entre los progenitores, los competentes para dirimirlo serán los tribunales de justicia. No obstante, podría valorarse acorde con las buenas prácticas que, en última instancia, se proceda a la consignación de los fondos en espera del correspondiente pronunciamiento judicial que resuelva la discrepancia entre los interesados. Véase a estos efectos lo recogido al respecto en los casos de modificación del régimen de disposición.

Ante el DCMR se han planteado supuestos en los que una cuenta a nombre de un menor de edad no emancipado ha sido abierta sin el conocimiento y consentimiento de sus representantes legales —sus padres— (por ejemplo, por abuelos u otros familiares), supuestos en los que este DCMR ha de estimar que las entidades se han apartado de las buenas prácticas financieras, aunque pudieran estar actuando, en su caso, en defensa de los intereses económicos del menor.

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

- Han procedido a dar de baja a la parte reclamante como representante legal de sus hijos menores no emancipados en una cuenta a nombre de estos, a instancias del otro progenitor, del que se había separado.
- Han permitido efectuar disposiciones con cargo a la cuenta de la que era titular el reclamante a una persona que no estaba legitimada para ello, al haber expirado su condición de representante legal del titular de la cuenta, tras alcanzar este su mayoría de edad.

Cuentas de personas jurídicas

La entidad de crédito, antes de proceder a la apertura del depósito a nombre de una persona jurídica, debe requerir los correspondientes poderes, con el fin de proceder a su bastanteo, estableciendo quién y en qué condiciones —si existe un régimen de administración solidaria o mancomunada— puede actuar en nombre de la sociedad, debiendo actualizar periódicamente dicha información y, a tal efecto, es recomendable que la sociedad comunique a la entidad, de manera inmediata, cualquier modificación en su representación.

Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios

Las comunidades de bienes son entes sin personalidad jurídica, pero debemos añadir que cuentan con plena capacidad de obrar en el tráfico jurídico.

En dicho contexto, este DCMR opina que nada empece para que una comunidad de bienes, aunque carente de personalidad jurídica, al igual que una comunidad de pro-

pietarios, pueda ser titular de una cuenta, correspondiendo a los apoderados o autorizados por los comuneros la apertura, disposición y administración de ella conforme a lo establecido en los pactos internos de la comunidad de bienes o, en su defecto, en las reglas generales contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

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

Cuentas de no residentes

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

La «entidad registrada» queda, además, obligada a requerir del titular de la cuenta de que se trate a que, en el plazo de quince días desde su apertura, le haga entrega de la documentación acreditativa de la no residencia (en concreto, las personas físicas extranjeras deben aportar «certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio de Interior con antelación máxima de dos meses»). Esta exigencia de acreditación de la condición de no residente se debe confirmar por el titular de la cuenta con carácter periódico (cada dos años debe ser requerido por la «entidad registrada» para que aporte la certificación oportuna en el plazo máximo de tres meses). Por otra parte, las entidades modificarán la calificación de las cuentas afectadas cuando tengan constancia de que se han producido cambios en la condición de residentes o de no residentes en España de los clientes titulares de aquellas.

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

Normativa de prevención del blanqueo de capitales

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

Conforme a ello, dicha normativa contiene las obligaciones a cargo de las entidades de crédito, relativas a la identificación de los clientes y conservación de documentos. La identificación deberá realizarse mediante documentos fehacientes. A tal efecto, establece

el Reglamento¹⁷ qué documentos se considerarán fehacientes, para personas tanto físicas como jurídicas, a efectos de identificación formal.

Las entidades aplicarán las medidas de diligencia debida previstas no solo a todos los nuevos clientes, sino, asimismo, a los clientes existentes, en función de un análisis del riesgo. Además, las entidades aplicarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación, a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos, y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

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

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

En relación con las comisiones e intereses que se pueden aplicar a las operaciones de depósito, interesa recordar que el criterio general que consagra la normativa de transparencia —actualmente, los artículos 3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE del 29)— es que las comisiones percibidas y los intereses aplicables a los servicios bancarios (entre ellos, los depósitos) serán los que libremente se fijen entre dichas entidades y los clientes, si bien en el caso de las comisiones solo podrán percibirse por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.

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

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

¹⁷ Artículo 6 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

tipo de interés anual modal (incluyendo la TAE u otra expresión equivalente de la operación) de las operaciones de cada categoría realizadas en el trimestre anterior y a las comisiones más frecuentes (así como a los gastos repercutidos y/o recargos) aplicadas en las operaciones con tipo modal, incluyendo los conceptos por los que se devengue, la periodicidad y su importe.

c. Tipos de cambio.
Información al público

La operativa con divisas está liberalizada en España. Es decir, los tipos de cambio son libres y pueden cambiar en cualquier momento, pudiendo las entidades de crédito y los establecimientos de cambio de moneda aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de publicar los tipos mínimos de compra y máximos de venta o, en su caso, los tipos únicos que se han de aplicar para operaciones inferiores a 3.000 euros.

La Circular del Banco de España 5/2012 regula, en su norma cuarta, la información al público sobre tipos de cambio.

d. Comunicaciones a clientes
e información periódica
sobre depósitos mantenidos

En relación con las comunicaciones con los clientes, la Orden de Transparencia¹⁸ recoge en su artículo 8.1 los requisitos que toda comunicación, referida a cualquiera de los servicios bancarios, deberá cumplir (ser clara, fiel, transparente —sin ocultación de los riesgos inherentes—, suficiente y no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante).

Comunicaciones a clientes. Requisitos

Documentos de liquidación. Requisitos
y modelos normalizados

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo 8 establece que las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios (en este caso en particular, nos referimos a los depósitos) un documento de liquidación, en el que se expresarán con claridad y exactitud múltiples conceptos (tipo de interés nominal, las comisiones, cualquier otro gasto incluido, impuestos retenidos y antecedentes necesarios para comprender la liquidación).

Asimismo, en determinados casos establecidos en la Circular del Banco de España 5/2012, deberá igualmente reflejarse el rendimiento (o coste, cuando se trate de operaciones de activo) efectivo remanente de la operación.

La referida circular ha establecido los modelos normalizados de liquidaciones, en su norma undécima en relación con el anejo 4, de obligada entrega desde el 1 de julio de 2013.

Los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras.

Modelo de documento-resumen
anual de comisiones e intereses

Desde enero de 2014, las entidades deben remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior, debiendo ajustarse dicha comunicación al modelo establecido en el anejo 5 de la Circular (modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses).

En el caso de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares), dicho documento debe comunicarse de forma individualizada a cada uno de

¹⁸ Orden EHA/2899/2011.

ellos, en lo que respecta a las operaciones que les afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación, debiendo indicarse el número total de cotitulares.

e. Publicidad de los depósitos

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

Además, específicamente en relación con los depósitos, la publicidad realizada deberá incluir una referencia al fondo de garantía de depósitos al que se encuentra adherida la entidad, cuando este sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

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

- En relación con el contenido de los anuncios publicitarios de los depósitos, la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa. Además, la publicidad que realicen las entidades de crédito sobre depósitos y créditos en los que se aluda explícitamente a su coste o rentabilidad para el público deberá expresar su coste o rendimiento en términos de TAE; y cuando la publicidad de una entidad de crédito englobe cualquier tipo de oferta de operaciones, productos o servicios que han de ser realizados por otra empresa, deberá contener la mención expresa de esta empresa. El Banco de España tendrá la potestad administrativa de requerir la cesación o rectificación de la publicidad que no se ajuste a la normativa reguladora de los productos y servicios bancarios a los que se refiere la orden o a lo dispuesto en ella.
- Por el contrario, de estimarse que las propagandas cuestionadas pudieran hallarse, en su caso, incardinadas en los supuestos previstos por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y conforme a lo establecido en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la controversia deberá dirimirse ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

3.2.3 DEPÓSITOS A LA VISTA

a. Cuestiones generales

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, define como «cuenta de pago» «una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago». La cuenta de pago es el equivalente a la cuenta a la vista bancaria (bajo la forma tanto de cuenta corriente como de libreta de ahorros con carácter general), en la que se practican diversos adeudos (ordenante) y abonos (beneficiario).

b. Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia

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

No obstante, y sin perjuicio de esta, la normativa de aplicación establece una serie de requerimientos que las entidades deben observar, en relación tanto con la información previa como con el contenido del contrato.

Explicaciones adecuadas e información precontractual

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

En relación con las cuentas a la vista, este DCMR considera que dichas explicaciones deben extenderse en particular a aquellos casos en que en la apertura de la cuenta se ofrecen determinados premios o regalos, vinculados o no a la realización en la cuenta de determinadas operaciones, así como a los costes asociados (por los diferentes tipos de comisiones que se han de soportar, en su caso) y a su remuneración, forma de disponer del saldo y limitaciones establecidas al respecto, entre otras.

Tanto la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicable a los servicios de pago, en su artículo 11, como la normativa general de transparencia (norma sexta de la circular) regulan la exigencia de entrega de la correspondiente información precontractual.

Formalización de contrato. Contenido
Contenido del contrato

El régimen de transparencia de los depósitos a la vista se recoge en la citada Orden EHA/1608/2010, al que se remite expresamente la norma octava de la circular, que contempla en su artículo 12 el contenido mínimo que ha de tener este tipo de contratos cuando el cliente sea un consumidor o cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen.

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

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

Cuentas en divisas

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

Integridad de los contratos

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

Oscuridad de las cláusulas

El principio de transparencia que inspira las buenas prácticas bancarias exige que los documentos contractuales huyan de cualquier tipo de estipulación susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean fácilmente comprensibles y directamente aplicables.

A la vista de lo anterior (y al margen de que la interpretación definitiva de una cláusula, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, correspondería realizarla, en exclusividad, a los tribunales de justicia), el DCMR considera —en línea con lo previsto en el artículo 1288 del Código Civil— que la actuación de las entidades de acuerdo con las interpretaciones de los contratos que le resulten más favorables, sin haber tratado de llegar a un acuerdo previo con sus titulares sobre el alcance de lo pactado, debe considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias.

Entrega de documento contractual y conservación de documentos

Las entidades están obligadas a entregar al cliente copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, y a conservar copia del contrato firmada por aquel, debiendo poner a disposición del cliente copia del contrato siempre que este lo solicite.

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

En efecto, este DCMR entiende, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, que las entidades han de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción (15 años para las acciones personales, en virtud del artículo 1964 del Código Civil¹⁹, 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.

Consecuencia de lo hasta aquí dicho es que, cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos, son las entidades las que deben acreditar que sus clientes las conocían y/o aceptaron (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...). Por ello, en los casos en los que no se ha acreditado adecuadamente ante este DCMR la debida formalización de los contratos, se ha concluido, a la luz de las buenas prácticas bancarias, bien que estos no se formalizaron, bien falta de la debida diligencia en la custodia de documentos justificativos de las relaciones jurídicas mantenidas con sus clientes, bien falta de colaboración con el propio DCMR.

¹⁹ La disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que entró en vigor el pasado 7 de octubre, modifica el plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado plazo especial, reduciéndolo de quince a cinco años.

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

c. Vida. Operativa
y funcionamiento
de la cuenta

La Ley de Servicios de Pago recoge los conceptos de operación, servicio e instrumento de pago, los cuales serán el origen de los diversos apuntes que se den en una cuenta, aparte de los derivados de la repercusión de comisiones, intereses, gastos, etc.

Disposición de fondos.
Posibles incidencias

El titular de un depósito de dinero efectuado en una entidad de crédito es acreedor de esta en cuanto al saldo resultante, pudiendo disponer de los fondos por los medios expresamente acordados en el contrato, debiendo incorporar, no obstante, estas disposiciones la autorización del interesado como manifestación de su voluntad dispositiva.

Autorización de operaciones

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, se habrán de diferenciar los distintos instrumentos u operaciones de pago (tarjetas, transferencias, domiciliaciones, póliza de crédito en cuenta corriente, retiradas de efectivo...), por lo que nos remitimos, a estos efectos, a los apartados específicos de cada uno de ellos en esta Memoria.

Además, en el caso de la prestación de consentimiento a operaciones de pago por el usuario en el ámbito de la banca electrónica, se ha de acreditar con carácter previo que el cliente tenga firmado, además del específico de la cuenta, un contrato de adhesión a los servicios de banca electrónica (tanto a través de Internet como por teléfono). Lo habitual en estos casos es que el cliente tenga que autenticar la operación mediante la introducción de unas claves facilitadas por la entidad.

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

Autorizados en cuenta

La disposición de los fondos depositados en una cuenta corresponde, con carácter general, a su titular, por sí mismo o por su representante legal, si careciese de capacidad de obrar. Pero también puede existir el supuesto de representación voluntaria (los autorizados o «firmas autorizadas», en terminología bancaria).

Los autorizados son las personas a las que los titulares autorizan para que, en su nombre y representación, puedan disponer, sin limitación, del saldo existente en la cuenta, pudiendo a tal fin firmar los cheques, reintegros y cuantos documentos sean necesarios. Por el contrario, no están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni realizar disposiciones contra la cuenta tras el fallecimiento del titular, por extinción del mandato.

Por lo que respecta a la disposición de fondos en descubierto por el autorizado, y dadas las controversias que se pueden plantear en esta cuestión que supone una apertura de crédito de la que deberá responder no el autorizado sino el titular o titulares de la cuenta, es conveniente que los contratos de cuenta que incluyen autorizados recojan de forma clara tanto la extensión de la autorización como las operaciones de pago o instrumentos de pago que dicho autorizado podrá utilizar para llevar a cabo las disposiciones.

La condición de autorizado se obtiene por autorización expresa y, habitualmente, por escrito del titular o titulares de la cuenta, siendo uso y práctica bancaria que se recojan las firmas tanto de los titulares como de las personas autorizadas con el fin de permitir a cualquier empleado de la entidad realizar las comprobaciones oportunas que eviten disposiciones de fondos fraudulentas.

Si la cuenta es mancomunada o conjunta, la designación del autorizado podrá ser realizada por cualquiera de los cotitulares, lo cual no supondrá ningún perjuicio para el resto, pues sin ellos el autorizado no podrá disponer de la cuenta. En las cuentas de titularidad indistinta o solidaria, en cambio, dependerá de lo pactado en el contrato de cuenta. A falta de previsión contractual en contrario, se entiende que la solidaridad activa, que se establece para disponer parte de una confianza *intuitu personae*, no podría hacerse extensiva a un autorizado por solo uno de ellos, por lo que se precisaría el consentimiento de todos los titulares. Por ello, en estos casos se considera necesario que, en aras de la transparencia que debe presidir la actuación de la entidad con sus clientes y en defensa de sus intereses, si uno de los cotitulares confiere una autorización sin contar con el resto, la entidad informe de modo fehaciente a los otros cotitulares para que puedan obrar en consecuencia, esto es, prestando su consentimiento —tácito o expreso— al nombramiento o mostrando su disconformidad con este, rompiendo el vínculo contractual que les unía con el otro cotitular.

En cuanto a su revocación, sea la cuenta indistinta o mancomunada, bastaría con que cualquiera de los titulares manifestase por escrito al banco su voluntad en ese sentido para que la revocación sea operativa.

El mandato se extingue por la muerte del poderdante, de tal forma que, ante el fallecimiento de la persona que ha apoderado a otra para llevar a cabo disposiciones en su cuenta, el autorizado ya no podría seguir realizándolas. No obstante, hay que tener presente que, para valorar y calificar la actuación de la entidad en los casos en los que se denuncia, por parte de los herederos del titular de la cuenta, la realización de disposiciones indebidas por haber sido realizadas por el autorizado con posterioridad al fallecimiento del poderdante, es fundamental tener acreditado el momento en que la entidad tuvo conocimiento de dicho fallecimiento.

Además, en relación con la extinción del mandato, y salvo que se pueda acreditar que el autorizado lo era tan solo del titular fallecido, el fallecimiento de uno de los cotitulares en una cuenta indistinta no extingue la autorización, si no consta que el resto de los titulares la ha revocado de forma expresa ante la circunstancia del fallecimiento.

La existencia de autorizados a disponer puede suscitar las siguientes cuestiones:

- Extensión de sus facultades de actuación: en general, la amplitud o la limitación de las facultades del autorizado dependerá del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta en la misma forma que el titular.
- Revocación de la autorización: en cualquier momento puede el titular de la cuenta anular la autorización dada, con el único requisito de comunicarlo a la entidad. Resulta aconsejable que quede constancia escrita de la orden de revocación, para que exista certeza del momento en que el autorizado deja de poder disponer legítimamente de la cuenta.

Cuestión distinta de la existencia de autorizados para disponer se plantea cuando uno de los titulares (o el titular) de la cuenta ha apoderado a una persona para la realización de diversos actos de administración con carácter general. En tal supuesto, este DCMR considera que la exhibición de ese poder general no sería suficiente para que la entidad permitiera disponer de los fondos de una determinada cuenta corriente, pues para ello sería preciso que se diera también una específica autorización para disponer de la cuenta (en la forma habitual que se emplea para los autorizados en cuenta), o bien que el poder general identificara de forma específica la concreta cuenta sobre la que se podían llevar a cabo los actos de disposición. No obstante, de darse este último supuesto, este DCMR no consideraría que concurre una mala práctica bancaria si la entidad invocara razones de seguridad para, por ejemplo, verificar la vigencia de ese poder o adoptar cualesquiera otras cautelas que estimara convenientes en orden a verificar que entrega los fondos a persona con poder para ello. De lo contrario, las entidades se encontrarían en tales supuestos ante la inseguridad, por ejemplo, de que dicho poder se mantuviera aún vigente o, por el contrario, hubiera sido revocado, extremo que no se encontrarían en condiciones de verificar.

Disposiciones de efectivo

Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta

Es criterio reiterado de este DCMR que, con carácter general, y salvo pacto contractual expreso, los clientes pueden solicitar el reintegro de sus fondos a la entidad en cualquiera de sus oficinas. Si aquella en la que lo solicitaran fuera diferente a la de apertura de su cuenta, será preceptivo que, una vez se hayan identificado perfectamente empleando los medios habilitados al efecto, las entidades efectúen previamente las comprobaciones necesarias para asegurarse de que entregan los fondos legítimamente, ya que el principal interés tutelable en estos casos es el del propio titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición.

A la vista de lo anterior, este DCMR considera que, cuando las entidades no puedan acreditar (por el procedimiento que consideren oportuno) que existan dudas razonables acerca de la veracidad de la identificación de sus clientes, no parece ajustado a las buenas prácticas bancarias que se opongán a los reintegros solicitados alegando limitaciones recogidas en sus normas internas, establecidas únicamente por haberse ordenado el reintegro en una oficina distinta a la de origen de la cuenta.

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

Se han planteado casos ante este DCMR por la negativa de alguna entidad a permitir el reintegro en efectivo en oficina distinta de la sucursal de la que es cliente el reclamante, a pesar de llevar su DNI, argumentando que por normas internas no puede disponer en metálico por no tener chequera, tarjeta o libreta. En tales supuestos, para la resolución de las controversias planteadas es esencial la acreditación por parte de las entidades de lo establecido en el contrato a estos efectos, pues, si bien se pueden establecer contractualmente limitaciones de ese tipo, estas deben ser en todo caso acreditadas, por lo que se han dado pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades reclamadas ante situaciones de este tipo por falta de justificación del contenido del contrato al respecto.

Restricción del importe en los reintegros de efectivo

Como ya hemos señalado anteriormente, los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en forma de cuentas corrientes bancarias u otras modalidades de depósitos a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares, cuando estos últimos disponen de tales fondos, utilizando alguno de los medios previstos en el contrato. Las entidades deben, por tanto, atender, mediante billetes y monedas de curso legal, las órdenes de pago que cursen sus clientes con cargo a los fondos que tengan disponibles, sea cual sea el importe de estas, no existiendo, por otra parte, normativa alguna del Banco de España que establezca la obligación de comunicar con carácter previo a las entidades de crédito las disposiciones con cargo a las cuentas que excedan de una determinada cuantía.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, resulta obvio que, en determinados supuestos, puede perfectamente darse la circunstancia de que la entidad no disponga de efectivo suficiente en caja para cumplir con estas órdenes, sobre todo si estas son de importante cuantía. En estos casos, en opinión del DCMR, la entidad debe informar a su cliente de la imposibilidad de hacer frente al pago que se le requiere, explicándole el motivo en el que se funda —insuficiencia de fondos en metálico—, debiendo ofrecer al interesado medios sustitutivos de la entrega en efectivo —emisión de cheque bancario por parte de la entidad, transferencia, abono en cuenta, etc.— que permitan a aquel obtener el cobro sin que intervenga el dinero, debiendo ofrecerse estas alternativas, por supuesto, libres de gastos para el interesado, al no venir prestado el servicio por una solicitud específica de su cliente, sino en cumplimiento de una obligación que tiene asumida la entidad, por disposición legal o contractual —servicio de caja—.

Posibles incidencias en los apuntes en cuenta

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

Además de autorizadas o consentidas por el titular de la cuenta, las operaciones se habrán de ejecutar adecuadamente, según los términos pactados por la entidad con su cliente, por lo que se ha de diferenciar entre operación no autorizada y operación ejecutada incorrectamente.

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

Por ello, y si bien de la ley se deduce que la carga de verificar las operaciones se impone al cliente, el cual debe ser el primer interesado en llevar a cabo un control periódico de sus posiciones en la entidad, de lo anterior se ha de concluir que, si la entidad conoce en cualquier momento, por cualquier medio, que se han dado operaciones sobre la cuenta que no han sido consentidas o que no se han ejecutado correctamente, ha de proceder a su rectificación, pero preservando siempre la debida salvaguarda de los derechos y el deber de información para con las partes que puedan resultar afectadas.

De acuerdo con el criterio de este DCMR en casos similares, consideramos que los apuntes practicados en las cuentas corrientes bancarias y debidamente comunicados a su titular, frente a los cuales este último no manifiesta su disconformidad dentro de un plazo razonable, deben considerarse conformes por haber sido tácitamente aceptados, de forma que no queden sometidos indefinidamente a una situación de pendencia que colisiona con las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica.

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 en cuanto a la realización de cobros y pagos a terceros se refiere.

En tal sentido, el DCMR ha venido entendiendo que, para poder proceder legítimamente al adeudo de una cuenta, se precisa de forma ineludible, bien el consentimiento expreso de su titular o autorizado, bien una explícita previsión contractual o legal en tal sentido, o bien la existencia de mandato judicial.

La LSP regula en su artículo 29 el régimen de notificación de operaciones no autorizadas, estableciendo en su artículo 31 la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en estos supuestos y la obligación de devolución del importe de la operación no autorizada. No se precisa en la norma el plazo para llevar a cabo dicha devolución, pero en tales casos la entidad deberá estar en condiciones de aportar prueba de la existencia de la orden del cliente. De darse esta, la operación permanecerá, pues ha sido autorizada, y solo en caso de que la entidad no pueda aportar acreditación de dicha orden de disposición debería devolver el importe adeudado por el usuario.

En los casos de discrepancias entre las partes, en los que el cliente niega haber realizado una operación sobre una cuenta pese a que la entidad aporta la orden (del tipo que sea), en apariencia firmada por él, este DCMR no puede emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, pues solo se podrá dirimir la controversia ante los tribunales de justicia mediante la práctica de los medios de prueba que correspondan.

Cargos por retribuciones en especie (regalos, etc.)

Son frecuentes las reclamaciones en las que titulares de cuentas discrepan con el cargo unilateral, como penalización, del precio estimado de una retribución en especie (un regalo promocional) cuando, de acuerdo con las condiciones del contrato, se han dejado de atender los requisitos exigidos para obtener aquella (por ejemplo, no se ha cumplido con el tiempo de fidelización). En esos casos, si bien este DCMR reconoce el derecho de las entidades a proceder al adeudo pactado, igualmente exige a estas una actuación diligente, de modo que el cargo se produzca inmediatamente después de conocida la incidencia, requiriendo en caso contrario que se informe de ello previamente al cliente.

Considera este DCMR que una actitud acorde con las buenas prácticas bancarias exige, por una parte, que las entidades aclaren y acrediten con exactitud cuáles eran los requisitos exigidos en la respectiva campaña de que se trate y que el reclamante no cumplía, justifiquen debidamente la previsión contractual sobre la forma de proceder en tales supuestos de incumplimiento y, finalmente, acrediten documentalmente las razones que existan para cargar en la cuenta de su cliente la penalización prevista en el contrato.

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.

A este respecto, entiende este DCMR que las medidas que impliquen restricciones a los derechos de los clientes (como el bloqueo de abonos que decide adoptar la entidad a consecuencia de no haber pasado el cliente el control de vivencia) deben no solo estar debidamente justificadas, sino también ser notificadas a los clientes antes de su adopción, al objeto de que no se les produzcan perjuicios de difícil subsanación.

Bloqueo de la cuenta

Con carácter general, para que las entidades procedan legítimamente al bloqueo o indisponibilidad de las cuentas de sus clientes se precisa necesariamente una autorización judicial, la conformidad de todos los titulares o la concurrencia de una causa debidamente justificada, circunstancias que en todo caso deberán ser debidamente acreditadas y advertidas a su titular.

Algunos supuestos que se han analizado en relación con esta cuestión:

- Bloqueo ante la falta de entrega de la documentación identificativa requerida: la entidad, dentro de su discrecional política comercial, puede aceptar entablar relaciones comerciales con quienes se interesan por ello, en función de la documentación e información que sobre aquellos recabe a partir de las exigencias establecidas por el marco normativo y de sus normas de funcionamiento interno. Lo que no resulta admisible en buena práctica financiera es que, una vez establecida la relación comercial, ante la falta de entrega de la documentación pertinente, proceda a efectuar el bloqueo de las cuentas, con los consiguientes perjuicios a sus clientes, sin mediar la debida comunicación sobre la circunstancia del bloqueo y sus causas, reputándose la actuación de la entidad reclamada como poco diligente en la medida en que no acredite que llevó a cabo dicha notificación.
- Bloqueo de la cuenta, por existir discrepancias entre los cotitulares que hacían inviable su continuidad: en la medida en que se haga sin avisar previamente a su cliente y sin adoptar las medidas cautelares necesarias, este DCMR emite un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada.

Compensación de cuentas

Por lo que se refiere a los traspasos por parte de las entidades entre cuentas para compensar los saldos deudores, este DCMR entendía y sigue entendiendo que los contratos bancarios deben incorporar una cláusula que informe a los clientes, desde un primer momento, de la posibilidad de que sea aplicada a sus cuentas la controvertida compensación, sin que sea preciso —más allá de una redacción transparente, clara, concreta y sencilla de las cláusulas en que se plasme este acuerdo— que esta información deba constar en un apartado distinto del que recoge las condiciones generales del contrato.

Nada obsta, pues, a que un contratante pacte expresamente con el banco que este pueda compensar los saldos positivos con los negativos de varias cuentas, así como a que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya una adecuada información al respecto. Caso distinto sería que la deuda correspondiera solo a parte de los cotitulares, pero no se hubieran comprometido todos ellos a responder solidariamente o a autorizar la compensación de las deudas de cualquiera de ellos entre los activos de los demás.

Para saber si la compensación está bien o mal operada, hay que estar, pues, al contenido de las cláusulas contractuales de los respectivos contratos que en cada expediente se aporten.

Cuentas con varios titulares
o cuentas plurales

En las cuentas plurales, la titularidad corresponde a dos o más personas, sin que esto implique, por sí solo, que la propiedad de los fondos allí depositados pertenezca ni a todas ellas, ni por partes iguales, ya que la propiedad viene determinada únicamente por los pactos internos establecidos por los titulares, con independencia de la titularidad plural de la cuenta. El contrato que los titulares suscriben con la entidad regula exclusivamente la titularidad de la cuenta o depósito y su régimen de disposición, con independencia de quién sea el propietario de los fondos.

Régimen de disposición

Esta titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición, por lo que es recomendable que, en el momento de la contratación, se plasmen adecuadamente las instrucciones de los clientes al respecto, dada la trascendencia que va a tener en el posterior desarrollo de la relación contractual que se establece. En caso de no acordarse previsión contractual alguna sobre el particular, debería entenderse que es una cuenta conjunta.

Cuentas indistintas (o solidarias)

Cuando una cuenta es indistinta o solidaria, cualquiera de los titulares puede disponer de la totalidad del saldo de aquella con su sola firma. Normalmente, la apertura de una cuenta indistinta responde a la existencia entre sus titulares de unas determinadas relaciones internas (familiares o de otra índole). Por lo tanto, en principio, la cuenta se rige exclusivamente por el contrato que las partes han suscrito, existiendo una clara separación entre las relaciones contractuales de los titulares con la entidad de crédito y las relaciones extrañas al contrato que aquellos puedan tener en su esfera privada, que ni afectan ni comprometen a la entidad.

*Cuentas mancomunadas
(o conjuntas)*

Cuentas corrientes conjuntas o mancomunadas son aquellas en las que los titulares, aunque pueden efectuar ingresos en cuenta por sí solos, necesitan el consentimiento de todos los demás para poder efectuar reintegros u operaciones que disminuyan el saldo.

También pueden existir cuentas mancomunadas en las que para la disposición de fondos se pacte la firma de una pluralidad de titulares (por ejemplo, dos de tres). Las entidades de crédito deben procurar que no se produzca ninguna disposición de fondos sin que conste el consentimiento expreso de los titulares necesarios.

*Modificación del régimen
de disposición. Bloqueo de la cuenta*

Abierta la cuenta con una u otra forma de disposición, puede darse la circunstancia de que las partes decidan por algún motivo su modificación.

No hay duda de que, si la cuenta es mancomunada, para su transformación en indistinta constituye requisito necesario el consentimiento expreso de todos los titulares. Pero la controversia puede plantearse para el supuesto de transformación de la cuenta solidaria en mancomunada. También puede darse la hipótesis de que uno de los titulares de una cuenta abierta de forma indistinta solicite el bloqueo de la cuenta, entendido exclusivamente como una modificación del régimen de disposición de la cuenta, que pasa de indistinta a mancomunada.

Este DCMR mantiene que, en caso de discrepancias internas de los cotitulares indistintos —por romperse la confianza o por producirse determinados eventos que justifican la suspensión del funcionamiento normal de la cuenta (separaciones o divorcios...)—, que se

traduzcan en instrucciones contradictorias, es preferible que las entidades adopten una postura neutral, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

En determinados casos, a juicio de este DCMR, la mejor manera de proteger los intereses de todos los titulares es no permitiendo que cobre todo el primero que lo solicite. Desde esta perspectiva, se impondría como solución cautelar más razonable el reconocer la libre revocabilidad de las facultades indistintas de disposición, siendo este el mejor y más prudente modo de atender los intereses de todas las partes cuando en situaciones conflictivas, de continuar intactas las facultades dispositivas de los titulares, pueden producirse consecuencias dañosas.

En resumen, y siempre salvo previsión contractual en contrario, debe entenderse que una actuación conforme a las buenas prácticas bancarias exige que la entidad de crédito, desde que reciba la comunicación de uno de los titulares de la cuenta (comunicación que deberá ser convenientemente acreditada) manifestando su oposición a que la cuenta siga funcionando de forma indistinta (o pida su bloqueo), no puede cumplimentar operación alguna que no venga ordenada por todos los titulares, que deben ser informados cuanto antes de la situación producida. Siendo una medida restrictiva de los derechos de los clientes, deberá adoptarse con una serie de cautelas, como el preaviso a todos los cotitulares.

Descubierto en cuentas indistintas

En las cuentas solidarias, cualquiera de los cotitulares puede realizar actos de disposición del saldo de aquellas, a través de cualquiera de los medios disponibles para hacerlo. Ahora bien, cuestión diferente sería la facultad de cada uno de ellos para generar descubiertos en cuenta, y la responsabilidad del cotitular que no los ha provocado; cuestión que no resulta pacífica, al no haber sido objeto de un tratamiento uniforme, ni por parte de la doctrina, ni por parte de los tribunales de justicia.

El DCMR considera que, cuando se dan controversias en relación con la responsabilidad solidaria de los titulares indistintos por los descubiertos ocasionados por uno solo de ellos, y a falta normalmente de determinados extremos que resultarían esenciales para adoptar una decisión fundada, ha de abstenerse de emitir opinión sobre el fondo de la cuestión sometida a su consideración, debiendo los interesados someter aquella, de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

Algunos casos concretos que este DCMR ha resuelto en relación con esta cuestión se derivaban de las disposiciones realizadas con la tarjeta de crédito emitida a nombre de uno de los titulares, o también de las cuotas periódicas de una financiación en la que el prestatario era uno solo de los titulares o no todos ellos, sin que los restantes tuvieran conocimiento de que en la cuenta común se habían domiciliado esos pagos; o también del pago de letras de cambio y pagarés firmados solo por uno de los titulares.

En tales casos, lo primero que habrá que tener presente es la existencia o no de una previsión contractual en ese sentido en el contrato de cuenta, de tal forma que, a falta de previsión contractual que autorice los adeudos en tales casos y siendo el contrato de préstamo una obligación autónoma (o el de tarjeta, como casos más frecuentes), en la que no es parte el otro cotitular, admitir que se pudiera realizar el cargo en cuenta de las cuotas en descubierto supondría, *de facto*, que este pudiera convertirse en una suerte de avalista involuntario y, a su pesar (pues reclama), de la financiación, lo cual se ha considerado en esos supuestos por este DCMR alejado de las buenas prácticas bancarias.

Sin embargo, si se da la circunstancia de que exista una previsión contractual en tal sentido, recogiendo la posibilidad de admitir el cargo de cualquiera de los titulares, incluso en descubierto, o contemplando expresamente la solidaridad pasiva, ello no llevará necesariamente a que se pueda concluir que la actuación de la entidad se ha ajustado a lo pactado y a las buenas prácticas, pues habrá de valorarse en la resolución del supuesto de hecho también la particular relación obligatoria de la que el cargo en cuenta (y, por tanto, el descubierto) trae su causa. No podría, así, considerarse ajustado a las buenas prácticas bancarias que, con amparo en dicha previsión contractual, la entidad pudiera efectuar cualquier tipo de cargo en cuenta, aunque procediera de uno solo de los titulares (caso de un préstamo hipotecario formalizado posteriormente por uno solo de los titulares, y en el que se indicara como cuenta vinculada una con varios cotitulares no prestatarios, por citar solo un ejemplo).

Modificaciones contractuales

La normativa de servicios de pago regula de forma precisa estas cuestiones, al determinar en sede legal y reglamentaria la forma y plazo en que las modificaciones referidas deben ser comunicadas, dotando así al proceso de determinadas garantías que refuerzan su transparencia.

Formalidades y plazos

Así, conforme al artículo 22.1 de la LSP, se distinguen dos tipos de modificaciones: las que se podrán aplicar de forma inmediata —que son todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente—, debiendo, en cualquier caso, informar sobre ellas en la primera comunicación que se le dirija, y las restantes modificaciones contractuales, que deberán seguir el procedimiento establecido en la normativa o, si consta, en el contrato, el cual deberá contemplar necesariamente por imperativo legal, en todo caso, la necesidad de efectuar la comunicación en papel u otro soporte duradero, de forma individualizada, con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

Modificación de titulares

Los titulares originarios de una cuenta pueden variar a lo largo del curso del contrato, y no solo por las lógicas mutaciones que pueden surgir en la vida de los pactos con vocación indefinida, como es el contrato de cuenta corriente, sino también por lo establecido en el artículo 400 del Código Civil. En estos supuestos, las entidades se reservan la opción de modificar la cuenta primitiva o abrir una nueva.

El DCMR entiende que, en caso de que la modificación de la titularidad esté motivada por la renuncia de uno de los titulares, la entidad deberá comunicar al resto de los titulares de la cuenta la modificación pretendida, a fin de que estos decidan lo que estimen pertinente, pues es criterio sostenido que la renuncia efectuada por uno de los titulares tiene el carácter de acto unilateral que no precisa el consentimiento de la entidad —salvo que se hubiera acordado un plazo— ni de los otros cotitulares.

Por ello, este DCMR considera que el proceder de las entidades resulta contrario a las exigencias que demandan las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que no hayan atendido la solicitud de baja cursada por sus clientes sin mediar una causa, para lo cual tan solo han de efectuar la oportuna comunicación a los cotitulares de la cuenta.

Sin embargo, puede ocurrir que la entidad invoque para ello razones tales como la existencia de saldo deudor en la cuenta o la existencia de contratos vinculados con saldo, cuya titularidad corresponda a la persona que pretende darse de baja, en cuyo supuesto habrá que valorar las circunstancias invocadas para poder emitir un pronunciamiento sobre el proceder de la entidad reclamada.

Liquidación de la cuenta

Una de las cuestiones que se ponen de manifiesto con mayor frecuencia en las discrepancias de los clientes con el proceder de las entidades en relación con los depósitos a la vista se refiere a la repercusión de comisiones, bien por conceptos que los clientes no comprenden, bien por conceptos no incluidos en los contratos, o por importes distintos a los allí recogidos.

Cobro de comisiones. Casuística

Comisión de mantenimiento

La comisión de mantenimiento de cuenta remunera el servicio prestado e incluye una serie de operaciones que podemos definir como «servicio de caja básico» y que, en la mayor parte de las entidades, incluye los ingresos y reintegros en efectivo o disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta y la entrega de los medios de disponibilidad habitual del depósito (talonarios de cheques o libretas), así como otros servicios o apuntes, tales como la custodia del dinero, el mantenimiento de los registros necesarios para el funcionamiento del depósito o el derecho a ordenar cargos y abonos en la cuenta.

En los casos en que los reclamantes discrepan con las cantidades que las entidades están cobrando en concepto de comisiones de mantenimiento, se deberá acreditar que no son superiores a las recogidas inicialmente en el contrato o modificadas posteriormente conforme al procedimiento establecido.

Las comisiones de mantenimiento, salvo que se diga otra cosa, se consideran pospagables y de devengo lineal durante su período de aplicación. Es decir, que, si una comisión se carga semestralmente, la fecha de la comisión de mantenimiento de referencia a efectos de cómputo de los dos meses de antelación que establece el artículo 22.1 de la Ley 16/2009 para proponer al cliente su aplicación o modificación será la fecha en la que se inicie dicho período de devengo y no la de adeudo de la comisión en la cuenta.

En aquellos casos en los que, al margen de lo establecido en el contrato, y dentro de su libre política comercial, la entidad ha decidido retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, este DCMR ha venido estableciendo que, para que la entidad pueda variar dicho régimen, aunque conste contractualmente la comisión, las buenas prácticas y usos bancarios exigirían, en todo caso, una comunicación previa e individualizada a los clientes afectados en la que se explicaran convenientemente las nuevas condiciones aplicables y, muy particularmente, el cese de la gratuidad de que hasta entonces venía disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad.

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

Respecto al cobro de comisiones de mantenimiento en el caso de cuentas inactivas, véase lo establecido en el apartado «Cuentas inactivas» de esta Memoria.

Comisión de administración

Generalmente está vinculada al funcionamiento de la cuenta, es decir, al uso que se haga de ella. Se establece como el pago de una cantidad fija por cada apunte que se realice durante el período de liquidación. Es común excluir de su aplicación un número determinado de apuntes (por ejemplo, los diez primeros) y/o un tipo (excluir todos los ingresos en efectivo). Esta comisión es compatible con la de mantenimiento, pues suele pagarse cuando la entidad presta servicios de cargo y abono adicionales a los cubiertos por la

comisión de mantenimiento, tales como adeudos e ingresos por conceptos diferentes (por ejemplo, los adeudos de recibos, los apuntes de transferencias ordenadas o recibidas).

El DCMR ha venido tradicionalmente considerando que, cuando las cuentas se mantienen por imposición de la entidad y son utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo hipotecario o personal, o a los pagos derivados de cualquier otro tipo de operativa, no correspondería a los clientes soportar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración. Ciertamente, en tales situaciones el cliente estaría pagando por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, lo cual se valoraba contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios.

En este sentido, en las operaciones de depósito, de préstamo o de crédito anteriores a la normativa general de transparencia y de crédito al consumo actualmente vigente, las entidades deben conformar su actuación al referido criterio, según el cual no es posible el cobro de comisiones en las cuentas instrumentales de los depósitos, de los préstamos o de los créditos (o de otro tipo de productos, bancarios o no), siempre que estas se usen exclusivamente para la gestión de dichos productos, circunstancia que deberá ser valorada y acreditada en cada caso en que se manifiesten discrepancias respecto de dicha cuestión.

Sin embargo, la vigente normativa general de transparencia y de crédito al consumo ha impuesto la revisión del criterio que venía amparado en la valoración citada, que se encontraba fundamentado, entre otras cuestiones, en la falta de una regulación que garantizara mayor información al cliente a este respecto.

En consecuencia, y centrándonos en los servicios bancarios más frecuentemente ligados a esta problemática —préstamos o créditos hipotecarios, créditos al consumo y depósitos a plazo—, debe indicarse que la normativa que les afecta ha tenido en cuenta dos aspectos en materia de transparencia relativos a esta cuestión: la información previa que se ha de suministrar respecto al cobro de la comisión y la inclusión de este elemento en el cómputo que se debe efectuar para la determinación del coste o rendimiento del servicio.

A estas garantías —información previa y cómputo en el coste o rendimiento del servicio— se añade la imposibilidad de que el gasto que supone dicha comisión pueda ser modificado unilateralmente por parte de la entidad. Ello se debe a que este DCMR, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, extiende esta salvaguarda —si bien inicialmente prevista en la norma sexta, apartado 2.5.j, de la Circular del Banco de España 5/2012 para los préstamos o créditos enteramente excluidos del ámbito de aplicación tanto de la Ley 16/2011 como de la Orden 2899/2011— a todos los servicios bancarios que pudieran verse afectados por esta circunstancia.

Conforme a ello, en el caso de préstamos, créditos o depósitos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa vigente —o en aquellos préstamos o créditos que hubieran sido objeto de novación con posterioridad a dicha fecha—, no se puede considerar apartado de las buenas prácticas bancarias el que una entidad cobre comisiones en las cuentas vinculadas a dichos servicios, aunque se utilizaran exclusivamente para la gestión de estos, siempre que, en todo caso, se cumpla con las exigencias establecidas en la respectiva normativa (según se encuentren vinculadas a la gestión de un producto o de otro), esto es: i) que se haya informado previamente a los clientes, en el documento de entrega obligatoria previa según la operación de que se trate, acerca de la exigencia —en su caso—

de contratar la cuenta vinculada; ii) que se informe de la parte del coste total que corresponda al mantenimiento de dicha cuenta; iii) que tanto la contratación como su coste se recojan expresamente en el contrato, y iv) que dicho coste no pueda ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del préstamo, crédito o depósito.

Si no se contemplaran todas y cada una de las referidas exigencias, la actuación de la entidad se consideraría apartada de las buenas prácticas bancarias o, en su caso, de la normativa de transparencia de aplicación.

Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta

Hay que tener en cuenta que, según la Ley Cambiaria y del Cheque, la única sucursal obligada al pago del cheque es la sucursal librada —la que figura como pagadora en este—, por lo que la entidad no tendría obligación legal de pagarle un cheque contra su cuenta o un reintegro contra su libreta en sucursal distinta.

En la medida en que esa oficina realice gestiones de comprobación de la firma y de verificación del saldo, podrá percibir una comisión por la prestación del servicio, siempre y cuando esta se haya informado debidamente al cliente.

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, debe ser remunerado a través de la comisión de mantenimiento y no de forma independiente.

Se han planteado ante este DCMR controversias en relación con el cobro de dicha comisión cuando el ingreso es efectuado por un tercero, distinto del titular de la cuenta, y también, particularmente, en los casos en los que se efectúan ingresos en cuentas de comunidades de propietarios por alguno de los comuneros. En efecto, en los ingresos en efectivo efectuados en las cuentas (también las de las comunidades) aparecen los campos cuenta, titular de la cuenta, persona que efectúa el ingreso, importe, fecha y firma, sin que en estos, en principio, conste otro concepto diferente. Por ello, en los casos en que el cliente o usuario desea que conste el concepto de pago (por ejemplo, recibo mensual agosto, derrama, etc.), las entidades pueden proporcionar un justificante adicional, por el que estarían habilitadas a percibir una comisión, siempre que se verifiquen los requisitos para ello.

Al margen de ello, en algunas ocasiones, determinadas entidades han aplicado las comisiones contempladas bajo el concepto «transferencias, giros y otras órdenes de pago» a un ingreso de efectivo realizado en una sucursal distinta a aquella donde estaba abierta la cuenta.

Contrariamente a lo sustentado por esas entidades, el DCMR entiende, en los expedientes resueltos, que las entidades no se han ajustado a las buenas prácticas y usos bancarios por cuanto el supuesto de hecho no puede ser conceptualizado como una transferencia, al faltar una orden contra una cuenta abierta en la entidad que lleve aparejada la movilización de fondos con destino a otra cuenta determinada.

Comisión de manipulación (cuenta en divisas)

En ocasiones, los titulares de cuentas en divisas han manifestado su disconformidad con el hecho de que todas las opciones de que disponen en estos casos para obtener el reembolso de los fondos de la cuenta suponen para ellos un elevado coste.

A este respecto, se ha de indicar que la entidad de crédito, al recibir (entregar) los billetes de (a) su cliente, tiene que transformar los billetes (las divisas) en divisas (billetes), envián-

dolos (trayéndolos) a (de) otra entidad de crédito del país de origen. Al realizar estas operaciones, la entidad incurre en unos gastos de los que se resarce, bien a través del cobro de una comisión de ingreso o reintegro, bien transformando el valor de la divisa de que se trate a euros, para luego con esos euros comprar los billetes de que se trate.

Así, aquellas entidades que contemplan la posibilidad de que se ingrese o se disponga del saldo de una cuenta en divisas a través de billetes deberían recoger en dichos contratos en divisas expresamente el coste que supone la transformación de los ingresos (reintegros) de los billetes a divisas (o de divisas a billetes), a fin de que sus clientes conozcan las exactas condiciones en las que dichos contratos se celebran de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa.

La entidad que admite la apertura de cuentas en divisas se está obligando a admitir las disposiciones o ingresos en efectivo en los billetes correspondientes a la moneda de la cuenta, por lo que no cabe en estos casos la aplicación de un inexistente tipo de cambio o comisión de cambio (salvo, claro está, que el reintegro se pretendiera hacer en otra moneda), sino, exclusivamente, una comisión por la manipulación de billetes extranjeros.

Gastos de correo

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

Este DCMR considera que, dado que la entidad no puede repercutir más que los costes efectivamente incurridos, por cuenta de terceros, en cada envío, no sería admisible que:

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

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

Intereses. Valoración

La normativa sectorial de transparencia establece como principio básico la libertad para la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas.

En consecuencia, respecto de esta cuestión, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito, a la vista en este caso.

No se trata de un aspecto que suele ser origen de reclamaciones, dada la reducida o nula remuneración que suelen tener este tipo de cuentas, cuya finalidad es atender los cobros y pagos de su titular.

La cuestión relativa a los tipos de interés de los descubiertos se aborda en el apartado dedicado a estos (véase «Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo»).

Retribución en especie

En este tipo de cuentas, las entidades ofertan por formalizarlas, o por vincular a aquellas una serie de operaciones, unos determinados regalos.

Este DCMR considera, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, que es obligación de las entidades informar a sus clientes de una manera veraz sobre los regalos y promociones que ofrecen y sobre la forma de verificar los requisitos para su obtención, para que tengan un conocimiento claro y preciso de las prestaciones que pueden recibir, sin hacerles concebir falsas expectativas al respecto.

En este sentido, este DCMR ha considerado en los informes emitidos que las entidades han incurrido en una mala práctica bancaria cuando:

- Diseñan una campaña publicitaria en la que se prevea un determinado obsequio promocional, sin que se acredite que se hubiera proporcionado al cliente información relevante al efecto en los correspondientes contratos o por otra vía de cara al cumplimiento de los requisitos que se establezcan.
- No acreditan haber informado desde el principio a aquellos clientes de que ya claramente no podían beneficiarse de la promoción, por lo que aquellos desarrollan una serie de actuaciones, tales como cambios de domiciliaciones de nóminas o de pagos de recibos, que no pueden obtener el efecto pretendido; o no justifican haber informado de la fecha de vencimiento de la campaña, de tal forma que los traspasos no podían tramitarse a tiempo.
- Deniegan la entrega del regalo, por haberse acabado las existencias, sin justificar debidamente el orden de adjudicación.

Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo

El descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas, por lo que, salvo pacto expreso en contrario, son aquellas y no estos las que deciden si se adeuda en cuenta una determinada partida, a pesar de que el saldo no sea suficiente.

Respecto a la normativa de aplicación en estos supuestos, cabe recordar que la LSP indica que aquella se entenderá, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de crédito al consumo, en aquellos casos en que un servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esta naturaleza (artículo 1.4 de la LSP).

Se debe indicar aquí, a los efectos que nos ocupan, que el ámbito subjetivo de aplicación de la LCCC se ciñe a los consumidores, definidos como las personas físicas que, en las relaciones contractuales reguladas por dicha ley, actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. En su artículo 4 recoge los supuestos de aplicación parcial de la ley; entre ellos, los descubiertos expresos y los tácitos. El descubierto tácito se define en el artículo 4.2 de la LCCC y se regula en su artículo 20, a los que nos remitimos en aras de la brevedad.

Además del contenido al respecto de la LCCC, que se declara aplicable específicamente a las entidades de crédito, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sectorial que corresponda, la orden y la Circular del Banco de España 5/2012 contienen varias previsiones en relación con aquellos. Véase a este respecto el artículo 4.3 de la orden y el punto 1.1.3 del anejo 4 al que se refiere la norma undécima de la Circular del Banco de España 5/2012.

Liquidación de descubierto. Intereses y comisiones de descubierto. Límites

Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, no cabe duda de que está en su legítimo derecho a exigir el pago de los intereses y comisiones estipulados en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores.

A este respecto, debemos referirnos al criterio mantenido tradicionalmente por esta institución, ya desde el año 1997, para el cálculo de la TAE del descubierto, y que fue publicado en la Memoria de este DCMR correspondiente a dicho año y posteriores, a las que nos remitimos.

Este criterio se recoge ahora específicamente en la normativa sectorial.

Comisión por reclamación de descubierto

Comisión distinta es la que responde a la reclamación de descubiertos como consecuencia de haber quedado las cuentas en esa situación, y que podrá únicamente adeudarse si se dan los requisitos que se citan en otro apartado de esta Memoria (en relación con las tarjetas).

En expedientes resueltos más recientemente, los reclamantes, en su condición de consumidores, entendían que, teniendo en cuenta todos los conceptos que se habían cobrado, incluyendo tanto la liquidación del descubierto como la comisión de reclamación de saldo, se excedía el límite máximo establecido en la normativa. Como ya se ha indicado, se ha de distinguir la liquidación de las posiciones deudoras habidas en la cuenta (intereses y comisiones de descubierto, según lo pactado en el contrato, y siempre que se cumplan todas las condiciones ya reseñadas) de la repercusión de cantidades en concepto de «comisión por reclamación de posiciones deudoras», compatible en principio con la liquidación de posiciones deudoras, siempre, claro está, que se cumplan las condiciones y limitaciones que han quedado expuestas en el párrafo anterior, que tienen por objeto la recuperación de los costes incurridos en el proceso de recobro y que no se computarían, por tanto, dentro del mencionado límite que establece la LCCC (2,5 veces el interés legal del dinero, siempre que estemos ante un consumidor).

Obligaciones de información a los clientes

El contrato que regula el funcionamiento de la cuenta y las obligaciones de cada una de las partes es el elemento fundamental de información al cliente sobre las condiciones de aplicación a cada una de las operaciones de pago que se asienten en aquella.

Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta

Siempre sin perjuicio de la información que se ha de incluir en el correspondiente contrato de cuenta a la vista, y dado que frecuentemente no se contemplan en ellos todas las posibles operaciones que se han de realizar y las condiciones y gastos que se aplicarán a aquellas, la OSP determina en su artículo 14 la información que las entidades han de aportar a sus clientes con carácter previo a la ejecución de operaciones de pago a partir de la previa existencia de un contrato de cuenta, en este caso disposiciones de fondos de un contrato de depósito a la vista.

Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones

La Orden de Servicios de Pago obliga a las entidades a facilitar al titular de la cuenta de pago, ya intervenga como ordenante o como beneficiario, después de la ejecución de cada operación, sin demoras injustificadas, en papel u otro soporte duradero, la información que establece en sus artículos 15.1 y 16.1, a los que nos remitimos.

Dicha obligación se recoge también en la Orden de Transparencia (artículo 15.1, párrafo segundo) y en la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012.

Entiende este DCMR que, según el tipo de operación de que se trate, y en función de lo estipulado en el contrato, dicha obligación se puede entender cumplida con la puesta a disposición del cliente —ordenante o beneficiario de las operaciones— de dicha información, como acreditación de cada operación realizada; y haciendo efectiva su entrega siempre que el cliente lo solicite.

Extractos

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

Conforme a lo establecido en el artículo 15.1 (párrafo primero) de la Orden de Transparencia, en relación con los depósitos a la vista, y la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012, y también en los artículos 15.2 y 16.2 de la Orden de Servicios de Pago, las entidades deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes.

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

Para el caso de controversias planteadas en relación con este asunto bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de todas las precedentes memorias de este DCMR sobre la cuestión.

Resumen anual de comisiones e intereses (1 de enero de 2014)

En el expediente R-201404792, este DCMR consideró que la entidad podría haber incurrido en un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección a la clientela al no incluir en el informe anual de comisiones, intereses y gastos correspondiente al mes de enero de 2014 determinados intereses que se cobraron durante el año 2013, porque se habían devengado en el año 2012.

Este DCMR entiende que el artículo 8.4 de la Orden EHA/2899/2011 exige que en el resumen anual de comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados se incluyan los intereses cobrados en el año natural correspondiente, aunque se hubieran devengado en el ejercicio anterior.

Si bien es cierto que el sistema ideal de remisión de extractos y demás información pasaría por el correo certificado, u otro sistema que permitiera dejar constancia fehaciente de su recepción, el evidente alto coste que ello generaría, frente a los beneficios que se derivarían de dicha actuación, hace que este DCMR venga considerando que los conductos fehacientes no son necesarios.

En todo caso, es relevante el hecho de que cada vez es utilizado con más frecuencia el canal telemático para la consulta de movimientos de las cuentas bancarias por parte de sus titulares.

Los titulares de las cuentas deben ser los primeros interesados en llevar un correcto control de sus posiciones y de sus productos bancarios, de tal manera que, si lo que desean es cancelar su cuenta, esa es la actuación que deben llevar a cabo, no siendo suficiente a estos efectos la retirada total de saldo, pues en tales casos la cuenta seguiría habilitada para soportar movimientos.

- La entidad, en tales supuestos en que la cuenta no está cancelada, puede legítimamente, pese a que no registre movimiento alguno, repercutir comisiones de mantenimiento, dentro de los límites del contenido del contrato formalizado. Transcurrido un tiempo sin que el cliente realice movimientos en la cuenta, algunas entidades la pueden clasificar como «inactiva», pero solo a efectos internos, y la entidad podría seguir cobrando comisiones por el mantenimiento. Sin embargo, se considerará legalmente «abandonada» si no se ha efectuado ninguna gestión durante 20 años, de manera que su saldo pasaría a ser propiedad del Estado (artículo 18.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas).
- Ahora bien, una cosa es que la entidad, con carácter general, se encuentre legitimada para el cobro de comisiones de mantenimiento en supuestos en los que la cuenta presenta saldo cero o no registra movimientos, y otra cosa bien distinta es que, conociendo la voluntad de su cliente de cancelar la cuenta, no le informe adecuadamente sobre el hecho de que debía liquidar los gastos pendientes de su cuenta tras haber quedado esta con saldo cero, lo cual merecería, si se da tal supuesto, nuestro pronunciamiento desfavorable.
- Igualmente, una cosa es que la entidad se encuentre legitimada para el cobro de las mencionadas comisiones en supuestos como el que nos ocupa, y otra es que gire en esa cuenta por tal motivo liquidaciones por el descubierto. Además, las entidades deberán estar en condiciones de acreditar que han continuado con la remisión de los extractos informativos exigibles al domicilio correspondiente, y que han reclamado periódicamente el saldo pendiente a sus clientes, evitando así que el cliente se vea sorprendido después de largo tiempo con la exigencia de cantidades cuya existencia y reclamación desconocía.

Cancelación de la cuenta

El contrato de depósito a la vista puede ser resuelto en cualquier momento, tanto por el titular como por la entidad (artículo 21, apartados 1 y 3, de la LSP).

A iniciativa del cliente. Caso particular de la cancelación por uno de los titulares

El régimen de resolución del contrato marco por parte del usuario se recoge en el artículo 21 de la LSP, al que nos remitimos en aras de la brevedad.

Con anterioridad a la efectiva cancelación de la cuenta, la entidad debe poner a disposición del titular el saldo que aquella presentase a su favor, y el titular debe, a su vez, entregar a la entidad, para su inutilización, todos los medios de pago asociados a la cuenta, tales como talonarios de cheques o tarjetas.

En ese sentido, este DCMR entiende que, si las entidades, con carácter general, han de ser absolutamente diligentes en el cumplimiento de las órdenes que les sean impartidas por sus clientes, más aún deben serlo en supuestos en los que se pretende la terminación de la relación contractual que une a las partes, con el consiguiente cese de la posibilidad de generar obligaciones económicas para una u otra parte. Además, en estos casos, la negativa de la entidad a llevar a cabo la actuación solicitada debe estar fundada siempre en justa causa.

Así, no se ha apreciado la concurrencia de una mala práctica bancaria en los supuestos concretos en los que la entidad no ha cancelado la cuenta a instancias del cliente, alegando para ello, y acreditando debidamente, aspectos tales como la existencia de saldo deudor en la cuenta o la existencia de contratos vinculados vigentes.

Este DCMR se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, en el sentido de considerar que, al igual que para que nazca una relación jurídica es necesario que concurra el consentimiento de todos los titulares, adquiriendo también todos ellos los correspondientes derechos y obligaciones, para su cancelación se estima igualmente necesario que concurra el consentimiento de todos ellos, salvo que se acredite la existencia de pactos o condiciones en otro sentido.

En relación con estos posibles pactos, el DCMR considera que deberían contribuir a crear o a aumentar la seguridad jurídica en la relación, respetando las diferentes posiciones jurídicas de los interesados, dando respuesta a los potenciales conflictos entre los intervinientes que se pudieran identificar, e incorporando la flexibilidad suficiente para permitir aplicaciones casuísticas, de modo que se evite que una aplicación rígida de las reglas determine situaciones de desequilibrio en detrimento de las personas afectadas o de sus legítimos intereses. En cualquier caso, no se consideraría procedente que los autorizados en cuenta, a los que la práctica generalizada atribuye únicamente facultades de disposición, procedieran a dar instrucciones de cancelación de la cuenta que fueran atendidas por la entidad.

Otra cuestión diferente sería que, ante la falta de acuerdo entre los cotitulares respecto al mantenimiento o no de la cuenta, la entidad pueda ejercer las facultades de rescisión que en el contrato se le atribuyan.

En el expediente R-201422332 se planteaba la cancelación de cuenta corriente con varios titulares a iniciativa unilateral de un titular. No se ha acreditado en el expediente que existieran pactos que permitieran la cancelación unilateral, sino que la entidad reclamada reconoció que debía haber solicitado el consentimiento de todos los titulares pero no lo hizo. Si bien, considerando que la entidad reconoció la incorrección de su actuación, al no solicitar el consentimiento de todos los titulares, y ofreció al cliente la posibilidad de reactivar la cuenta cancelada, sin incluir al cotitular que solicitó su cancelación, este departamento entendió que, considerando globalmente la actitud de la entidad, no podía emitir un informe contrario a las buenas prácticas y usos financieros.

Reapertura de cuentas canceladas

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

3.2.4 DEPÓSITOS A PLAZO CON GARANTÍA DEL PRINCIPAL

Los depósitos a plazo, incluidos los depósitos estructurados o híbridos, siempre que tengan garantizada la devolución del principal a su vencimiento, están sometidos a la normativa de transparencia bancaria general²⁰, y la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen corresponderá al DCMR del Banco de España.

20 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre —en vigor desde el 29 de abril de 2012), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios— (en su artículo 16 se refiere únicamente a los «Depósitos a plazo con garantía del principal»), y Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio —en vigor, con carácter general, desde el 6 de octubre de 2012, si bien, para cuestiones específicas, entró en vigor el 1 de enero de 2013—.

a. Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos	<p>La Orden de Transparencia (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) y su normativa de desarrollo modificaron de forma importante tanto las obligaciones concernientes a la información precontractual que debía facilitarse como las relativas al propio contenido del contrato, regulándose ambas de forma exhaustiva.</p>
Explicaciones adecuadas	<p>La orden establece la obligación para las entidades de aportar explicaciones adecuadas sobre las características de los depósitos que se han de contratar.</p> <p>Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Ni la orden ni la circular de transparencia exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas, si bien tampoco la excluyen. Así, las «explicaciones adecuadas», según están concebidas en la orden y en la circular, se facilitarán normalmente de forma verbal, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico.</p>
Información precontractual	<p>La orden otorgó rango normativo a la exigencia de entrega de información previa para este tipo de servicios, al establecer (artículo 6) que las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre el servicio bancario (un depósito a plazo en este caso) y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva, no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato y oferta.</p> <p>Además de lo anterior, la norma sexta de la Circular 5/2012 regula la específica información precontractual exigible (detallando el apartado 2.2 el contenido mínimo) —señalando que, en todo caso, antes de prestar el servicio se ha de informar de forma clara del importe de las comisiones que se adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se repercutirán— y la información que debe resaltarse (norma séptima, en relación con el punto 1.2 del anejo 3), a saber, entre otros: la duración del contrato; la existencia o no de derecho de cancelación anticipada y comisiones o penalizaciones aplicables, en su caso; las vinculaciones condicionantes de la rentabilidad del depósito; o la TAE.</p>
Formalización del contrato. Contenido	<p>El artículo 7 de la vigente orden (del mismo modo que el apartado 3 de la norma novena Circular 5/2012), relativo a la información contractual, establece la obligación de las entidades de entregar al cliente el documento contractual en el que se formalice el depósito, así como de conservarlo y poner a disposición del cliente copia de aquel, siempre que lo solicite.</p> <p>En relación con su contenido, el referido artículo establece, en su apartado 3, los extremos que, de forma explícita y clara, deberán recoger los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, siempre sin perjuicio de los que en el desarrollo normativo realizado mediante la circular se han establecido, a saber, entre otros: el tipo de interés nominal; la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales; la periodicidad y fechas del devengo y liquidación de intereses; la fórmula o métodos de liquidación utilizados; las comisiones y gastos; la duración del depósito y, en su caso, las condiciones para su prórroga; los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés; las comisiones o gastos repercutibles; los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito, y el coste total que el uso de tales facultades supondría.</p>

Por su parte, el contenido de los documentos contractuales (desde julio de 2013) aparece regulado con todo detalle en la norma décima de la circular, a cuyo contenido nos remitimos.

Para el caso de controversias planteadas en relación con depósitos formalizados bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de todas las precedentes memorias de este DCMR sobre la cuestión, debiendo recordar que la Circular del Banco de España 8/1990 establecía la obligación de entrega del documento contractual en estos casos cuando superaran un determinado importe, pero este DCMR, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, lo ha venido haciendo extensivo a todas las operaciones de este tipo.

b. Contratación de depósitos estructurados o híbridos

Un depósito estructurado o híbrido es un depósito a plazo determinado (contrato principal), con un rendimiento (en todo o en parte) vinculado a la evolución de un determinado índice o referencia bursátil, o de otra naturaleza diferente a un tipo de interés (derivado implícito).

Respecto de dichos depósitos, la Orden de Transparencia establece unas obligaciones de información específicas, y diferenciadas de las relativas a los depósitos a plazo ordinarios, que se pasan a detallar.

Explicaciones adecuadas

La Circular del Banco de España 5/2012 establece en su norma quinta (en relación con el artículo 9 de la Orden de Transparencia) que las entidades deben facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado. La norma se refiere posteriormente a algunos casos particulares de operaciones en las que pueda ser preciso hacer hincapié en determinados aspectos o extremar la diligencia en las explicaciones, la mayoría de ellos aplicables, entiende este DCMR, fundamentalmente al caso de los depósitos estructurados o híbridos —que impliquen riesgos especiales (por ejemplo, el de una remuneración nula en los depósitos estructurados o híbridos), que requieran la evaluación de múltiples aspectos por el cliente, que entrañen obligaciones que puedan resultar especialmente onerosas o cuya comercialización se acompañe de una recomendación personalizada—.

Se debe precisar, no obstante, que el enfoque que se contiene en la regulación es que compete a la entidad dar información adecuada sobre el producto, pero compete al consumidor evaluar si los productos que se le ofrecen se ajustan a sus intereses, necesidades y situación financiera.

Información precontractual

Por su parte, como se ha indicado en el apartado precedente, la norma sexta de la referida circular regula la específica información precontractual exigible.

En cualquier caso, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del resto de menciones que se recogen para los depósitos a plazo, se indicarán: la obligación de la entidad de reembolsar el principal al vencimiento; las circunstancias de las que dependerá su remuneración —incluyendo una estimación de su TAE—; los riesgos de que tal remuneración no se produzca o de que sea inferior a la equivalente ofrecida por la entidad, en términos de TAE, para un depósito con interés periódico (información que deberá resaltarse); la forma en que se calculará el coste de cancelación del depósito, si lo hubiese.

También en este caso de los depósitos estructurados o híbridos, se facilitarán al cliente varios ejemplos representativos de la remuneración del depósito y del coste de su cancelación.

lación, contruidos en función de distintos escenarios posibles de evolución del derivado implícito.

Contenido del contrato

Además, y en relación con el contenido de los documentos contractuales relativos a depósitos a plazo estructurados o híbridos, el artículo 16 de la orden recoge que aquellos deberán contener de forma explícita y clara la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como las menciones referidas para los depósitos en general, teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito (véase a este respecto la norma décima).

c. Vigencia del depósito

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

Liquidación

Las entidades de crédito pueden aplicar en sus operaciones bancarias los tipos de interés que acuerden con sus clientes (artículo 4 de la Orden de Transparencia). En consecuencia, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito a plazo.

Falta de abono del interés
complementario en un depósito
bonificado

En varias reclamaciones, el cliente discrepaba con el hecho de que la entidad hubiera abonado solo el interés básico, pero no el complementario o bonificado, pese a sostener que se cumplían todos los requisitos para ello. En ocasiones, dichos requisitos se referían al mantenimiento de determinadas domiciliaciones (nóminas, recibos, etc.) o a la utilización de una tarjeta emitida por la entidad; en otras, al mantenimiento de un determinado volumen de saldos en otras posiciones en la misma entidad, al incremento de estas, etc.

En dichos casos, se precisa que este DCMR no resulta competente para entrar a valorar las decisiones que adoptan las entidades de crédito en los programas o campañas de fidelización de los clientes por la utilización o mantenimiento en determinadas condiciones de los productos contratados, por incluirse dicha cuestión en su política comercial y de asunción de riesgos e incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

A partir de ahí, y dado que la base para emitir nuestra opinión se encuentra en los contratos suscritos por las entidades con sus clientes, y que el principio fundamental en estos casos es la libertad de pacto, en esos casos es esencial la verificación de la forma en que se incluyen dichas condiciones en el contrato, así como que la entidad acredite ante este DCMR las condiciones que alega incumplidas. Así, se ha concluido, en los informes emitidos en relación con estas cuestiones, lo siguiente:

- Las condiciones de la operación que habrían sido incumplidas están recogidas (o no) en la documentación contractual aportada, donde se han de explicitar las condiciones de bonificación del tipo de interés retributivo; así como si la entidad los ha acreditado o no, extremos ambos que determinarán el pronunciamiento de este DCMR.
- En relación con las explicaciones ofrecidas con carácter previo a la formalización de la operación, invocadas en ocasiones por los reclamantes como diferentes a las formalizadas, en la mayoría de las ocasiones este DCMR no ha dispuesto de medios de acreditación en los expedientes que permitieran

determinar la forma en que los hechos se desarrollaron, remitiendo en esas ocasiones para aclarar dichas circunstancias a los tribunales de justicia. No obstante, se ha planteado algún supuesto en el que se ha podido verificar la discrepancia entre lo indicado respecto a la retribución complementaria y la forma de obtenerla en el documento firmado de solicitud de un depósito bonificado y el documento contractual, por lo que en esos supuestos se ha concluido que el proceder de la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias.

- Y, sobre todo, se pone de manifiesto a la entidad que, en todo caso, y en el ejercicio de la buena fe comercial exigible, ha de informar convenientemente a sus clientes sobre las condiciones del depósito que se va a contratar, advirtiéndoles de forma precisa de la forma de cumplimiento de cada una de las condiciones que les permiten acceder a una mayor rentabilidad, sin dejar abierta a su discrecionalidad dicha valoración, así como de las consecuencias de un eventual incumplimiento (obligación, además, ahora establecida de forma expresa por la vigente normativa de transparencia).

Documentos de liquidación

Los documentos de liquidación para el caso de los depósitos a plazo (que se han de entregar desde el mes de julio de 2013) se recogen en el anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, en sus puntos 1.2 (para el caso de que tengan una remuneración dineraria), 1.3 (depósitos con remuneración en especie) y 1.4 (depósitos estructurados o híbridos con garantía del principal).

Se ha de tener en cuenta la fecha concreta a la que se refiera la cuestión planteada en cada expediente en relación con la remisión de los documentos de liquidación, de tal forma que, para supuestos anteriores al 1 de julio 2013, habrá que estar a lo establecido al respecto en la Circular del Banco de España 8/1990 (el anexo VI contiene los modelos de los documentos de liquidación).

d. Renovación

En los depósitos de duración determinada, en cuyos contratos usualmente se incluyen la posibilidad y las condiciones de su renovación tácita, es fundamental que queden claramente determinados los plazos que las partes se conceden para el preaviso de vencimiento y para que el titular pueda renunciar a la renovación automática, así como la forma y plazo de comunicación, en su caso, de las nuevas condiciones de aplicación.

Nos remitimos aquí a lo establecido en las normas sexta, apartado 2.2, y undécima, apartado 7, de la Circular del Banco de España 5/2012, que regulan la específica información precontractual y contractual exigible, respectivamente.

En consonancia con lo anterior, si bien de forma más general, la Orden de Transparencia, en su artículo 8.2, establece la necesidad de que la entidad comunique, con una antelación no inferior a un mes, las prórrogas de este tipo de contratos y los derechos de que goce el cliente en relación con aquellas.

En los expedientes resueltos en los últimos años se han planteado diversas controversias en relación con esta cuestión:

- Falta de atención de la orden de no renovación del depósito dada por sus clientes en plazo, procediendo la entidad a renovarlo de forma automática, dando

lugar a que fuera rechazada la solicitud de traspaso de fondos formulada por otra entidad de crédito; en estos casos, el banco ha de subsanar el error de forma diligente, de manera que no se originen perjuicios para sus clientes; de lo contrario, el pronunciamiento que se emite es que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias. En cualquier caso, las instrucciones al respecto de los clientes deberán encontrarse debidamente acreditadas.

- Realización de una renovación automática de la imposición a plazo fijo, sin acreditar haber comunicado a su cliente la modificación del tipo de interés con la antelación establecida en el contrato, merecedora en todo caso de un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada.

e. Modificación

La normativa de transparencia —la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012— concreta determinadas circunstancias del proceso de modificación de condiciones contractuales, de forma garantista, exigiendo que: se recojan de forma explícita y clara los derechos y obligaciones de las partes (artículo 7.3 de la orden); se respete un plazo mínimo para comunicar los posibles cambios, salvo que estos fuesen más favorables para el cliente (que se podrán aplicar inmediatamente), estableciendo la obligación de comunicación al cliente con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo (artículo 8.2 de la orden); que la comunicación de la modificación sea individualizada (apartado 1 de la norma décima de la circular).

Finalmente, el apartado 6 de la norma undécima de la circular dispone que los documentos de liquidación de operaciones no podrán contener información ajena a la liquidación, por lo que no podrán utilizarse con el fin de comunicar a los clientes modificaciones contractuales u otras.

f. Cancelación

A instancia de la entidad

Las entidades, ejerciendo su facultad discrecional de elegir a su clientela, podrán cancelar unilateralmente un contrato de depósito a plazo (llegado este) en el que se contemplan prórrogas tácitas anuales, salvo denuncia de las partes, debiendo estar aquí a lo establecido en el contrato. El ejercicio de estas facultades discrecionales debe respetar siempre el principio de transparencia que debe presidir las relaciones de la entidad con sus clientes, de modo que estos estén siempre informados de las decisiones tomadas.

Asimismo, debe recordarse que las entidades han de conservar toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que les incumben.

A instancia del cliente antes del vencimiento

Respecto a la cancelación anticipada de los depósitos, este DCMR mantiene, con carácter general, que las imposiciones a plazo tienen una fecha de vencimiento determinada, que ha de cumplirse. Sin embargo, generalmente, la facultad mutua de cancelar anticipadamente el contrato de depósito a plazo suele encontrarse recogida en aquel. Fuera de esta posibilidad, no cabría la cancelación anticipada por la sola voluntad de una de las partes. En tal caso, debemos entender que aquella solo será posible si se llega a un acuerdo entre las partes, fijando las condiciones en las que pueda tener lugar. Por otro lado, parece razonable pensar que, de alcanzarse un acuerdo, las entidades depositarias, en función de la naturaleza del producto, podrían cobrar una penalización si la cancelación anticipada para ellas implica un coste.

Los supuestos de cancelación anticipada de la imposición a solicitud del depositante (que en todo caso, y siendo varios los titulares, habrá de venir ordenada por todos ellos) son

origen de una parte importante de las reclamaciones que se plantearon en relación con este tipo de productos²¹.

La Circular del Banco de España 5/2012 recogió el criterio que venía aplicando el DCMR a este respecto, relativo a considerar correcto el cobro de la comisión o de la penalización por cancelación anticipada en los casos en los que así estuviera expresamente pactada en el contrato, o bien, sin estar contemplada en él la cancelación anticipada, la entidad hubiera accedido a ella y advertido al cliente expresamente sobre la necesidad de asumir en ese caso la comisión o penalización, 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 y no superara el máximo declarado por la entidad en su tarifa de comisiones y gastos.

No obstante lo anterior, la limitación referida no impide que la entidad esté obligada a practicar la retención tributaria en la forma prevista en la normativa fiscal, pudiendo derivarse de ello, como resultado final de la operación, un líquido inferior al principal depositado inicialmente.

Dicha limitación en cuanto a su importe, establecida, pues, inicialmente como un criterio de buena práctica bancaria, fue incorporada de forma expresa, como ha ocurrido con otras cuestiones, en la normativa sectorial de transparencia, en la Circular del Banco de España 5/2012, que recoge que dicha penalización por cancelación anticipada «no podrá ser, en ningún caso, superior a la retribución que el depósito hubiese devengado hasta esa fecha» [norma sexta, 2.2.c)].

Las cuestiones que se han planteado en los últimos años en relación con los casos en los que se daban cancelaciones anticipadas de depósitos a plazo se pueden agregar, resumidamente, en las siguientes:

- 1 Han sido frecuentes las reclamaciones en las que los clientes indicaban que la entidad les había asegurado que no perderían en ningún caso el capital invertido, ni aun en el supuesto de cancelación anticipada, pues la penalización se limitaría al importe de los intereses y, sin embargo, el importe devuelto era inferior al inicialmente depositado.

A este respecto, ya se ha indicado que la limitación se refiere a los intereses brutos, por lo que ello podrá ocurrir, siendo la diferencia el importe de la retención fiscal practicada, que será recuperada en su momento por el titular.

- 2 En otros, el reclamante denuncia que la entidad está aplicando una penalización a la cancelación anticipada que entiende que no procede, pues tenía un derecho tácitamente adquirido de no aplicación de aquella a los depósitos cancelados anticipadamente, por ser lo que había venido ocurriendo en todos los casos, y por ser lo ofrecido por el director de la sucursal, al margen de lo pactado.

En estos casos, el DCMR destaca que no puede entrar en consideraciones sobre informaciones, pactos o supuestos acuerdos verbales que hubiera po-

21 Para el caso de controversias planteadas en relación con depósitos formalizados bajo la vigencia de la normativa de transparencia anterior, nos remitimos al contenido de todas las precedentes memorias de este DCMR sobre la cuestión.

dido haber entre las partes, no acreditados, ya que la interpretación tanto de los contratos como de las conductas resulta competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

Por ello, y verificando que el contrato de depósito había establecido el tipo de interés que se liquidaría en caso de cancelación anticipada, sin que procediera en ese caso aplicar el pactado para la imposición si se hubiera mantenido hasta el vencimiento, y siempre a salvo de las posibles interpretaciones de las cláusulas contractuales, que no corresponde realizar a este DCMR, se concluyó en esos casos que el proceder de la entidad reclamada no podía considerarse apartado de las buenas prácticas financieras, al haber aplicado lo previsto en el contrato.

Vencimiento

Llegado el vencimiento de una imposición a plazo en la que no se contempla su renovación, o en aquellos casos en los que, contemplándose, el cliente ha decidido no renovarlo (comunicándolo conforme al procedimiento y con el plazo de preaviso que en cada caso venga contractualmente establecido), la entidad deberá proceder a efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro a su cliente del nominal y de los intereses convenidos, sin demoras injustificadas. En este sentido, en el expediente R-201402185, el DCMR consideró que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos financieros al exigir improcedentemente a la reclamante, para liberar una imposición a plazo fijo de la que era titular y que estaba pignorada como garantía de un aval, que entregara el aval original, a pesar de que este había ya caducado según los términos pactados en su momento (duración configurada claramente como plazo de caducidad)²².

3.2.5 EMBARGO DEL SALDO
DE DEPÓSITOS
EN ENTIDADES

Las entidades carecen de legitimación para efectuar adeudos en las cuentas de sus clientes sin autorización expresa de estos. De lo anterior se exceptúan los adeudos efectuados en virtud del correspondiente mandato legal o judicial que, con las pertinentes formalidades, así lo dispusiera, por cuanto las entidades actúan, en estos casos, como meros intermediarios, limitándose a cumplir las instrucciones emanadas de tales autoridades. Los supuestos de embargo se enmarcarían dentro de la excepción comentada en el párrafo anterior, debiendo en estos casos las entidades cumplimentar las diligencias de embargo ajustándose al procedimiento que la propia Ley establece.

Las cuestiones que se pueden plantear respecto de este extremo, dando lugar a reclamaciones de los titulares de los depósitos afectados por una orden de embargo, como las que han sido resueltas en los últimos ejercicios, hacen que se deba precisar lo siguiente:

- Sin perjuicio de que el procedimiento deberá ser comunicado al deudor, titular de la cuenta, por la autoridad administrativa o judicial que ha ordenado el embargo, es recomendable que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución.
- El embargo no lo es nunca de la cuenta o depósito, como tal soporte contable, sino de los saldos existentes en aquella, a la fecha del embargo (es importante determinar el momento exacto en que tiene entrada la orden de embargo) a favor del deudor, por lo que solo puede recaer sobre el saldo acreedor de la

²² Para mayor información, véase el apartado 5.º («Algunas consideraciones sobre avales y garantías»), subapartado 11.º («Puntos críticos»), p. 69, de la *Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2008*.

cuenta en la fecha de recepción de la orden de embargo, de tal forma que en ningún caso la entidad puede producir un descubierto en la cuenta por no existir saldo suficiente que embargar en el momento en que se practica el correspondiente adeudo tras el período inicial de retención. Si el saldo fuese inferior a la cantidad fijada, la entidad bancaria debe retener todo el saldo disponible, sin que se encuentre legitimada para ampliar la retención en el supuesto de que aquel se incrementase por el ingreso de cualquier otro depósito en un momento posterior, salvo que reciba una nueva orden de embargo, por lo que el embargo no puede llegar a causar un descubierto en la cuenta corriente cuyo saldo se ordene embargar.

Además, la operativa de la cuenta podrá seguir su funcionamiento habitual, pues aquella no se encuentra inmovilizada, pudiendo el ejecutado disponer del resto del saldo disponible, en su caso, y efectuar el resto de operaciones por los procedimientos correspondientes. La retención del saldo supone que la cantidad retenida aparece en la cuenta, pero el titular no puede disponer de ella. La cuenta está operativa y es posible realizar ingresos en ella, quedando esas cantidades libres de la retención. De este modo se podrán atender los cargos y domiciliaciones de gestión corriente y recibir cobros de clientes.

- Si en la cuenta afectada por el embargo se efectúa habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de tal forma que las cuantías que se correspondan con aquellos solo podrán embargarse en proporción a los límites que la ley establece y solo en la parte que exceda del salario mínimo interprofesional. La normativa tributaria señala que se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior. La carga de la prueba recae sobre el deudor, que debe acreditar que el saldo dispuesto en la cuenta bancaria proviene única y exclusivamente de sus percepciones salariales.
- El embargo ha de efectuarse exclusivamente sobre bienes del deudor, por lo que, en el caso de cuentas corrientes pluripersonales, abiertas a nombre del ejecutado y de otra u otras personas, con régimen de disposición indistinto, la principal dificultad radica en la determinación de la cantidad embargable. Si la orden de embargo tiene su origen en una obligación solidaria de los diferentes titulares de la cuenta, no hay inconveniente en que se embargue el saldo existente en la cuantía fijada en la orden de embargo. Ahora bien, si el embargo solo se dirige a uno de los titulares de la cuenta, la cuestión adquiere otros matices. Su resolución exige hacer referencia de nuevo a la separación entre la titularidad de la cuenta y la propiedad de las cantidades depositadas. Si bien la normativa de aplicación en el caso de los embargos por deudas tributarias o de la Administración, como se verá a continuación, establece en tales supuestos la presunción de que los saldos de las cuentas pertenecen por partes iguales a cada uno de los titulares (al margen del régimen de disposición pactado), cuando una entidad recibe un mandamiento de embargo judicial por una determinada cantidad o hasta un determinado límite, ha de atenderlo, aunque se trate de una cuenta con más titulares, pudiendo el cotitular no deudor presentar una tercería de dominio para oponerse al embargo de aquellos bienes que fueran exclusivamente suyos (véase a este respecto lo establecido en el siguiente apartado c, en relación con los embargos judiciales).

- Se hace preciso que las entidades aporten la orden de embargo, así como también comunicación a su cliente de la retención que de dicha orden se deriva, y acreditación de que el efectivo adeudo en cuenta se hizo respetando el plazo establecido al efecto, según el caso de que se trate, para que el interesado pudiera efectuar ante el organismo embargante las actuaciones que tuviera a bien realizar en defensa de sus intereses.
- La entidad de crédito está obligada a cumplir con las órdenes de embargo en sus justos términos, no estando legitimada ni para conocer más datos de las liquidaciones aparte del número de diligencia y el de las cuentas que ha de embargar, ni para impugnar aquellas. Además, la entidad no podrá discutir la procedencia o no de la deuda que se reclama a sus clientes (cuestión que tan solo puede ser discutida por el deudor principal).

Quando las entidades no actúen de conformidad con los criterios expuestos, este DCMR concluye con un pronunciamiento contrario a su proceder.

a. Embargos por deudas con las Administraciones

En materia tributaria, la regulación de los embargos de dinero depositados en cuentas abiertas en entidades de crédito se encuentra en los artículos 171 de la Ley General Tributaria y 79 del Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, resultando de especial importancia que es el organismo embargante el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, es recomendable que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución. La Administración debe notificar la diligencia de embargo no solo al obligado tributario, sino también a los terceros cotitulares.

En el sentido apuntado, en el expediente R-201418946 —que versó sobre una reclamación por la disconformidad con la no comunicación, por parte de la entidad al cotitular de una cuenta corriente, de sendos embargos, practicados por una administración local y por la Seguridad Social, sobre los fondos depositados en la cuenta con pluralidad de titulares, derivados exclusivamente de las deudas de otro cotitular, al que sí que le fueron notificados—, el DCMR estimó que, conforme a las exigencias que demandan las buenas prácticas financieras, la entidad debería haber comunicado al cotitular no deudor tal circunstancia para que pudiera, en su caso, proceder en defensa de su derecho, calificando el proceder de la entidad, a este respecto, como no ajustado a los criterios de buenos usos y prácticas financieras expuestos.

La presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta implicará la retención inmediata del importe embargado si existe en ese momento saldo suficiente, debiendo ser ingresado en el Tesoro, en el plazo de los 20 días naturales siguientes.

Habrà que estar en cada caso al tipo de deuda con la Administración de la que traiga su origen el embargo, pero en general para estos casos de deudas tributarias y administrativas de diversa índole la regulación aplicable es la contenida en las normas tributarias citadas, que establecen el procedimiento que se ha de seguir en caso de embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito.

b. Embargos por deudas con la Seguridad Social

En este caso, la normativa de aplicación se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social y en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que regulan el procedimiento que se debe seguir de forma muy similar a lo establecido en la normativa tributaria.

Así, conviene destacar la regulación establecida en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 36 y en el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; y, por otra parte, respecto al embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito, en el artículo 96 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

c. Embargos judiciales

En estos casos, actuando la entidad reclamada como mera intermediaria entre el ente embargante, el juzgado actuante y el sujeto embargado, debe dar cumplimiento al oficio que le sea remitido por dicho órgano judicial, procediendo a transferir a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de dicho juzgado el saldo acreedor que presente la cuenta o depósito embargados.

Una vez la entidad financiera haya recibido la orden judicial de embargo emitida por el juez competente, lo primero que debe hacer para cumplir eficazmente dicha orden es la retención y puesta a disposición del juzgado del saldo de la cuenta cuya titularidad ostenta el deudor, y más concretamente de las cantidades que sean objeto del embargo²³. Si el deudor nada hace para el levantamiento del embargo dentro de los términos previstos al efecto, la entidad financiera no tiene otra alternativa que acudir de inmediato a la consignación de la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial que se indique.

En consecuencia, este DCMR entiende que la entidad actúa en estos casos como mandataria del juzgado, cumpliendo con lo ordenado en el oficio, tal como imponen tanto el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda calificarse su actuación como contraria las buenas prácticas bancarias cuando se ha ajustado a lo indicado.

En el caso de cuentas corrientes con varios titulares, este DCMR estima que, conforme a las exigencias que demandan las buenas prácticas financieras, la entidad deberá comunicar al cotitular no deudor tal circunstancia para que pueda, en su caso, proceder en defensa de su derecho.

Además, cuando los reclamantes solicitan que se interprete el contenido del mandato judicial o su extensión, este DCMR señala en sus conclusiones que carece de competencias para ello, en el sentido de hacer prevalecer la interpretación de una de las partes sobre la realizada por la otra, siendo competente para su resolución el organismo ordenante de la notificación del embargo.

3.2.6 INCIDENCIAS DERIVADAS DEL FALLECIMIENTO DEL TITULAR DE UN DEPÓSITO

Como cuestión previa, conviene recordar que en España las normas de derecho sucesorio común contenidas en el Código Civil²⁴ coexisten con las de las Comunidades Autónomas, o territorios de estas, en alguna de las cuales rige el Derecho foral o especial, por lo que es esencial que las entidades recaben y examinen los documentos que acrediten tanto el derecho hereditario como el de adjudicación de bienes concretos de los interesados, en función de dicha especialidad, determinándose la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral por la vecindad civil²⁵.

²³ Y ello, fundamentalmente, por el mandato contenido en el artículo 591 de la LEC, en relación con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁴ Código Civil, libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», título III, «De las sucesiones», artículos 657 a 1087.

²⁵ Véase artículo 14 del Código Civil.

a. Tramitación
de testamentarías

En caso de fallecimiento del titular de una cuenta, las entidades deben asegurarse de que quienes acuden a ellas solicitando información o la puesta a disposición de los fondos, en calidad de herederos, ostentan efectivamente tal condición.

Acreditación de la condición
de heredero

Así, para justificar el derecho hereditario de quien solicita información sobre las posiciones que mantenía el causante, lo habitual es que las entidades requieran a los interesados el certificado de defunción de su cliente, el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, así como copia autorizada del último testamento o de la declaración de herederos abintestato.

Del mismo modo, en orden a la disposición de los fondos, los herederos han de acreditar ante las entidades el derecho a la adjudicación de los bienes concretos, para lo cual deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de la herencia, que podrá formalizarse tanto en documento notarial como en documento privado, siempre que, en este último caso, venga firmado por todos los herederos o sus representantes y se lleve a cabo el reconocimiento de firmas mediante la pertinente diligencia.

Deber de diligencia

Las entidades han de actuar con la máxima diligencia en el cumplimiento de estas formalidades, así como en la tramitación de las testamentarías, debiendo justificar en todo caso, y aunque no existe plazo predeterminado para su tramitación, que no existen demoras unilaterales e innecesarias en la entrega de los bienes o en su cambio de titularidad.

Comisión por tramitación
de expedientes de testamentaría

En relación con el cobro por parte de las entidades de una comisión por la tramitación del expediente de testamentaría, nos remitimos a lo ya indicado, con carácter general, en el apartado 4.2.3.c), relativo al cobro de comisiones.

Ahora bien, por lo que se refiere a la concreta comisión por tramitación de expediente de testamentaría, esta se justificaría según el servicio prestado por la entidad, consistente en el análisis de la documentación aportada por los interesados en la herencia; entre dicha documentación, cabe destacar la relativa a la partición y adjudicación de los bienes de la herencia, siendo que, en ocasiones, y tras efectuar la entidad dicho estudio, resulta necesario requerir a los herederos para que aporten un nuevo documento con la adjudicación concreta de los bienes de la herencia, por existir solo documento de partición y no de adjudicación, o recabar instrucciones adicionales de reparto, al haberse modificado los importes depositados en la entidad en el momento de efectuar el reparto, respecto a los que se reflejaron en el documento de partición y adjudicación.

En este sentido, el DCMR viene indicando que, dependiendo del criterio de cada entidad, dicho estudio debe o no serle retribuido mediante el pago de una comisión, para cuyo establecimiento y exigibilidad han de cumplimentarse los requisitos que la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela establece.

A ello cabe añadir que, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCMR ha señalado que la citada comisión no debe repercutirse antes de la finalización del expediente de testamentaría, por lo que no cabría su cobro en un momento inicial, ni tampoco intermedio, en el que aún no hubiera concluido este.

En la R-201425399, el DCMR consideró que la entidad reclamada había quebrantado las buenas prácticas bancarias, en la medida en que, según la factura que fue aportada al

expediente, había efectuado el cobro de la comisión por tramitación del expediente de testamentaría con anterioridad a su conclusión.

En cuanto a la procedencia, o no, del cobro por parte de las entidades de una comisión por la emisión de un certificado de posiciones del causante a la fecha del óbito, el DCMR ha declarado en numerosas ocasiones que la repercusión de una comisión por dicho concepto no se ajusta a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que este certificado es un documento que resulta necesario para el cumplimiento de una obligación legal para los herederos, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Por otra parte, y aun cuando el ámbito temporal de esta Memoria es el ejercicio 2014, adelantamos que durante el año 2015 se han presentado algunas reclamaciones en las que los reclamantes denunciaban que, al solicitar en las entidades la emisión del certificado de posiciones de su causante, habían de cumplimentar un impreso de solicitud en el que, además, se contenía el encargo de la tramitación del expediente de testamentaría, a pesar de no resultar de su interés dicho servicio y conllevar el cobro de una comisión, sin que los reclamantes pudieran discernir si la comisión obedecía: i) a la emisión del certificado de posiciones del causante; ii) a la tramitación del expediente de testamentaría, o iii) a ambas cosas, generando confusión en estos, máxime cuando el importe repercutido les parecía excesivo por la mera emisión de un certificado.

A este respecto, el DCMR ha señalado que la obtención del certificado de posiciones del causante por parte de los llamados a la herencia no debe condicionarse, en modo alguno, a que los interesados encarguen a la entidad, en ese mismo momento o en otro posterior, la tramitación del expediente de testamentaría.

Del mismo modo, el DCMR ha indicado que la comisión por la prestación del servicio de tramitación de la testamentaría no puede incluir o englobar, como así sucedía en los casos reclamados, la emisión del certificado de posiciones del causante.

Esto es así, por cuanto no puede obviarse que el objeto del certificado es, por un lado, informar a los llamados a la herencia de las posiciones del causante a efectos de que puedan determinar el caudal relicto, decidiendo estos, posteriormente, si aceptan o no la herencia, pudiendo darse el caso de que no se llegara a aceptar la herencia y, por tanto, no habría lugar a la tramitación de testamentaría alguna; y, por otro lado, como ya se ha indicado, en caso de aceptarse la herencia, posibilitar el cumplimiento de una obligación legal, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, por lo que no habría lugar a cobrar importe alguno. Finalmente, el DCMR llamó la atención de las entidades implicadas respecto a la falta de claridad de los impresos de solicitud, concluyendo que estas no habían ajustado su actuación a las buenas prácticas bancarias.

b. Información a herederos

La normativa de transparencia de operaciones y protección a la clientela reconoce expresamente el derecho del heredero a obtener información sobre las posiciones del causante a la fecha del fallecimiento y con posterioridad al óbito²⁶.

Por lo que respecta a la información relativa a los movimientos habidos en las cuentas con anterioridad al fallecimiento del causante, el DCMR considera que, desde la óptica de las

²⁶ Véanse el artículo 8, apartado 5, de la Orden EHA/2899/2011, que establece el deber de las entidades de crédito de facilitar información a los herederos, y la norma quinta, apartado 4, letra a), de la Circular del Banco de España 5/2012, que establece la obligación de facilitarla sin dilación injustificada.

buenas prácticas bancarias, cabe exigir a las entidades que, con las matizaciones que se indicarán a continuación, atiendan las peticiones de movimientos de las cuentas referidas a un período de tiempo previo al fallecimiento y no muy lejano a él, situando este período, de forma aproximada u orientativa, en el año anterior al óbito, para, de este modo, facilitar a los herederos, entre otras cosas, el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

A este respecto, el DCMR ha matizado lo siguiente:

- La obtención de información sobre los movimientos habidos en las cuentas del fallecido con anterioridad al óbito no puede dar lugar, en modo alguno, a admitir peticiones desproporcionadas, en las que lo que pretendan los herederos sea efectuar una auditoría de la relación existente entre la entidad de crédito y el causante a lo largo de un período amplio, exigiendo a la entidad que vuelva a rendir cuentas de las operaciones efectuadas.

En la R-201419521, el DCMR concluyó que la entidad había ajustado su actuación a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que la pretensión de la parte reclamante en relación con la información solicitada sobre los movimientos habidos en las cuentas de su causante podía resultar desproporcionada, al requerir de la entidad información sobre todos los movimientos habidos en las cuentas cinco años antes del fallecimiento de su titular, con justificación documental de todos los movimientos habidos, así como identificación de los ordenantes y beneficiarios de todas las operaciones realizadas en dicho período, sin que, por otra parte, la entidad hubiera mostrado objeción alguna a suministrar información sobre movimientos anteriores al fallecimiento en los términos indicados por este DCMR.

- Las solicitudes de información han de concretarse, sin que sea admisible que estas se refieran a períodos indeterminados.
- Tratándose de cuentas de titularidad plural, si existiera oposición expresa del/ de los cotitular/es supérstite/s de la cuenta a que se facilite información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento —la cual ha de ser no solo invocada, sino también acreditada—, y dado que ha de conjugarse el derecho de información del heredero con el deber de secreto de la entidad y la protección de datos de carácter personal consagrada en nuestra legislación, la negativa de las entidades a facilitar información a los herederos, sin que exista un previo pronunciamiento judicial, no podría considerarse arbitraria, sino que obedecería a la prudencia y cautela con la que deben actuar estas en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares sobrevivientes y terceros—.

c. Disposición de fondos.
Cuestiones generales

Para disponer de los fondos depositados en la cuenta, los herederos han de acreditar ante la entidad el derecho a la adjudicación de los bienes concretos, para lo cual habrán de aportar la documentación justificativa de la aceptación, partición y adjudicación de bienes concretos.

No obstante lo anterior, es criterio reiterado del DCMR el considerar que no constituye una mala práctica bancaria que las entidades, antes de la adjudicación de la herencia, admitan disposiciones singulares, siempre y cuando no exista orden expresa en contrario dada por el conjunto de coherederos, y se trate de operaciones ordenadas en vida del titular que

impliquen el mantenimiento del caudal hereditario, tales como domiciliaciones de recibos de compañías de suministro eléctrico, telefonía, impuestos, seguros, etc., cuya devolución podría suponer recargos e inconvenientes a todas luces innecesarios, o se refieran a gastos de sepelio o funeral.

En la R-201414969, la reclamante denunció que, estando la herencia indivisa, la entidad había efectuado, sin su consentimiento, el pago del impuesto sobre incremento del valor de bienes inmuebles correspondiente a dos herederos, con objeto de llevar a cabo el cambio de titularidad de los bienes objeto de su herencia, denunciando no solo que la entidad no requiriera su autorización expresa para dicho adeudo en cuenta de la fallecida, sino que, una vez tuvo conocimiento de dichos cargos y solicitó el pago del impuesto sobre el incremento del valor de bienes inmuebles que le correspondía afrontar a ella, la entidad se negó a su pretensión.

En este caso, El DCMR concluyó que la entidad reclamada había quebrantado las buenas prácticas bancarias, por cuanto las disposiciones efectuadas con cargo a la cuenta de la finada no se correspondían con operaciones ordenadas en vida de la titular que implicaran el mantenimiento del caudal hereditario, ni obedecían a gastos de sepelio o funeral, ni contaban con la autorización expresa del conjunto de los herederos, a lo que habría que añadir que la entidad no ofreció explicación alguna respecto a los motivos por los que, una vez la reclamante mostró su discrepancia con los cargos, no atendió la solicitud de la reclamante, al igual que había hecho anteriormente con el resto de los herederos. Igualmente, con anterioridad a la disposición, las entidades se hallan facultadas para exigir a los herederos la justificación del pago del impuesto sobre sucesiones y donaciones, o su exención, para salvar de este modo la responsabilidad subsidiaria que por el pago del impuesto corresponde a los intermediarios financieros en las transmisiones *mortis causa*²⁷.

Ahora bien, el DCMR ha indicado que ello no puede llevarnos a la conclusión de que las entidades se encuentran habilitadas para bloquear el saldo de la cuenta hasta tanto no se efectúe el pago del impuesto o se justifique su exención. Cuestión distinta, sobre la que nada cabría objetar, es que las entidades retuvieran la suma necesaria para evitar el supuesto de responsabilidad subsidiaria establecido a su cargo por la normativa fiscal, tomando como base —a efectos fiscales y a falta de acreditación que permita establecer el saldo cuya propiedad deba atribuirse al causante— lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

d. Disposición de fondos.
Cuentas con un único titular

El servicio de caja derivado del contrato de cuenta corriente es asimilable al mandato, y de ello se deriva que, ante el fallecimiento del cuentacorrentista, dado que el mandato se extingue por la muerte del mandante (único titular de la cuenta), la entidad, para la realización de nuevas operaciones con cargo a la cuenta, debería requerir a aquellos a los que ahora pertenecen los fondos —sus herederos—, a fin de que las autorizaran expresamente, salvo que, estando la herencia indivisa, se tratara de disposiciones singulares con las características y requisitos indicados en el apartado anterior.

Por otro lado, en caso de existir autorizados en la cuenta, hay que señalar que, tras el fallecimiento del titular, es criterio del DCMR que las entidades, tan pronto como sean

27 Véanse el artículo 8 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que regula el impuesto sobre sucesiones y donaciones, y el artículo 19, letra a), del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

conocedoras del fallecimiento del titular de la cuenta, en orden a la protección de los intereses de los herederos, deberán impedir que el autorizado efectúe cualquier tipo de disposición con cargo a ella, en la medida en que, al haber sido nombrado por el titular fallecido, el mandato se acaba, entre otras causas, por la muerte del mandante²⁸. Dicha actuación le es exigible a la entidad desde que tiene conocimiento del fallecimiento. Idéntica conclusión cabe predicar respecto a los apoderados del fallecido.

En la R-201406180, el DCMR estimó que la entidad reclamada quebrantó las buenas prácticas bancarias, en la medida en que, teniendo conocimiento del fallecimiento del único titular de la cuenta, como lo acredita la fecha en la que emitió el certificado de posiciones del causante, no adoptó medida alguna tendente a evitar disposiciones con cargo a la cuenta, lo que permitió que se efectuaran disposiciones con la tarjeta de titularidad del fallecido, con posterioridad a conocer el óbito.

e. Disposición de fondos.
Cuentas con varios titulares

Régimen de disposición indistinto
o solidario

En el caso de una cuenta indistinta o solidaria, es criterio reiterado del DCMR, que encuentra su sustento en numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, el considerar que cualquiera de los titulares de la cuenta puede disponer de ella como si fuese el único titular, estando obligada la entidad, en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares indistintos, a atender cualquier orden de disposición firmada por el/los otro/s cotitular/es indistinto/s sobreviviente/s, sin que esta pueda exigir el consentimiento, y ni tan siquiera el conocimiento, de los herederos del causante, pues esa solidaridad activa, basada en la recíproca confianza de quienes constituyeron la cuenta, no desaparece con la muerte de uno de los titulares²⁹.

Cuestión distinta sería la responsabilidad que los herederos del titular fallecido podrían exigir, en su caso, al titular que ha dispuesto de los fondos existentes si estos fueran de propiedad del fallecido, total o parcialmente. El análisis y la valoración de estos extremos se enmarcan dentro de las relaciones jurídico-privadas, y por tanto no serían responsabilidad de la entidad de crédito, ni entrarían dentro de la competencia del DCMR.

Del mismo modo, las entidades no estarían habilitadas para presuponer, salvo suficiente acreditación en contrario, que los herederos tienen derecho a disponer únicamente de la parte alícuota de los fondos depositados, en función del número de titulares preexistentes, por cuanto se debe separar la cuestión de la mera disponibilidad de los fondos, del aspecto relativo a la verdadera propiedad de estos, de forma que, si de resultas de algún acto de disposición surgen discrepancias entre las partes, dicha cuestión deberá resolverse a través de las acciones que correspondan a unos y a otros en orden a fijar la propiedad de los fondos.

Obviamente, dicha argumentación se sostiene siempre y cuando en el contrato de cuenta suscrito por las partes no existiera previsión expresa para el supuesto de fallecimiento de un titular de la cuenta, en relación con la disposición de los fondos y su propiedad.

Finalmente, cabe indicar que, en caso de existir autorizado/s en la cuenta de titularidad plural, salvo que se pueda acreditar que el autorizado lo era tan solo del titular fallecido, el fallecimiento de uno de los cotitulares en una cuenta indistinta no extingue la autorización —el mandato—, si no consta que los restantes titulares han revocado de forma expresa aquella ante la circunstancia sobrevenida del fallecimiento.

28 Véase el artículo 1732 del Código Civil.

29 Véase la *Memoria de Reclamaciones, 2013*, pp. 261 y 262.

Régimen de disposición conjunto o mancomunado

En el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares de la cuenta, para efectuar actos de disposición con cargo a aquella será preciso que las órdenes de disposición vayan firmadas por todos los titulares, supliéndose la voluntad del titular fallecido por la de todos sus herederos. De no ser así, con carácter general, el DCMR considera que la entidad no debería atender las solicitudes de disposición que le sean formuladas.

f. Cancelación de la cuenta

Tras el fallecimiento del titular de una cuenta a la vista, la resolución del contrato puede efectuarse tanto por la entidad como por los titulares del contrato y/o sus herederos.

En el supuesto de que la resolución del contrato se llevase a cabo a instancias de la entidad, esta deberá comunicar su intención de llevar a cabo la cancelación de la cuenta a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad única—, o al titular supérstite y a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad plural—, siempre y cuando la posibilidad de resolver el contrato estuviera contemplada en aquel. Dicha comunicación se realizará con una antelación mínima de dos meses, según se infiere de lo establecido en la normativa vigente.

En caso de que la resolución del contrato se efectuara a instancias de los herederos del titular fallecido —cuenta de titularidad única—, la entidad debe requerir el consentimiento de todos los herederos para proceder a la cancelación de la cuenta. Ahora bien, si se trata de una cuenta de titularidad plural, para resolver el contrato la entidad debe recabar tanto el consentimiento del/de los titular/es sobreviviente/s como el de todos los herederos del titular fallecido.

Esto es así, claro está, salvo que se hubiera pactado expresamente otra cosa en el contrato de cuenta para el caso de fallecimiento del titular.

g. Bloqueo de la cuenta

Por lo que respecta al bloqueo de la cuenta a raíz del fallecimiento de un titular, el DCMR ha señalado que, en caso de que existieran discrepancias internas entre el/los titular/es sobreviviente/s y los herederos del titular fallecido en las que se cuestione la propiedad de los fondos depositados en la cuenta en orden a disponer de ellos, o se traduzcan en instrucciones contradictorias dadas a la entidad, esta debe adoptar una postura neutral en el conflicto, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

En este sentido, el DCMR ha señalado que, salvo que existiera previsión contractual al respecto, una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias exigiría que, desde el momento en el que la entidad de crédito recibiera comunicación de uno de los titulares o de los herederos del titular fallecido —que debe ser acreditada— solicitando el bloqueo de la cuenta indistinta, por existir discrepancias en relación con la propiedad de los fondos depositados en ella, u órdenes contradictorias, no cumplimentara operaciones con cargo a la cuenta, salvo que aquellas vinieran ordenadas por los titulares sobrevivientes y los herederos del titular fallecido, de manera conjunta.

Asimismo, el DCMR ha señalado que, tratándose de una medida restrictiva de los derechos de los clientes, que se justifica para proteger los intereses de todas las partes en conflicto, dicha medida deberá ser adoptada por las entidades con la cautela debida, informando con carácter previo a todos los titulares y herederos del fallecido de la situación producida y de la medida que va a aplicar, hasta tanto los interesados lleguen a un acuerdo, pudiendo las entidades proceder a la consignación del saldo si, en un plazo prudente,

cial, dicho acuerdo no resultara posible y hasta tanto el conflicto sea resuelto, en su caso, por la autoridad judicial.

De lo anteriormente expuesto se deriva que el mero hecho del fallecimiento de un cotitular indistinto de la cuenta no puede conllevar el bloqueo automático de la cuenta, puesto que, de ser así, se impediría, en todos los casos y sin causa suficiente, el derecho del cotitular indistinto sobreviviente a disponer de los fondos de la cuenta indistinta, siendo que, como se ha indicado anteriormente, la solidaridad activa de la cuenta no se extingue con la muerte de uno de los titulares.

h. Depósitos a plazo

Teniendo en cuenta que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, y que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de aquellos, cabe inferir que los herederos del titular de un depósito a plazo asumen todos los derechos y obligaciones contraídos por el causante y, por lo que ahora interesa, los términos y condiciones pactadas en el contrato de depósito a plazo, sin que el hecho del fallecimiento del titular del depósito a plazo implique, en modo alguno, el vencimiento anticipado del depósito y subsiguiente cancelación, salvo, claro está, que el contrato de depósito a plazo contemplara expresamente otra cosa para el supuesto de fallecimiento del titular.

i. Legatarios

Con carácter general, para que la entidad permita la disposición de los saldos al legatario debe exigir a este la constancia de las instrucciones específicas al respecto de los herederos, o del albacea, en su caso.

En caso de que el legatario estimara que su pretensión no ha sido atendida por el heredero o albacea en los términos de la disposición testamentaria, podrá plantear la controversia, si así lo estimara oportuno, ante los tribunales de justicia, únicos que pueden poner fin a aquella, al tratarse de una cuestión jurídico-privada.

3.3 Servicios de pago

3.3.1 INTRODUCCIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE

Los servicios de pago que se presten en territorio español, cualesquiera que sean el origen o el destino final de las operaciones y la moneda en la que se efectúe el pago, se encuentran regulados en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE de 14 de noviembre), que entró en vigor el 4 de diciembre de 2009. Por su parte, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE de 18 de junio), que entró en vigor el 8 de julio de 2010, regula los requisitos de transparencia exigibles en la prestación de servicios de pago relativos a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos marco.

El objetivo general de la Ley de Servicios de Pago es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE se efectúen con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos, así como facilitar la operativa de los instrumentos de pago de la Zona Única de Pagos en Euros (SEPA³⁰, por el acrónimo en inglés de *Single Euro Payments Area*), siendo esta el área en la que ciudadanos, empresas y otros agentes económicos pueden efectuar y recibir pagos en euros en Europa, dentro y fuera de las fronteras nacionales, en las mismas condiciones y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en el que se encuentren.

30 La zona SEPA está integrada por los miembros del Espacio Económico Europeo (los 28 Estados de la Unión Europea más Liechtenstein, Islandia y Noruega), San Marino, Suiza y Mónaco.
Para más información, puede consultarse el siguiente enlace: <http://www.sepaesp.es>.

Así, en las operaciones de pago reguladas por la ley:

- No hay distinción de tratamiento entre pagos nacionales y transfronterizos en el espacio de la UE.
- Se tramitan, como regla general, de acuerdo con el identificador único³¹ del destinatario que se facilite, no estando obligadas las entidades a comprobar otros datos, como el nombre del beneficiario. Así, el cliente ordenante de una operación de pago debe verificar que el identificador único que facilite a su proveedor de servicios de pago sea correcto.
- Los gastos serán compartidos, como regla general, lo que significa que el ordenante abona a su entidad los gastos que aplique a la operación de pago y el beneficiario abona a la suya los que esta le repercute.
- La fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario coincidirá con la fecha en la que la entidad de crédito de este reciba los fondos de la entidad de crédito del ordenante.

3.3.2 ASPECTOS COMUNES

a. Condiciones contractuales

Sin perjuicio del contenido de los contratos exigido en la normativa de transparencia de servicios de pago, el DCMR, en aplicación de las normas generales sobre contratos, viene manteniendo los siguientes criterios sobre la cuestión:

Transparencia, integridad

Las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en los contratos sea clara y transparente, legible y comprensible para sus clientes, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación.

Oscuridad de las cláusulas

En caso de existir discrepancias entre las partes respecto del alcance de los acuerdos alcanzados, las entidades deberían tratar de llegar a un acuerdo con sus clientes que resultara favorable para ambas partes y permitiera llevar a buen término la relación contractual, ya que, al margen de que la interpretación definitiva de los contratos, así como la determinación de las consecuencias que de aquella pudieran derivarse, correspondería realizarla, en exclusiva, a los tribunales de justicia, el DCMR considera que no resulta acorde con las buenas prácticas bancarias el que las entidades realicen una interpretación unilateral del contrato, la más favorable a sus intereses y, por tanto, en detrimento de los de sus clientes.

b. Información y documentación contractual

Con carácter general, las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, han de facilitar a estos una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

³¹ El identificador único se define como una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios y que este último debe proporcionar, a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago, a su cuenta de pago en una operación de pago o a ambos. Para las transferencias y adeudos domiciliados, la identificación es el CCC (Código Cuenta Cliente) o el 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.

En este sentido, ha sido opinión reiterada del DCMR que la transparencia y la claridad deben ser los principios básicos que regulen la relación de las entidades con sus clientes, de modo que estos puedan conocer, en todo momento, la situación de sus posiciones, la razón de los registros anotados en sus cuentas, así como los motivos de su actuación hacia ellos (autorizaciones, denegaciones, modificaciones, etc.).

Así, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), estos tienen derecho a seleccionar la entidad con la que se unirán financieramente durante un plazo de tiempo. Pero, para ello, es esencial poder comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproco. Por este motivo, es esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos, facilitando, de este modo, la comparación de las ofertas de las distintas entidades, estimulando la competencia.

Además, de acuerdo con los criterios mantenidos por el DCMR, las entidades deben atender las solicitudes concretas de información que les sean formuladas por sus clientes (incluso aunque hubieran dejado de ser clientes de la entidad), con objeto de que aquellos aclaren los extremos que estimen oportuno, posibilitándoles su comprobación y verificación, si bien, en estos casos, y dado que ha de suponerse que la entidad ha cumplido con sus obligaciones informativas y con la periodicidad establecida, esta podría repercutir a su cliente el coste que por la prestación de dicho servicio adicional tuviera establecido, informándole previamente del coste que el suministro de dicha información le va a comportar.

Efectivamente, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, no puede considerarse suficiente que, ante la solicitud de información de su cliente, por ejemplo, acerca de la deuda generada con una tarjeta, la entidad se limite a la mera indicación de la ausencia de errores en la aplicación de comisiones y tipos de interés, o a la remisión del extracto general ya enviado, sino que cabe exigirle que facilite a su cliente un detalle completo de la liquidación, de forma tal que este pueda verificar los saldos, fechas de valor de los apuntes y demás parámetros que le permitan llevar a cabo las comprobaciones que estime pertinentes a efectos de verificar la bondad de los importes consignados en las liquidaciones.

Operaciones de pago singulares

En las operaciones de pago singulares —aquellas no cubiertas por un contrato marco— se debe facilitar información: i) con carácter previo a la ejecución de la operación —artículo 7 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago—; ii) en el momento de la ejecución —artículo 8 de la orden—, y iii) con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —artículo 9 de la orden—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —artículo 10 de la orden—.

Operaciones amparadas en un contrato marco

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco, el proveedor de servicios de pago deberá facilitar: i) información general al usuario con carácter previo a la celebración del contrato marco; ii) información con carácter previo a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco, y, finalmente, iii) información tras la ejecución de la operación sujeta al contrato marco al ordenante y al beneficiario —artículos 11 a 16 de la orden—.

Entrega del documento contractual

La entrega al cliente del contrato que suscribe con la entidad, además de resultar exigible por la necesaria claridad, transparencia y justo equilibrio que debe presidir la relación

entre las partes, es una obligación legal impuesta a la entidad por la normativa de transparencia vigente, según se indica en el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, y en la norma octava de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Por otra parte, la entidad está obligada a conservar copia firmada por el cliente del contrato, excepto en el caso de depósitos instrumentados en libretas de ahorro cuando estas constituyan el documento contractual.

Conservación de documentos

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Pasivo; en concreto, el apartado 3.2.3 («Depósitos a la vista»), punto b («Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia»), en relación con la obligación de entrega del documento contractual y de conservación de documentos.

c. Modificación de las condiciones del contrato marco

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, la modificación de las condiciones del contrato marco ha de ser propuesta por el proveedor de servicios de pago de forma individualizada y en papel o soporte duradero, en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación.

La modificación será de aplicación inmediata cuando esta resulte inequívocamente más favorable para el usuario, así como cuando se trate de modificaciones de tipos de interés o de cambio, que podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre y cuando así se hubiera pactado en el contrato marco y las variaciones se basen en tipos de interés o de cambio de referencia acordados.

d. Resolución del contrato marco

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, establece que las entidades únicamente podrán resolver el contrato marco si este fuera de duración indefinida y así lo hubiera acordado con el usuario del servicio de pago, preavisándole con una antelación mínima de dos meses.

Si la resolución del contrato marco se llevara a cabo a instancias del usuario del servicio de pago, este podrá resolverlo en cualquier momento, salvo que las partes hubieran convenido un plazo de preaviso, que no podrá exceder de un mes. El contrato marco ha de recoger información relativa al derecho del usuario a rescindir el contrato y cualesquiera acuerdos relativos a la rescisión.

De cobrarse periódicamente gastos por los servicios de pago, el usuario, al rescindir el contrato, solo abonará la parte proporcional devengada, y, si se hubieran pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

e. Comisiones y gastos

Véase a este respecto lo dispuesto en el epígrafe de Pasivo; en concreto, el apartado 3.2.2 («Aspectos comunes»), punto b («Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España»), que recoge la regulación general sobre comisiones y gastos repercutibles aplicables por las entidades de crédito en sus operaciones bancarias.

Por otra parte, resulta de aplicación la normativa específica de servicios de pago: Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre

transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regulan la información que se ha de suministrar a los usuarios de servicios de pago; incluyendo la relativa a las condiciones de la operación y a los gastos aplicables.

Así, con carácter general, la garantía para el usuario conforme a la normativa en vigor es doble, pues contará con información previa y posterior a la operación —incluyendo la relativa a los gastos que deberá abonar al proveedor de servicios de pago, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes—, que le será suministrada de manera individualizada, además de con la genérica que habrá de estar disponible en todos y cada uno de los establecimientos desde los que puede iniciarse la operación de pago.

3.3.3 TARJETAS

a. Gastos y comisiones

Con carácter previo a desarrollar cuestiones específicas del apartado relativo a tarjetas, y por lo que se refiere a comisiones y gastos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 3.3.2 («Aspectos comunes»), punto e («Comisiones y gastos»).

Emisión, renovación y mantenimiento

Entre los servicios retribuíbles relacionados con las tarjetas que emiten las entidades, los más habituales hacen referencia a su emisión, renovación y mantenimiento, quedando condicionado el cobro de la respectiva comisión a que esta venga recogida expresamente en el propio contrato.

Por otra parte, si el titular renunciase a mantener su tarjeta, al rescindir el contrato el usuario solo abonará la parte proporcional devengada y, en caso de que hubiera pagado el gasto por anticipado, se le reembolsará la parte proporcional.

Las entidades deben estar en condiciones de acreditar ante el DCMR el haber adaptado los contratos de tarjeta de crédito o de débito a los preceptos de la Ley de Servicios de Pago dentro del plazo conferido al efecto —es decir, con anterioridad al 5 de junio de 2011—, así como el haber informado a su cliente de los gastos y comisiones que se derivarían por la emisión, renovación y mantenimiento de las tarjetas, o de su posterior modificación; de lo contrario, el DCMR estima que su proceder resulta contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros.

Reclamación de posiciones deudoras

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 preceptivo para su procedencia que aquella esté recogida en el documento contractual correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior, y para el cobro de dicha comisión, es criterio reiterado de este DCMR que, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros, cabe exigir a las entidades que actúen conforme a los siguientes principios:

- En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio de este DCMR, no queda justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador.
- En segundo lugar, la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de un descubierto, este se prolonga en sucesivas liquidaciones de la cuenta.

- Finalmente, dada su naturaleza, se exige que la cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

Además, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica bancaria (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

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 de la tarjeta, en el que este límite opera como un límite de garantía, sino también en los de utilización de aquella por su legítimo titular.

No obstante, no podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, puntualmente, efectuar operaciones por encima del límite, ya que es una decisión que se enmarca dentro de su política de riesgos (sobre la que el DCMR no puede opinar), en cuyo caso la comisión por exceso sobre el límite viene a retribuir la facilidad crediticia que conceden las entidades al permitir a sus clientes que superen el límite de crédito que les fue concedido.

Cuestión distinta sería, en opinión del DCMR, que la entidad llevara a cabo, a partir de un determinado momento, la modificación del límite de utilización de la tarjeta que pactaron ambas partes. Efectivamente, en estos supuestos, estaríamos ante una modificación de las condiciones contractuales, la cual debería efectuarse en los términos y con los requisitos que exige la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, anteriormente señalados.

Una vez aclarado lo anterior, y respecto a la comisión por exceso sobre el límite, el DCMR ha venido señalando que, para que pueda adeudarse aquella, además de venir recogida en el contrato, debe haber sido concedida una facilidad crediticia por parte de la entidad (consistente en permitir que se supere el límite de crédito inicialmente concedido) como consecuencia de disposiciones efectuadas con la tarjeta. Por lo tanto, esta comisión:

- No puede adeudarse si en el período de que se trate el cliente no ha efectuado disposiciones con tarjeta que excedan el límite de crédito.
- No puede reiterarse como consecuencia de un mismo excedido, aun en el caso de que este se prolongue en sucesivas liquidaciones de la cuenta. Por lo tanto, tampoco podrá cobrarse en aquellos casos en los que, pese a haber consumo, la cantidad reembolsada en el período de liquidación correspondiente es superior al gasto efectuado en él. Esta actuación, lejos de considerarse una nueva disposición o facilidad crediticia otorgada, ha de ser entendida como una disminución del exceso inicialmente utilizado o una mera acumulación de la deuda pendiente de pago.
- No puede adeudarse una vez cancelada la tarjeta, dado que ya no existe límite alguno concedido desde el momento en el que se lleva a cabo la cancelación.

b. Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

La Ley de Servicios de Pago, recogiendo el criterio mantenido por el Servicio de Reclamaciones, antecesor de este DCMR, impone al proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago la obligación de «abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago» (artículo 28, letra b).

Envío por medios que no aseguran su recepción

Igualmente, el DCMR venía considerando constitutivo de una mala práctica bancaria la remisión por correo ordinario de documentos de trascendencia económica, como lo son las tarjetas y su número secreto, ya que este sistema no garantiza ni permite acreditar la recepción del documento por parte del destinatario, ni que la propia entrega se ha efectuado.

Sobre el particular, la Ley de Servicios de Pago ha dispuesto (artículo 28, letra a) que la entidad emisora de la tarjeta ha de cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario facultado para utilizar dicho instrumento, al tiempo que señala que será la entidad la que soporte los riesgos que puedan derivarse del envío del instrumento de pago y de sus elementos de seguridad personalizados. Dicho esto, y teniendo en cuenta que el momento de la recepción de la tarjeta es básico para conocer desde cuándo el titular tiene a su cargo el deber de su custodia, así como el de denuncia, en caso de verse desposeído de aquella, es criterio de este DCMR que las entidades deben adoptar las medidas oportunas para obtener certeza de que la tarjeta se ha entregado 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 —de acuerdo con la confianza depositada en su cliente—, suelen dar a esta relación un plazo de duración indefinido, lo que implícitamente supone que ambas partes tienen la posibilidad de rescindirla unilateralmente (artículo 85.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

La propia Ley de Servicios de Pago reconoce en su artículo 21, al regular la resolución del contrato marco, la posibilidad tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago de resolver el contrato marco en cualquier momento, salvo que las partes hayan convenido un preaviso. Dicho esto, en aquellos casos en los que es la entidad la que decide cancelar la tarjeta, este DCMR ha venido considerando que, de conformidad con las buenas prácticas y usos bancarios, y para evitar que esta medida suponga el desamparo de su cliente, cabe exigir a la entidad que:

- Funde su decisión en causas objetivas (como manifestó el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 1994).
- Comunique previamente su decisión al titular de la tarjeta, con el fin de evitarle perjuicios adicionales a los que en sí, de forma intrínseca, lleva aparejada la extinción de un medio de pago.

En relación con el bloqueo del instrumento de pago (en este caso, la tarjeta), la Ley de Servicios de Pago señala en el artículo 26 que la entidad podrá reservarse el derecho a bloquear la utilización de la tarjeta, siempre que así se hubiera acordado en el contrato marco, por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta de aquel o, en caso de que estuviera asociada a una línea de crédito, si su uso pudiera suponer un au-

mento significativo del riesgo de que el ordenante pueda ser incapaz de cumplir con su obligación de pago. Asimismo, la ley establece que en estos supuestos, y de ser posible, la entidad deberá comunicar con carácter previo a su cliente el bloqueo; y, si no resultara posible, inmediatamente después de aquel³².

Por otra parte, este DCMR considera una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias que las entidades, al tiempo que bloquean una tarjeta por motivos de seguridad, alerten simultáneamente a sus titulares de las transacciones sospechosas que hubieran identificado y les informen sobre la forma de proceder para poner de manifiesto el fraude y, a partir de ahí, poder iniciar el procedimiento de reclamación de las cantidades dispuestas y la realización de las gestiones pertinentes para obtener los justificantes de las operaciones expedidas por los establecimientos, con el fin de comprobar que dichas disposiciones reunían los requisitos imprescindibles para ser aceptados, poniéndolos, una vez obtenidos, a disposición de su cliente.

El desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución por uno nuevo procederá en caso de que hayan dejado de existir los motivos que llevaron a su bloqueo. Se llevará a cabo por el propio proveedor de servicios de pago, sin perjuicio del derecho del usuario a solicitarlo. En todo caso, se realizará sin coste para el usuario de servicios de pago.

c. Tarjetas de pago aplazado

Con carácter general, cabe señalar que las partes deben asumir el tipo de interés pactado en el contrato. En este sentido, el DCMR recuerda con frecuencia a las entidades que, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias que les obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan.

En las tarjetas, existen distintas posibilidades de formas de pago. Así, en las tarjetas de débito el pago se verifica deduciendo el importe mediante cargo en la cuenta vinculada en el momento de la utilización de aquella. En las tarjetas de crédito, es frecuente hablar de dos modalidades: las tarjetas de pago o de débito diferido (en las que el saldo derivado de la utilización de la tarjeta se carga —normalmente, a fin de mes— en la cuenta vinculada, sin que se perciban intereses del titular de la tarjeta por este aplazamiento de pago), y las de crédito con pago aplazado (que suelen devengar intereses día a día, liquidables mensualmente, a favor del banco, al tipo nominal mensual que figure en las condiciones particulares del contrato). En todo caso, es necesario que el cliente sea perfectamente advertido de las condiciones económicas de la utilización de la tarjeta, en especial en las de pago aplazado, para evitar situaciones de consumo irresponsable y sobreendeudamiento.

Tarjetas *revolving*. Lenta amortización de la deuda

Las tarjetas *revolving* son aquellas en las que su titular puede disponer hasta el límite o máximo de crédito concedido a cambio del pago de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden ser un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija. Así, estas tarjetas posibilitan el reintegro aplazado de las cantidades dispuestas mediante el pago de cuotas periódicas, que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad, con la característica de que con cada plazo pagado se reconstituyen los fondos disponibles por ese importe.

³² Véase la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, artículo 27, número 3.

Además, en este tipo de tarjetas los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente son financiados junto con el resto de las operaciones. Esto implica que, ante tasas elevadas de interés de la cuota de la tarjeta cuando se pagan cuotas mensuales bajas en términos relativos respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realice en un plazo muy largo, lo que implica el pago total de una cifra elevada de intereses, pues debe tenerse presente que estos se calculan sobre el principal medio pendiente de pago para cada período de liquidación.

La elevación de la cuota mensual haría que se acortara el período de amortización de la deuda, con la consecuente reducción del importe absoluto de intereses que se han de pagar durante la vida de la operación, para un mismo saldo pendiente en un momento determinado. Adicionalmente, si en algún momento la cuota periódica no alcanzara a cubrir la totalidad de intereses devengados en un período mensual, por la parte de los intereses que excediera dicha cuota, se incrementaría la deuda pendiente, es decir, se produciría una amortización negativa, devengándose intereses por la totalidad de la deuda; del mismo modo, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente, hecho que se ve agravado por el cargo de comisiones por reclamación de cuota impagada. Ello con independencia del carácter *revolving* de la tarjeta.

Consecuencia de esta operativa es que no sea posible emitir un cuadro de amortización previo (como sí ocurre cuando se contrata un préstamo, en el que el importe de las cuotas está previamente determinado), dada la variabilidad de las cuotas mes a mes, según el capital pendiente y las disposiciones efectuadas.

En este sentido, la normativa de transparencia tampoco exige, lógicamente, que esta información figure entre la que periódicamente se debe facilitar al titular de la tarjeta, sino tan solo un detalle de las transacciones realizadas —con datos de referencia, fechas de cargo y valoración, tipos aplicados, comisiones y gastos repercutidos...— y el reflejo de la deuda pendiente. No obstante, los extractos que se envían por este motivo, bien por cómo reflejan estos datos, bien por la propia complejidad de la forma de liquidación, no suelen resultar sencillos y comprensibles para comprobar la relación existente entre las cantidades dispuestas con la tarjeta, los reintegros a los que ya se ha hecho frente y el importe de la deuda pendiente en cada momento.

Por este motivo, y de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, este DCMR estima que las entidades, cuando el titular de la tarjeta:

- solicite aclaración sobre las cantidades abonadas y el saldo deudor pendiente con este instrumento de pago, deben extremar la diligencia para tratar de facilitar un detalle lo más completo posible de la deuda exigible, donde se puedan verificar la bondad del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos;
- pida conocer cuándo terminará de pagar su deuda, deben facilitar algún medio —y, en todo caso, a través de la atención telefónica personalizada— a través del cual cada cliente, en un momento determinado, pueda conocer el tiempo estimado que le queda para amortizar una operación, si bien con la

clara advertencia de que la estimación que se realizara en ese momento sería para el saldo concreto a una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha. Así, este DCMR considera que es posible, y además exigible conforme a las buenas prácticas bancarias, la confección de un cuadro de amortización —en el que se debería advertir al interesado de que sería válido solo si se mantiene el pago mensual por la cuantía pactada y no se llevan a cabo nuevas disposiciones del crédito— que permita al interesado conocer el número de pagos necesarios para cancelar el crédito;

- solicite saber el importe de la deuda pendiente, con la pretensión de cancelarla, deben informar a este teniendo en cuenta los posibles recibos o cuotas devengadas pendientes de liquidación, pues lo contrario podría provocar en el titular del plástico una expectativa de buen fin de las operaciones al adeudar el importe certificado, que, al no incluir toda la deuda pendiente de pago, no sería suficiente para saldar la deuda.

Un problema adicional a este tipo de tarjetas surge cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o incluso ni siquiera para mantener el crédito dispuesto dentro del límite inicialmente autorizado. Esto último suele dar lugar a ampliaciones automáticas del límite por disposiciones previsto en el propio contrato. En esos casos, el DCMR considera que las entidades, ante las dudas que este tipo de operaciones pueden generar entre su clientela, deben informar específicamente de dicha ampliación, de la nueva cuota que se debe pagar y de la deuda acumulada hasta el momento, desde el mismo momento en que se produce la modificación de dicho límite, a fin de que el cliente pueda realizar una correcta valoración de su grado de endeudamiento, no considerándose suficiente una mera mención al respecto en el extracto mensual de la tarjeta.

Transferencias de efectivo con cargo a la línea de crédito

Se trata de un servicio adicional previsto en el contrato, por el que se concede a los titulares de tarjeta, usualmente vía telefónica, una facilidad crediticia retribuida en las mismas condiciones pactadas de tipo de interés que para las disposiciones con cargo a la tarjeta.

Los criterios de buenas prácticas bancarias aplicables a este tipo de operaciones exigen que las entidades puedan acreditar el pleno conocimiento por parte de su cliente de las condiciones de contratación, bien en la solicitud, o bien en la autorización para la utilización de este servicio.

Así las cosas, este DCMR considera una mala práctica bancaria que, cuando se informe de las condiciones aplicables, se haga tal énfasis en el coste de la propia transferencia —normalmente, gratuita— que los titulares de las tarjetas puedan confundir este coste con el del propio crédito.

Lo exigible a las entidades en estos casos es que, de una forma clara y precisa, indiquen que la gratuidad afecta exclusivamente a la transferencia, pero no al importe transferido, que habría de ser retribuido con arreglo a las condiciones estipuladas para la línea de crédito concedida a su tarjeta y a cuyo cargo se efectuaría la transferencia; de forma tal, que no se planteen dudas de que los titulares conozcan y comprendan los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, puedan prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recoge en el artículo 22 de la Ley de Servicios de Pago, nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado 3.3.2.c, «Modificación de las condiciones del contrato marco».

Cuando las entidades modifican el tipo de interés aplicable a los pagos aplazados generados por tarjetas —incluida, por tanto, la deuda viva en ese momento—, si bien sus titulares tienen derecho a no aceptar las nuevas condiciones, aquellas, que asumen el riesgo de crédito implícito en la financiación, estarían legitimadas para bloquear la tarjeta y/o resolver el contrato.

En estos casos, las entidades deben advertir a sus clientes, de manera clara e inequívoca, de las alternativas de las que disponen:

- Aceptar que se aplique el nuevo tipo de interés no solo a las nuevas disposiciones, sino también a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores.
- No aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés a la deuda viva con origen en el pago aplazado de disposiciones anteriores, lo que llevará aparejados el bloqueo y la cancelación de la tarjeta física (plástico), permaneciendo viva la deuda anterior para su amortización de acuerdo con las condiciones vigentes hasta ese momento.

d. Terminales de punto de venta

En los contratos de afiliación a los sistemas de tarjeta, suscritos entre un comercio y una entidad gestora de un terminal de punto de venta (TPV), suele recogerse no solo que las entidades únicamente vendrán obligadas a liquidar el importe de las facturas de venta y notas de abono, si los comercios afiliados cumplen fielmente lo acordado, comprobando básicamente que figura la firma del titular de la tarjeta en la factura de venta y que esta firma es la misma que la estampada en la tarjeta, si es el caso (tratándose de una tarjeta con chip EMV, dicho requerimiento no resulta necesario, ya que la mayoría de implementaciones de tarjetas y terminales de EMV confirman la identidad del propietario de la tarjeta solicitando el tecleo de un NIP o número de identificación personal), sino también cuál es la responsabilidad o el riesgo que asumen los comercios por admitir tarjetas como medio de pago (lo que suele concretarse en un deber de reponer el importe de la venta si la entidad emisora de la tarjeta con la que se produjo el pago devuelve la transacción inicial por cualquier causa), de donde se deduce que:

- La entidad emisora de la tarjeta actúa como mera intermediaria entre el titular del plástico y la entidad del comercio, debiendo limitarse a cumplir diligentemente las instrucciones de su cliente y a obtener la documentación necesaria para cerciorarse de que el adeudo discutido estaba originado en una relación que vinculaba a la propia entidad, en lo que concierne a la aceptación del cargo discutido.
- La entidad del comercio (que actúa como gestora del cobro de las operaciones registradas a través de un TPV) adeudará en la cuenta de aquel el importe de las que resultaron rechazadas por el titular o por el propio sistema, ya que se limita a seguir las instrucciones de la sociedad gestora de este.
- Cualquier discrepancia en relación con la calidad de los productos adquiridos con la tarjeta deberá resolverse entre el comprador y el establecimiento comercial.

Así, la aceptación de tarjetas y su consiguiente liquidación se regulan en las condiciones generales del contrato suscrito por las partes, que constituye *ley inter partes* de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil; en este caso, el contrato de afiliación del establecimiento a los sistemas de tarjetas. Por tanto, este DCMR entiende que, una vez que las entidades han cumplido las obligaciones que como intermediarias en la operación tienen, el que estas lleven a cabo la retrocesión de las operaciones que se cuestionen por los titulares de las tarjetas no puede estimarse contrario a las buenas prácticas y usos financieros, siempre que dicha retrocesión venga justificada por las órdenes de devolución de las compras iniciadas por los legítimos titulares de las tarjetas que no reconocen la autoría de las transacciones, los cuales tienen derecho al reembolso inmediato de acuerdo con la normativa que resulta de aplicación (artículos 29 al 31 de la Ley de Servicios de Pago).

En el expediente R-201425868, un comerciante reclamaba por las comisiones que la entidad le cobraba por el TPV, sosteniendo que se debían reducir en aplicación de los límites del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio. El DCMR aclaró la diferencia existente entre: tasas de descuento, que son las aplicadas al comerciante, que no se incluyen en el ámbito de aplicación del real decreto-ley; y tasa de intercambio, que es la comisión que el proveedor del TPV paga al proveedor de la tarjeta del comprador. Esta última tasa es la incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 8/2014. La limitación fue introducida por ese real decreto-ley y definitivamente establecida en los artículos 9 a 15 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre. El DCMR emitió un informe favorable a la entidad reclamada.

e. Uso fraudulento

La Ley de Servicios de Pago regula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago y delimita, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de las operaciones de pago no autorizadas, fijando las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niegue la autoría de las operaciones.

Entre las peculiaridades de la ley, cabe destacar:

- Es aplicable a «cualquier mecanismo personalizado [...] utilizado (por el usuario del servicio de pago) para iniciar una orden de pago». Es decir, resulta igualmente aplicable a las libretas de ahorro.
- La fijación de un plazo máximo general para comunicar a la entidad que se ha producido una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, estableciéndose este en 13 meses desde la fecha de adeudo o abono.
- El límite de responsabilidad se aplicará, ente otros supuestos, cuando el instrumento de pago hubiera sido sustraído, no necesariamente robado, por lo que no se requiere que en la pérdida de la posesión haya intervenido violencia o intimidación.
- No se aplicará el régimen de responsabilidad previsto al dinero electrónico si la entidad emisora no tuviera capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago.
- Cuando el usuario no sea un consumidor, las partes pueden convenir que no resulten de aplicación determinados preceptos.

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

Cuando un usuario de servicios de pago —por ejemplo, el titular de una tarjeta— tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarla a la entidad, sin tardanza injustificada.

Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono, si bien, en caso de que el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior (artículo 29 de la Ley de Servicios de Pago).

Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

Corresponde a la entidad demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra anomalía (artículo 30 de la Ley de Servicios de Pago). No obstante, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante —titular de la tarjeta— ni que este actuó de manera fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben como usuario del servicio de pago, a saber: i) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización; ii) tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto, y iii) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas a la entidad, en cuanto tenga conocimiento de ello, debiendo la entidad adoptar las medidas necesarias para evitar, desde que se produce dicha comunicación, la utilización ilegítima del instrumento de pago por terceros no autorizados, debiendo contar esta con medios adecuados y gratuitos a fin de posibilitar, en todo momento, que el titular efectúe la comunicación de la operación de pago cuya autoría no reconoce.

La acreditación de las operaciones variará dependiendo del uso dado a la tarjeta, siendo los más habituales los de reintegros en efectivo y los de pago en comercios. En el primero de los casos, la entidad deberá acreditar mediante sus propios registros internos y/o los del cajero en los que se llevó a cabo la operación que esta fue correctamente registrada y que no se vio afectada por ninguna deficiencia. En el segundo de los casos, esto es, cuando la tarjeta se usa como medio de pago en un comercio, cabe exigir a la entidad emisora de la tarjeta que actúa como intermediaria en el pago lo siguiente:

- Que presente la documentación justificativa de cada operación (la boleta de la operación debidamente firmada), ya que, de otro modo, se invertiría la carga de la prueba de tal forma que el cliente, que no ha creado el sistema, estaría obligado a demostrar que no ha realizado las compras cuestionadas, lo que, obviamente, es inadmisibles.
- Que realice una gestión diligente y puntual de la reclamación efectuada por su cliente ante la sociedad propietaria del sistema, para conseguir, en su caso, la devolución de los importes adeudados en cuenta si estos no hubieran sido procedentes de acuerdo con las condiciones en que se realizara la contratación.

En cuanto a la valoración de la autenticidad de las firmas contenidas en los resguardos de compras, como ha indicado este DCMR en numerosas ocasiones, si bien la firma conte-

nida en las boletas constituye, en su caso, un límite a la responsabilidad del titular de la tarjeta, no corresponde al DCMR efectuar dicha valoración, pues únicamente los tribunales de justicia, a través de la práctica de los medios de prueba que estimen necesarios, pueden determinar la falsedad de la firma contenida en los resguardos, así como pronunciarse acerca de la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en el cumplimiento de sus obligaciones; entre ellos, los establecimientos comerciales.

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas

En estos supuestos, y con independencia de la obligación de la entidad de demostrar que la operación de pago controvertida fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico, corresponde a esta, en tanto proveedor de servicios de pago del ordenante, devolver a este de inmediato el importe de la operación de pago no autorizada, restableciendo la cuenta de pago al estado que habría tenido de no haberse producido la operación de pago no autorizada, en su caso (artículo 31 de la Ley de Servicios de Pago); ello, claro está, con independencia del derecho que asiste a la entidad a efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

Dentro del apartado de uso fraudulento de tarjetas que ahora analizamos, y más concretamente de la responsabilidad del proveedor del servicio de pago por operaciones de pago no autorizadas, que se regula en el artículo 31 de la ley, cabe incluir, a juicio del DCMR, y con independencia de la mejor opinión de los tribunales de justicia, aquellas operaciones de pago no autorizadas que se hubieran efectuado con tarjeta en las que su titular no ha perdido la posesión de aquella, esto es, aquellos casos en los que se ha llevado a cabo una copia de la tarjeta, o bien la realización de operaciones de pago no autorizadas realizadas a través de Internet, tales como compras, transferencias, etc.

Efectivamente, el DCMR viene entendiendo que, en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta derivada de una copia del instrumento de pago, sería de aplicación el artículo 31 de la Ley de Servicios de Pago, en tanto que se trata de una operación de pago no autorizada, debiendo en estos casos la entidad, a juicio del DCMR, llevar a cabo la devolución del importe íntegro de la operación de pago no autorizada, siempre y cuando el titular de la tarjeta no hubiera incumplido deliberadamente o por negligencia grave las obligaciones que incumben a este y a las que hemos hecho referencia con anterioridad, y la entidad así pueda acreditarlo, valorando el DCMR de manera individualizada las circunstancias que concurren en cada caso.

Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído

Cuando la entidad tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada derivada de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, deberá demostrar que la operación de pago controvertida fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico. En estos casos, se establece que el ordenante tan solo soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de la utilización del instrumento de pago extraviado o sustraído (artículo 32 de la Ley de Servicios de Pago), salvo que la operación de pago no autorizada fuera fruto de una actuación fraudulenta del ordenante o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de sus obligaciones, en cuyo caso el ordenante soportará el total de las pérdidas derivadas de las operaciones de pago no autorizadas.

Por otra parte, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna derivada del uso fraudulento de la tarjeta extraviada o sustraída con posterioridad a la notificación a la entidad del extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago.

En cuanto a la enervación por parte de las entidades del límite de responsabilidad descrito, es criterio reiterado de este DCMR considerar que en última instancia habrán de ser los tribunales de justicia, y no las entidades de crédito como parte interesada, los que deberán valorar y determinar, en su caso, la existencia de una conducta fraudulenta o el incumplimiento, deliberado o con negligencia grave, de las obligaciones que corresponden al titular en relación con el instrumento de pago. No obstante, cuando la entidad acredite la existencia de hechos que, *a priori* y en nuestra opinión, podrían considerarse suficientes para enervar el límite de responsabilidad, este DCMR, analizando las circunstancias que concurren en cada supuesto, no considera el proceder de la entidad apartado de las buenas prácticas bancarias, indicando, al mismo tiempo, que, dadas las circunstancias, los interesados podrán someter la controversia, si así lo estiman oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

f. Dinero electrónico

La regulación de esta materia está contenida en la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, que transpone la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio. Por su parte, el desarrollo de la ley se produjo mediante el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

Dicho esto, y utilizando una clasificación que a nuestra exposición interesa, en función del soporte utilizado hemos de distinguir entre el dinero unido a tarjeta y el dinero *software*. El primero se corresponde con el modelo de *card-based products*, que, con carácter general, y a salvo las especialidades que cada sistema está desarrollando, adopta la forma de tarjeta de prepago recargable. El dinero almacenado en aquella se utiliza para compras al contado tradicionales de pequeño valor, así como para compras en la Red, aprovechando el mayor grado de seguridad que proporciona el chip integrado en la tarjeta. Por su parte, el dinero electrónico almacenado bajo un formato de *software* permite realizar transacciones sin que se requiera *software* ni *hardware* adicional.

Por lo que respecta al régimen de emisión de dinero electrónico, una vez recibidos los fondos, el emisor de este lo emitirá por su valor nominal.

Por otro lado, cuando el titular del dinero electrónico solicite su reembolso, sus emisores procederán en tal sentido, en todo momento y por el valor monetario del que se disponga. Igualmente se exige que el contrato entre emisor y titular de dinero electrónico estipule clara y explícitamente las condiciones de reembolso, incluidos los gastos conexos, y se informe de esas condiciones al titular del dinero electrónico antes de que este quede sujeto a un contrato u oferta.

El reembolso podrá estar sujeto a gastos únicamente si así se estipula en el contrato y solo en alguno de los siguientes casos: cuando el reembolso se solicite antes de la finalización del contrato, cuando el contrato determine una fecha de finalización y el titular del dinero electrónico haya resuelto el contrato con anterioridad a dicha fecha o cuando el reembolso se solicite una vez transcurrido un año desde la fecha de finalización del contrato.

Dicho esto, cuando el reembolso se solicite antes de la finalización del contrato, el titular del dinero electrónico podrá solicitar el reembolso total o parcial. Por el contrario, si se solicita en la fecha de finalización del contrato o hasta un año después de dicha fecha, se reembolsará el valor monetario total del dinero electrónico que se posea.

Resta indicar que se prohíbe la concesión de intereses o cualquier otro beneficio relacionado con el tiempo durante el cual un titular de dinero electrónico está en posesión de este.

En el expediente R-201421144, los reclamantes realizaron recargas de una tarjeta prepago Visa EntroPay utilizando tarjetas de la entidad reclamada. Posteriormente, la sociedad emisora de la tarjeta prepago (EntroPay) dio de baja esta y canceló su relación con los reclamantes por motivos de seguridad. La entidad reclamada, tras la reclamación de su cliente, como intermediaria de la operación controvertida y emisora de la tarjeta desde la que se realizó la recarga, realizó el abono temporal del importe en disputa. Sin embargo, retrocedió después dicho abono alegando que es a EntroPay a la que corresponde, como parte en el contrato de tarjeta prepago suscrito, devolver el importe correspondiente a la recarga. El DCMR emitió un informe favorable a la entidad reclamada.

g. Instrumentos de escasa cuantía

En el expediente R-201402389, el reclamante mostraba su disconformidad con la falta de respaldo documental de cada cargo por compras al contado con la tarjeta DIA. Se consideró aplicable al caso el artículo 5, «Especialidades respecto de los requisitos de información para instrumentos de escasa cuantía», de la Orden EHA/1608/2010, puesto que ninguno de los pagos instrumentados con la tarjeta superaba los 30€. Por lo tanto, se estimó que la entidad emisora de la tarjeta podría haber quebrantado la normativa de disciplina bancaria al no acreditar haber facilitado a su cliente una referencia que le permitiese identificar las operaciones de pago realizadas y el importe de estas y, en caso de varias operaciones de pago de la misma naturaleza (como parecía ser el caso), la información sobre la cantidad total y los gastos correspondientes a dichas operaciones.

3.3.4 TRANSFERENCIAS Y ÓRDENES DE TRASPASO DE EFECTIVO

Desde la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, ya no existe diferencia alguna en cuanto al tratamiento jurídico de las transferencias nacionales (en las que tanto el que envía el dinero como el que lo recibe se encuentran en España) respecto de aquellas en las que una de las partes se encuentra en España y la otra (bien el ordenante, bien el beneficiario) en un país miembro de la UE y se realicen en euros o en una moneda de un país de la UE.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de esta Memoria —año 2014— el Reglamento (UE) n.º 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, señaló el 1 de febrero de 2014 como fecha límite para la migración de las transferencias y los adeudos domiciliados en la zona del euro a la SEPA, a fin de conceder a los proveedores de servicios de pago y a los usuarios de dichos servicios tiempo suficiente para adaptar sus procesos a los requisitos técnicos que la migración conlleva. No obstante, con posterioridad, el Reglamento (UE) n.º 248/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, permitió que los proveedores de servicios de pago siguieran procesando hasta el 1 de agosto de 2014 las operaciones de pago a través de sus sistemas tradicionales, junto con sus sistemas de transferencias SEPA y adeudos domiciliados SEPA, como se venía haciendo hasta ese momento.

Una vez completada la migración, las transferencias se tramitan a través de dos subsistemas del SNCE, el Subsistema General de Transferencias SEPA SNCE 013, regulado en la Instrucción SNCE/CE/13/000³³, y el Subsistema General de Traspasos y Otras Operacio-

33 Ténganse en cuenta: Instrucción SNCE/CE/13/001: Adaptación del Subsistema de Transferencias SEPA al Servicio de Centralización de Intercambios; Instrucción SNCE/CE/13/002: Solicitudes de Retrocesión de Transferencias SEPA; Instrucción SNCE/CE/13/003: Solicitudes de Retrocesión de Transferencias SEPA. Responsabilidades; Instrucción SNCE/CE/13/004: Eliminación del límite de importe para el tratamiento en el subsistema de las operaciones en las que intervengan no residentes; y, finalmente, Instrucción SNCE/CE/13/005: Nuevo servicio de intercambio de transferencias SEPA con liquidación en el mismo día de su presentación.

nes³⁴, cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001, de 30 de septiembre de 2014.

Las instrucciones operativas del SNCE constituyen un conjunto de normas y procedimientos que regulan la operativa de los sistemas y servicios del SNCE establecida de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica³⁵, señalando dicho precepto que el reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE, teniendo también la consideración de normas del SNCE las instrucciones operativas. Además, señala que las normas contenidas en el reglamento y en las instrucciones operativas del SNCE serán de obligado cumplimiento para todas las entidades miembros, en función de su tipo de participación. Finalmente, cabe indicar que, en caso de conflicto, lo dispuesto por la Ley de Servicios de Pago prevalecerá sobre las reglas interbancarias, que, como se ha señalado anteriormente, solo resultan obligatorias para las entidades participantes en el SNCE.

a. Identificador único

Cuando una orden de pago se ejecute conforme al identificador único —la mayoría de las operaciones de transferencia de fondos se ejecuta utilizando el identificador único, según el cual se efectúa el proceso de abono—, dicha orden se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario indicado en dicho identificador, no siendo responsable el proveedor de servicios de pago de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación cuando el identificador único que le hubiera facilitado el usuario fuera incorrecto. No obstante, se exige que la entidad realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo recibir esta, por dichas gestiones, los gastos de recuperación que, en su caso, hubieran pactado las partes en el contrato marco (artículos 44 y 45 de la Ley de Servicios de Pago).

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, las entidades adheridas al SNCE eran responsables, como entidades receptoras, de abonar correctamente cada transferencia al beneficiario, de acuerdo con la información recibida en la transmisión, de forma tal que, si la entidad beneficiaria contaba con la información relativa al titular de la cuenta, debía rechazar la transferencia en el supuesto de que el nombre del beneficiario de la transferencia no coincidiera con el del titular de la cuenta beneficiaria, a fin de no incumplir con lo establecido en la Circular del Banco de España 5/1991.

b. Gastos de la operación

Tras la aprobación de la Ley de Servicios de Pago, en toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago. Este criterio se aplicará, igualmente, cuando la operación suponga un cambio de divisas, salvo pacto en contrario de las partes. El artículo 24.2 de la Ley de Servicios de Pago establece que, no obstante lo anterior, en toda operación de pago en la que ambos prestadores de servicios de pago estén en España e incluya una conversión en divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante los percibidos por su proveedor de servicios de pago; los gastos de conversión, salvo indicación en contrario de las partes, serán satisfechos por quien la solicite.

34 A través de dicho subsistema se intercambian las siguientes operaciones denominadas en euros: transferencias de la clase «2», esto es, transferencias procedentes del extranjero fuera del Espacio Económico Europeo; órdenes de traspaso de planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión (EPSV), y órdenes de traspaso de fondos de inversión.

35 Publicado en el *BOE* de 11 de enero de 2013.

Adicionalmente, cabe señalar que es criterio reiterado de este DCMR considerar que, si por razones operativas fuera necesaria la intervención de un corresponsal para la ejecución de la operación, el prestador de servicios de pago del ordenante deberá informar a este acerca de la posibilidad de que dicha intervención conlleve unos gastos adicionales para aquel —o, en su caso, para el beneficiario de la transferencia—, aun a pesar de que la entidad ordenante no pueda precisar o especificar con exactitud a cuánto ascenderán tales gastos.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley de Servicios de Pago establece, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», que, con carácter general, el proveedor de servicios de pago del ordenante, el proveedor de servicios de pago del beneficiario y todos los posibles intermediarios que intervengan en la operación de pago deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago, absteniéndose de reducir gasto alguno de la cantidad transferida.

No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que este deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario.

En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario por su proveedor de servicios de pago.

Salvo en lo señalado en el párrafo anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario de la cantidad total de las operaciones de pago iniciadas por el ordenante. En el caso de operaciones de pago iniciadas por el beneficiario o realizadas a través de él, su proveedor de servicios de pago le garantizará la recepción del importe total de la operación de pago.

En el expediente R-201405772 se consideró que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos financieros por no recogerse en el justificante de la transferencia internacional cuestionada, ordenada por Internet por su cliente, la mención a la modalidad de gastos compartidos con que se ejecutó; ni constar que se informara acerca de la posibilidad de que la intervención del corresponsal conllevaría unos gastos adicionales para el beneficiario de la transferencia, aun a pesar de que no se pudiera precisar con exactitud a cuánto ascenderían tales gastos.

c. Comisiones

En este epígrafe, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 3.3.2.e, «Comisiones y gastos».

d. Transferencias
no autorizadas o ejecutadas
incorrectamente

Notificación de operaciones de pago
no autorizadas o ejecutadas
incorrectamente

En este epígrafe, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento», sobre la notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente.

Prueba de la autenticación
y ejecución de las operaciones
de pago

En este epígrafe, nos remitimos, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular, en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento», sobre la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago.

Responsabilidad del proveedor
de servicios de pago por
operaciones de pago no autorizadas

En este epígrafe, nos remitimos, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular, en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento», sobre la responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas.

En aquellos supuestos en los que se denuncia ante el DCMR la realización de transferencias, a través de los servicios de banca *on-line*, sin la autorización ni el consentimiento de los titulares de la cuenta —pues, según estos, dichas transferencias habrían sido ordenadas por terceros no autorizados—, estaríamos ante operaciones de pago no autorizadas, reguladas por la Ley de Servicios de Pago, principalmente, y por lo que ahora interesa, en sus artículos 29, 30 y 31, que delimitan, 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. Por tanto, nos remitimos en este punto, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular en relación con las tarjetas, en el apartado 3.3.3.e, «Uso fraudulento».

Así pues, cuando las personas legitimadas para operar con cargo a la cuenta no reconozcan su autoría en la operación de pago, ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia —tarjeta de coordenadas, etc.—, su entidad deberá reembolsarle de inmediato los fondos detraídos, salvo que esta pueda acreditar que se actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que les incumben; y ello con independencia de que la entidad pueda llevar a cabo, una vez efectuado el reembolso, las investigaciones que estime oportunas en defensa de sus legítimos intereses.

Por el contrario, cuando, de una u otra manera, la parte reclamante reconoce que permitió a un tercero acceder a sus claves, aunque inicialmente lo hiciera en la creencia de que dicho tercero representaba de alguna manera a la entidad, el DCMR debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno, señalando que, de estimarlo oportuno los interesados, deberán someter la controversia a los tribunales de justicia, únicos órganos facultados para ordenar la práctica y apreciación de los medios de prueba necesarios para fijar con carácter previo el modo en que acontecieron los hechos y evaluar, en su justa medida, el grado de diligencia empleado por todas las partes en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, estableciendo las consecuencias que deban derivarse para los interesados.

Del mismo modo, este DCMR ha indicado en numerosas ocasiones que no cabe apreciar las alegaciones efectuadas por algunas entidades que se sustentan en meras hipótesis o sospechas, o en las que, de forma genérica, se indica que las operaciones controvertidas obedecen a un mismo perfil, presumiendo las entidades, según estos razonamientos, la negligencia grave de los reclamantes, lo que las lleva a exonerarse de asumir la responsabilidad que como proveedores de servicios de pago del ordenante les impone la norma en el mencionado artículo.

Con independencia de lo expuesto, debemos señalar que, en estos casos, le es exigible a la entidad que lleve a cabo con diligencia las actuaciones necesarias en orden a la recuperación de los fondos, de conformidad con los protocolos establecidos al efecto por la Asociación Española de Banca, que a continuación se indican:

- «1 Entre la entidad ordenante y su cliente
 - Si la incidencia la detecta la entidad, debe confirmar con su cliente la existencia de fraude. En cualquier caso, indicará al cliente la necesidad de que presente denuncia por estos hechos y aporte copia de la misma.

2 Entre las entidades implicadas (ordenante y beneficiaria)

- La entidad ordenante solicitará telefónicamente a la entidad beneficiaria (aun sin haber recibido todavía la copia de la denuncia) la retención del importe transferido.
- La entidad beneficiaria, si no hubiera abonado todavía la transferencia, la dejará en situación de «pendiente».
- La entidad ordenante deberá ratificar su petición, durante los dos días hábiles siguientes, por fax o por correo electrónico. Si no lo hiciera, la entidad beneficiaria podría levantar la retención.
- La entidad beneficiaria tendrá un plazo de tres días desde esta ratificación para devolver la transferencia, por su importe total o por la parte no dispuesta (si no hubiera fondos suficientes).

3 Entre la entidad beneficiaria y su cliente, cuando este reclame la reposición de los fondos devueltos

- La entidad beneficiaria reclamará a la entidad ordenante ese importe y, una vez devuelto, lo consignará en el juzgado, donde se tendrán que personar la entidad ordenante o su cliente como perjudicados.»

En el expediente R-201403989 se había ejecutado una transferencia de acuerdo con una solicitud realizada a través de correos electrónicos que no fueron enviados por el titular de la cuenta. En tanto operación no autorizada y no constando la previsión contractual para ejecutar transferencias a través de correos electrónicos, la actuación de la entidad se consideró contraria a las buenas prácticas por la falta de medidas de seguridad proporcionadas y eficaces, como pudieran haber sido la comprobación de la identidad del ordenante o la remisión a este a las plataformas habilitadas para operar a través de Internet, que gozan de sistemas de seguridad reforzados (sistemas de claves).

En el expediente R-201423498 se reclamaba contra la ejecución de una transferencia ordenada a través de una cuenta de correo electrónico que había sido «jaqueada». No se aportó documentación alguna que permitiera comprobar con seguridad que el consentimiento dado procedía realmente del titular de la cuenta, ni se conservaron los documentos de las órdenes del cliente —acreditativos de las operaciones realizadas— debidamente firmados, lo que constituye un proceder apartado de los buenos usos y prácticas financieras.

Régimen de responsabilidades en caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente

Por lo que respecta a los errores cometidos en la ejecución de órdenes de pago iniciadas por el ordenante, la Ley de Servicios de Pago establece en su artículo 45.1 el régimen de responsabilidad aplicable.

Con carácter general, en el caso de errores por abonos indebidos de transferencias, el criterio de este DCMR es que, una vez asentada la transferencia en la cuenta destinataria, incluso aunque quede demostrado que el abono es erróneo, se considera que la entidad receptora no está facultada para su retrocesión en virtud de simples instrucciones del ordenante de la transferencia, ya que las cantidades abonadas en cuenta no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento del beneficiario o la preceptiva orden o mandato legal.

Como excepción a este criterio, puede admitirse la retrocesión, sin consentimiento del beneficiario, de aquellos abonos erróneos en cuentas de clientes debidos a duplicidades (ya sean de la entidad o del cliente ordenante), o a errores atribuibles a la propia entidad ordenante emisora de la operación, siempre que previa o simultáneamente a la anulación del abono o, si ello no fuera posible, inmediatamente después, se informe al cliente beneficiario. El motivo de esta excepción es que la comisión de un error no puede dar lugar a la obtención de un lucro injustificado. Ahora bien, cuando el error es atribuible a la entidad emisora de la operación, el DCMR exige una acreditación cualificada de la existencia de dicho error, por lo que la entidad beneficiaria deberá recabar de la entidad emisora la información sobre el error producido, con la finalidad de poder dar las explicaciones adecuadas al beneficiario.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Instrucción SNCE/CE/13/002, que regula el procedimiento de solicitudes de retrocesión de transferencias SEPA, diferenciando si la solicitud de retrocesión se origina por demanda del cliente emisor o de la propia entidad ordenante, bien sea por duplicidad, error o por fraude. Una vez establecidas por la instrucción anteriormente citada las claves que permiten diferenciar si los errores fueron provocados por el cliente emisor o por la entidad ordenante, la Instrucción SNCE/CE/13/003 contempla las responsabilidades en cuanto al procedimiento de retrocesión de transferencias emitidas por error o duplicidad.

Por otra parte, las transferencias de clase «2», esto es, las transferencias procedentes del extranjero fuera del Espacio Económico Europeo, denominadas en euros, que se intercambian a través del Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones (Instrucción SNCE/CE/03/001), contemplan el procedimiento de devolución de esta clase de transferencias —capítulo III, apartado 3—, recogándose igualmente el procedimiento de solicitud de retrocesión de transferencias emitidas por error (transferencias duplicadas, transferencias emitidas por errores atribuibles a la entidad ordenante o a la entidad presentadora y transferencias emitidas por errores atribuibles al cliente de la entidad ordenante) —capítulo III, apartado 5—.

e. Órdenes de traspaso de efectivo (OTE)

Con motivo de la migración a SEPA de las transferencias y de los adeudos domiciliados, los servicios de pago han experimentado una notable transformación. Concretamente, por lo que se refiere a las órdenes de traspaso de efectivo (OTE), desde el 3 de febrero de 2014, inclusive, dejaron de admitirse estas operaciones por el Subsistema SNCE-03 General de Transferencias, desapareciendo las OTE y pasando a denominarse dicho Subsistema SNCE-03 «Subsistema de Traspasos y Otras Operaciones».

3.3.5 ADEUDOS DOMICILIADOS

a. Consideraciones generales

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, estableció un marco de actuación más transparente para emisor y pagador, de forma que cualquier operación que se envíe para su adeudo al pagador tenga un soporte más claro y sólido, adquiriendo especial importancia las siguientes cuestiones:

- la orden de domiciliación debe conservarse correctamente firmada por el emisor;
- la información al pagador en tiempo y forma del importe y del concepto del cargo, y
- que el importe que se ha de pagar por el deudor ha de ser coincidente con lo esperado por este.

La tipología de operaciones por adeudos domiciliados a la que resulta de aplicación el régimen establecido en la Ley de Servicios de Pago alcanza a las siguientes:

- Recibos domiciliados: correspondientes a cuotas o pagos, generalmente de carácter periódico, por suministros o prestaciones de servicios.
- 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.

Se desarrolla específicamente el régimen legal aplicable a los recibos, siendo estas operaciones las que, dentro de la categoría general de adeudos domiciliados, tienen una mayor trascendencia en los expedientes tramitados por este DCMR.

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.

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.

En el expediente R-201415450, con ocasión de un cierre de sucursal y cambio de numeración de cuentas fruto de un proceso de reorganización, se devuelven varios adeudos domiciliados de la Administración Tributaria. La conducta de la entidad se reputa contraria a las buenas prácticas por no haber comunicado a su cliente ni la devolución ni, previamente, el cierre de la sucursal. También porque, al dirigirse a la entidad la Administración para esclarecer los motivos de tal devolución, se limitó a contestar que la cuenta estaba cancelada, sin otra explicación, ocasionando una resolución en contra de su cliente.

c. Plazos de devolución

La Ley de Servicios de Pago regula expresamente el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados, distinguiendo la norma dos plazos para dar la orden de devolución, que se aplican en función de si el cargo en cuenta estaba o no previamente autorizado.

- Si no estaba autorizado, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarla sin tardanza injustificada a la entidad, a fin de poder obtener rectificación de esta y, salvo en los casos en los que la entidad no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del apunte (se puede pactar un plazo inferior si el usuario no fuera consumidor, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado).
- Si el adeudo estaba previamente autorizado, la ley indica que el cliente tendrá derecho a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas, siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:

- cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y
- dicho importe supera al que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición de la entidad, el ordenante deberá aportar datos de hecho referentes a dichas condiciones. 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.

d. Revocación de la orden de adeudo domiciliado

Es criterio general de este DCMR que, cuando un cliente imparte unas determinadas instrucciones a la entidad, rechazando adeudos en su cuenta de recibos u otras órdenes de pago, la entidad debe poner todos los medios necesarios para su correcto cumplimiento, pues, de conformidad con las buenas prácticas bancarias, es deber de las entidades tanto atender las órdenes que reciban como velar por los intereses de sus clientes.

En relación con esta cuestión, la Ley de Servicios de Pago establece en el punto 3 de su artículo 25 que el ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el artículo 37 de dicha norma. 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».

e. Adeudos directos SEPA

El Reglamento (UE) n.º 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, fijó como fecha límite el 1 de febrero de 2014³⁶ para la migración de los adeudos domiciliados nacionales a adeudos directos SEPA³⁷, asegurando la continuidad de las órdenes de domiciliación emitidas con anterioridad al 1 de febrero de 2014, de forma tal que en el proceso de migración se dota de validez y continuidad a las domiciliaciones que existían antes del 1 de febrero de 2014 en el ámbito de los adeudos directos SEPA básicos (*Core*). Sin embargo, los adeudos directos SEPA entre no consumidores (B2B) requieren un mandato o autorización expresa del deudor a la entidad financiera para que se proceda al cargo en cuenta. No obstante lo anterior, el Reglamento (UE) n.º 260/2012 permitió a los Estados la adopción de determinadas exenciones en el cumplimiento de los requisitos exigidos.

³⁶ El Reglamento (UE) n.º 248/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 —que modifica al Reglamento (UE) n.º 248/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014—, permitió a los proveedores de servicios de pago que siguieran procesando, hasta el 1 de agosto de 2014, operaciones de pago en euros a través de sus sistemas tradicionales junto con sus sistemas de transferencias SEPA y adeudos domiciliados SEPA.

³⁷ SNCE 015 – Subsistema General de Adeudos Directos SEPA.

En el caso de España³⁸, cabe destacar que, hasta el 1 de febrero de 2016, los proveedores de servicios de pago podrán ofrecer a sus clientes, cuando sean consumidores y exclusivamente para operaciones nacionales, servicios de conversión gratuitos del BBAN en IBAN, debiéndose facilitar al consumidor el IBAN antes de que se inicie la operación, así como las características del nuevo servicio y las consecuencias que con dicha conversión se producen. Asimismo, se establece una exención temporal de los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del reglamento —hasta el 1 de febrero de 2016— para los denominados «productos nicho», esto es, los anticipos de crédito (cuaderno 58: Créditos comunicados mediante fichero informático para su anticipo y gestión de cobro) y los recibos (cuaderno 32: Remesas de efectos en fichero informático de clientes a entidades financieras).

3.3.6 INGRESOS, RETIRADAS
DE EFECTIVO Y OTRAS
CUESTIONES
RELACIONADAS CON
EL SERVICIO DE CAJA

a. Consideraciones generales

Los fondos depositados en las entidades de crédito por sus clientes, en cuentas bancarias o en otras modalidades de depósito a la vista, son, por esencia, inmediatamente reintegrables a sus titulares cuando solicitan su disposición. En estos casos, el DCMR entiende que el principal interés tutelable es el del titular de la cuenta de la que se pretende efectuar la disposición, lo que se traduce en que la entidad debe cerciorarse con todo rigor acerca de la identidad de quien la efectúa, bien de un modo personal y directo (por conocer al titular), bien exigiendo la exhibición del título pactado como necesario para la disposición (dejando al arbitrio de la entidad y bajo su responsabilidad que, en caso de que no presentara este título, se pudiera acreditar suficientemente la personalidad del peticionario por otros medios), verificando además, y en todo caso, que la firma estampada en el documento de reintegro de cuenta coincide tanto con la firma que figura en el documento de identificación exhibido como con la cartulina de firmas de apertura de cuenta, asegurándose, por otra parte, de que se cumple el régimen de disposición pactado para la cuenta.

b. Efectivo ingresado en una
cuenta de pago

La Ley de Servicios de Pago establece en su artículo 42 que, cuando un consumidor ingrese efectivo en una cuenta de pago en la moneda de esa cuenta, podrá disponer del importe ingresado desde el mismo momento en que tenga lugar el ingreso. La fecha de valor del ingreso será la del día en que se realice este.

Cuando el titular de la cuenta no sea un consumidor, las partes podrán pactar que se disponga del importe ingresado, como máximo, el día hábil siguiente al de la recepción de los fondos. Igual fecha de valor habrá de darse a los fondos ingresados. Es esta, por tanto, una posibilidad (se infiere que este plazo de disponibilidad de los fondos regirá, en su caso, como plazo máximo), cuya efectiva concurrencia en el caso particular habrá de acreditarse, debiendo constar que aquella se ha comunicado al titular no consumidor. Respecto de dicho extremo, este DCMR considera que, si con anterioridad a la entrada en vigor de la ley los ingresos se valoraban el mismo día del ingreso, el cambio de la puesta a disposición del importe ingresado y de la fecha de valoración al día siguiente —en el caso de no consumidores— ha de comunicarse con carácter previo al cliente, si es que es esta la intención de la entidad, porque, aunque se trate de un cambio de condiciones aplicables a su contrato de cuenta corriente, posibilitado tras la aprobación de un nuevo marco legal —facultativo, no imperativo—, dicha modificación no puede llevarse a cabo sin que medie una comunicación formal al cliente (véase apartado de «Modificaciones contractuales», incluido en relación con las cuentas a la vista dentro del apartado 3.2.3.c de esta Memoria y, en general, en relación con los servicios de pago en el precedente 3.3.2.c).

³⁸ Véase Orden ECC/243/2014, de 20 de febrero, por la que se adoptan exenciones de aplicación hasta el 1 de febrero de 2016 sobre determinados requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros (BOE de 22 de febrero de 2014).

En los casos en los que se ha planteado ante este DCMR que, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, los ingresos realizados a partir de las 11 horas ya se valoraban al día siguiente de realizar aquellos, partiendo del carácter de no consumidor del reclamante, se concluyó que la actuación de la entidad tras la entrada en vigor de la ley no había supuesto ningún cambio respecto a la operativa anterior, por lo que no cabía considerar que la entidad se hubiera apartado de las buenas prácticas bancarias y usos financieros.

Sin embargo, se ha de tener presente que, en cualquier caso (tanto si se trata de consumidores como de no consumidores), la entidad debe estar en condiciones de acreditar haber comunicado a su cliente las adaptaciones del contrato a la ley dentro del plazo establecido en su disposición transitoria tercera, apartado 2, debiendo constar de forma específica si se hace uso, o no, de la posibilidad establecida en el segundo párrafo del artículo 42, en el caso de los no consumidores.

c. Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina

Cuando existen versiones contradictorias sobre el importe exacto del efectivo entregado por un cliente a la entidad, este DCMR debe basarse únicamente en la documentación aportada al expediente para poder emitir su opinión, sin que a estos efectos pueda tomar en cuenta aquellos hechos que, fundados en meras manifestaciones verbales, carecen del correspondiente soporte documental y no pueden ser debidamente contrastados.

La acreditación documental de sus actuaciones, que la entidad puede y debe aportar, es el listado de operaciones del diario electrónico y el arqueo de caja de fin del día. No obstante, cabe objetar que el cuadro del efectivo de la caja solo sería determinante si, al hacer el arqueo, hubiera sobrado exactamente el importe cuestionado (pues ello corroboraría la tesis del reclamante); pero cualquier otro resultado del arqueo no supondría ninguna prueba concluyente respecto de la cantidad que efectivamente se había ingresado.

En suma, es obligación de la entidad acreditar que la operación de ingreso se llevó a cabo correctamente, y se contabilizó por la cuantía exacta, sin incidencias de ningún tipo, como se infiere de lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Servicios de Pago.

Comprobar en última instancia la realidad de los hechos correspondería a los tribunales de justicia, únicos con potestad suficiente para ordenar las actuaciones probatorias que considerasen precisas, para determinar así el modo en que se desarrollaron los acontecimientos y poder dirimir la discrepancia existente entre las partes.

d. Billetes y monedas

Billetes falsos

Se plantean en ocasiones discrepancias de los clientes y usuarios de las entidades con motivo de la realización de ingresos en cuenta (propia o de un tercero), por el hecho de que la entidad retenga billetes por su apariencia de falsedad, para su remisión al Banco de España.

Efectivamente, la obligación de retirar de la circulación los billetes con apariencia de falsificados existe para las entidades de crédito. Pero también la de recoger y reflejar los datos identificativos de quien porta el billete.

En virtud de lo dispuesto en el artículo sexto del Reglamento (CE) 1338/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, las entidades se encuentran obligadas a garantizar la autenticidad de los billetes y monedas en euros que han recibido y que tienen previsto volver a poner en circulación, así como a velar por la detección de las falsificaciones, retirando de la circulación los billetes y monedas falsos que detecten. Sin embargo, el procedimiento establecido al efecto exige que estos sean entregados al Banco de Es-

paña, el cual emitirá un recibo de la recepción de los billetes, que servirá como justificante del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades de crédito³⁹. Si de la peritación efectuada en el Centro Nacional de Análisis resultara que el billete o billetes remitidos fueran legítimos, su importe será abonado a la mayor brevedad en la cuenta corriente de la entidad de crédito o en la cuenta corriente de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete. El resultado de la peritación, sea cual sea este, será comunicado mediante correo a la entidad de crédito presentadora de los billetes o al domicilio de la persona física o jurídica a la que la entidad retuvo el billete, si esta hubiese comunicado sus datos.

La única normativa existente sobre la limitación en el número de piezas de euro que pueden ser utilizadas en el pago de un servicio viene establecida en el artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo. En este sentido, el artículo citado *in fine* expresamente establece que «excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de cincuenta monedas en cada pago».

Suele suceder que, tras los formalismos correspondientes, las entidades abren cuentas corrientes a sus clientes, mediante la firma de un contrato de adhesión genérico en el que se ofrecen como incluidos en él los servicios de caja de la entidad, sin distinguir entre los clientes profesionales dedicados a actividades que exijan un servicio de caja diario, intensivo en consumo de recursos humanos y medios técnicos, y los clientes que no requieren dicha atención especial.

Cabe que, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, se ponga de manifiesto con el tiempo que requiere una atención especial en relación con los servicios de caja.

Normalmente, estos servicios especiales se concretan en atender, aceptar, recotar, empaquetar o transformar la entrega periódica de moneda fraccionaria para su ingreso en cuenta del titular o la remisión o entrega de reintegros en efectivo en moneda fraccionaria, según solicitud del cliente.

Esta atención especial requerida puede producir importantes distorsiones en las oficinas en horario de atención al público, además de romper el equilibrio inicial entre prestaciones y contraprestaciones consideradas en el contrato genérico de adhesión de apertura de cuenta corriente. Es preciso indicar que, haciendo una aplicación analógica del citado artículo 11 del Reglamento 98/974/CE, de 3 de mayo, tratando de entender que existe una misma ratio entre la necesidad de limitar el número máximo de monedas que se pueden entregar en el tráfico para efectuar un pago y la necesidad de que las entidades puedan conocer el límite máximo de monedas que puede entregarles un cliente para hacer un ingreso en cuenta de carácter inmediato, resultaría que la entidad estaría legitimada para denegar el recuento instantáneo de la moneda fraccionaria entregada para su ingreso si excediese de cincuenta monedas⁴⁰, las entidades las admiten en condiciones distintas de las de un ingreso ordinario,

³⁹ En virtud de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, y en el artículo sexto del reglamento citado.

⁴⁰ No obstante, si la entidad de crédito estuviera ejerciendo actividades delegadas de caja pública —por ejemplo, mediante la admisión de cobros de impuestos, tasas municipales, etc.—, no sería de aplicación tal limitación, debiendo aceptar todas las monedas que se presenten en los pagos efectuados con tal finalidad.

esto es, para abonar en cuenta con posterior recuento, debiendo estar en cada caso a lo que se acredite.

Entre los pactos que se suelen alcanzar entre los clientes profesionales que precisan estos servicios extraordinarios de caja y las entidades se encuentran los siguientes:

- La admisión de ingresos de efectivo de más de cincuenta monedas en los que su importe se abona en cuenta «salvo posterior recuento» por parte de la entidad de crédito, con el objeto de no demorar más allá de lo razonable la atención al resto de su clientela. El cliente que entrega el efectivo es consciente de que queda en manos de la entidad —de acuerdo con la mutua confianza existente— el recuento de la cantidad ingresada, de modo que, en caso de que existan diferencias entre el importe declarado y el resultante del recuento, prevalece este último, salvo que las partes hayan acordado otra cosa.
- La entrega de cartuchos (blísteres) a los clientes para que introduzcan las monedas, de manera que se facilite su recuento.
- La oferta de servicios especiales de gestión integral de efectivo para este tipo de profesionales, que incluyen la recogida y/o entrega de efectivo a domicilio mediante transporte blindado, recuento, empaquetado y transformación de efectivo. Las entidades suelen tener estos servicios subcontratados con empresas ajenas que actúan como sus proveedores.

El DCMR considera que dichos comportamientos no son contrarios a la ortodoxia bancaria. Ahora bien, conviene subrayar la que ha venido siendo reiterada opinión del DCMR sobre el servicio exprés para empresarios o profesionales, cuya actividad conlleva el ingreso diario o la solicitud de moneda. Así, si bien estos servicios pueden estar prestados por la entidad o un tercero, en este último caso no podrán traer a la relación contractual entidad-cliente las relaciones que la entidad haya establecido con el proveedor del servicio con el que haya subcontratado su prestación más que cuando las asuma como propias frente a su cliente en el contrato que suscriba con este último.

Así las cosas, de producirse una retrocesión posterior del abono registrado en aplicación del criterio anterior y mantener las partes opiniones contrarias al respecto, este DCMR carecería de competencias para resolver esta cuestión, que exigiría fijar indubitadamente el pacto que subyace y las responsabilidades que debieran imputarse a las partes intervinientes, para lo que los interesados tendrían que dirigirse a los tribunales de justicia.

Al margen de lo anterior, el DCMR sí valora, cuando así se plantea, determinados aspectos de transparencia, tales como las indicaciones que se contienen en la nota de entrega para ingreso en cuenta, en la que suele recogerse una cantidad, y se verifica que en los resguardos entregados por los ingresos se establezca que estos se hacían condicionados a un recuento posterior, así como la información referida a la actuación que debe seguir la entidad ante la posible discrepancia en el recuento, y al plazo para el contraasiento de devolución.

En consecuencia, aun entendiendo que la actuación de las entidades al abonar en cuenta el importe procedente del recuento según justificación que aporten no podría considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios, se recomienda a las entidades, en aras de la transparencia, que se informe al cliente previamente del tiempo aproximado que se va a emplear para el recuento y, por tanto, para que el abono adquiera firmeza.

e. Comisión por ingresos en efectivo

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

En consecuencia, siempre que el ordenante del ingreso no pretenda un servicio adicional al del simple ingreso de efectivo en la cuenta de un tercero, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por prestar este servicio.

En algunas ocasiones, determinadas entidades han aplicado las comisiones contempladas bajo el concepto «transferencias, giros y otras órdenes de pago» a un ingreso de efectivo realizado en una sucursal distinta a aquella donde estaba abierta la cuenta, al entender que esta operación debía ser considerada como de esa naturaleza.

Contrariamente a lo sustentado por esas entidades, el DCMR entiende que el supuesto de hecho no puede ser conceptualizado como una transferencia, al faltar una orden contra una cuenta abierta en la entidad que lleve aparejada la movilización de fondos con destino a otra cuenta determinada. Por el contrario, se considera que se trata propiamente de ingresos de efectivo a favor de una cuenta, inherentes al contrato de esta, siendo irrelevante que tengan lugar desde la propia sucursal en que se encuentra abierta la cuenta o desde cualquier otra de la entidad, pues, en ambos casos, no existe propiamente un movimiento efectivo de fondos y las operaciones informáticas que ha de efectuar la entidad son básicamente las mismas.

f. Limitaciones de canales y horarios para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados

Se ha de diferenciar, en primer lugar, la prestación del servicio de caja, inherente al contrato bancario de cuenta corriente, del servicio de pago de recibos no domiciliados.

- Los reintegros y los ingresos en efectivo en una cuenta forman parte del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro. Se trata de un pacto accesorio de instrumentación del contrato subyacente que tiene tanta importancia como el contrato principal, pues, en virtud de este, la entidad administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor del cliente; y es indudable que el particular no 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.

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

Sin embargo, la forma en que este se presta se ubica en el ámbito de la normativa interna de la entidad, de tal forma que, con las precisiones que luego se establecerán, entra dentro de la esfera discrecional y de política comercial de la

entidad establecer los servicios que presta, sin que este DCMR pueda, ni deba, inmiscuirse en aquella, correspondiendo a los usuarios de las entidades de crédito evaluar estas cuestiones de cara a mantener o establecer relaciones con estas.

- Por otro lado, ninguna disposición legal establece un determinado horario como obligatorio para que las entidades de crédito admitan pago de recibos no domiciliados, por lo que adoptar un horario más o menos amplio, o restringirlo, para su admisión en ventanilla, se trata, también, de una decisión libremente adoptada por la entidad en su funcionamiento operativo y de organización interna.

Establecimiento de limitaciones horarias

En la cuestión relativa al establecimiento de determinadas limitaciones horarias, o incluso de días concretos de la semana o del mes para la prestación de ciertos servicios bancarios relacionados con las cuentas corrientes, es fundamental determinar la naturaleza de la operación de que se trate:

- A diferencia de lo que sucede con el pago de recibos, los ingresos en cuenta corriente (también los pagos) forman, como se ha dicho, parte del servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro.

De esta manera, en estos casos, y siempre con carácter general (dado que habrá que estar a las diversas circunstancias concurrentes en cada caso), no se considera admisible la introducción de una restricción horaria o de fechas para la realización de esos ingresos o reintegros en una cuenta corriente de un cliente (un particular) de una entidad que consideramos incluidos dentro del servicio de caja básico. En cualquier caso, si se acreditara pacto al respecto en el correspondiente contrato de cuenta, habría que estar a lo específicamente pactado —correspondiendo en tal supuesto, entendemos, al titular de la cuenta informar de las limitaciones establecidas contractualmente a quienes hayan de realizar ingresos en ella por cualquier motivo—.

No vemos que el razonamiento deba ser distinto por el hecho de que, en el caso de los ingresos, los realice un tercero en la cuenta de un particular, pues, como ya se ha dicho, la entidad se convierte, en virtud del servicio de caja, en mandatario singular del cliente, por cuenta y en interés de quien realiza esos pagos y cobros a terceros y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de aquel. El banquero se convierte en agente de pagos y de cobros de su cliente y en administrador de su dinero, realizando por su cuenta todas las operaciones inherentes al servicio de caja en el sentido más amplio de esta expresión o según lo convenido.

- En el caso de las restricciones horarias para la prestación del servicio de atención del pago de recibos no domiciliados, la práctica más habitual y similar en estas situaciones es que las oficinas bancarias señalen un horario restringido para atender su pago por ventanilla, incentivando la posibilidad de realizar estas operaciones a través de Internet, banca telefónica o por otros canales. La intención expresada por las entidades para implantar dicha medida es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

En estos supuestos, nada puede objetar este DCMR a dicha forma de proceder, dado que estamos ante una decisión adoptada por cada entidad al diseñar su política operativa y comercial, en la que este DCMR no puede inmiscuirse.

- Cuando las entidades actúan como entidades colaboradoras de determinados organismos públicos (ayuntamientos, universidades, Seguridad Social, etc.) para el cobro de tasas, impuestos, multas, pagos de pensiones, etc., habrá que estar a lo establecido en el correspondiente convenio de colaboración, de tal forma que no sería admisible aquí remitirse al horario de pago de recibos en caso de que la entidad dispusiera de carteles en las oficinas informando de dicha limitación para ese tipo de servicio específico. En este tipo ingresos o pagos, la entidad estaría actuando como una caja pública sometida a la normativa administrativa correspondiente, de tal forma que habría que estar a lo recogido en el correspondiente convenio de colaboración, así como a la normativa sectorial aplicable⁴¹, por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la normativa bancaria de transparencia.

No obstante, este DCMR considera que los clientes y usuarios de las entidades deben estar en todo caso en condiciones de conocer dichas limitaciones o sugerencias para reintegros superiores o inferiores a determinada cantidad, colocando carteles en las diferentes oficinas.

Forma de prestar el servicio de caja:
ventanilla o cajero automático

No se podrá exigir a la entidad que preste este servicio de un modo determinado, pues la casuística, según el tipo de entidad de que se trate, es variada. Así, hay entidades que no tienen una red de oficinas operativas al uso, en tanto que otras ofrecen como uno de sus atractivos comerciales la existencia de una amplia red para facilitar la operativa de sus clientes, e incluso con horarios a veces más dilatados de lo habitual en la práctica bancaria, prestando servicio algunas tardes o sábados. Lo que resultará siempre exigible es que, en el momento de decidir dónde quiere tener su cuenta, el cliente conozca con todo detalle los canales que la entidad pone a su disposición para la prestación de los diversos servicios —entre ellos, el de caja— y aquellos de los que no dispone o se restringen. Esto solo se puede conseguir si la entidad ofrece las explicaciones adecuadas al respecto y, además, lo incluye en el correspondiente contrato. Si la circunstancia fuera sobrevenida, una vez que la relación contractual ya se encuentra establecida, deberá comunicarlo de forma previa y con carácter individual a los clientes afectados.

No obstante, si el modo de prestar el servicio de caja básico a través de los cajeros u otros mecanismos automáticos alternativos se pretendiera que lo fuera con carácter excluyente, sin poder hacerlo en ningún caso por ventanilla, la entidad debería, bien acreditar la inclusión de tal limitación en el contrato de cuenta, o bien, cuando se trate de una limitación sobrevenida, comunicar con carácter individual y previo a sus clientes la entrada en vigor de tales restricciones con la antelación exigible (dos meses, desde la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago), al objeto de que aquellos pudieran decidir si continuar como clientes de la entidad o dejar de serlo. Adicionalmente, hay que señalar que en ese caso deberían asegurarse de que dichos medios automáticos no tuvieran la limitación de solo admitir operaciones en billetes, pues, de lo contrario, se estaría privando a la clientela de realizar operaciones en moneda fraccionaria de curso legal.

⁴¹ A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las administraciones tributarias.

Además de ello, y para el caso específico de los ingresos, habrá que tener en cuenta que con la entrada en vigor de la ley, y según se refleja en su artículo 42, se podrá disponer del efectivo ingresado en una cuenta de pago, en la moneda en que aquella esté nominada, desde el mismo momento del ingreso, cuya fecha de valor será la de ese día. Con este cambio normativo, este DCMR entiende y sostiene que sigue siendo facultativo para la entidad —siempre con las precisiones ya expuestas— prestar el servicio de caja mediante el ingreso en efectivo realizado a través de la ventanilla, o de un cajero que permita la disponibilidad inmediata de los fondos. Pero no es indiferente, sin embargo, que el ingreso se realice a través de un cajero de los que requieren verificación, y que, por tanto, no permiten tener inmediata disponibilidad —desde el mismo momento del ingreso, como señala la ley—.

Por tanto, la entidad, en su caso, deberá instrumentar los medios que considere oportunos —operativos, organizativos o técnicos— para el cumplimiento de esta nueva obligación legal.

Por el contrario, cuando es el propio cliente quien elige utilizar el cajero, como un medio más de los que la entidad pone a su disposición para realizar el ingreso porque le resulte más cómodo o por cualquier otra razón —y no por tratarse de una limitación convenida—, lo que es exigible a la entidad que admite este tipo de ingresos por cajero automático es que recoja las limitaciones que afectan a estos en el respectivo contrato de cuenta, además de advertirlo de forma específica tanto al realizar el ingreso como al consultar el disponible en cuenta por los medios habilitados al efecto, sin que consideremos que ello sea incompatible con el cumplimiento por la entidad de lo preceptuado en el artículo 42 citado, pues en realidad en estos casos no se puede comprobar realmente si se ha dado un ingreso en cuenta ni cuál es ese importe hasta que la verificación se lleva a cabo, lo cual es una limitación intrínseca a esa modalidad de ingreso, que expresamente se establece en el contrato.

3.4 Deudores hipotecarios sin recursos

3.4.1 INTRODUCCIÓN

La profunda crisis económica sufrida por la economía mundial desde la mitad de la década pasada mostró en España sus propias particularidades, debido a la coincidencia, entre otras circunstancias, de una crisis inmobiliaria y de una arraigada tradición, consistente en que las familias españolas prefieren vivir en casas en propiedad, y no en alquiler.

En nuestro país, conviene recordar, la contratación está regida por el principio de libertad, consagrado en nuestro Código Civil. La concesión de un préstamo por la entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan en su política de riesgos. Conviene traer a colación en este punto lo dispuesto en dicho Cuerpo legal, en los siguientes artículos:

- Artículo 1091 del Código Civil, «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley y deben cumplirse a tenor de los mismos».
- Artículo 1166 del Código Civil, «El deudor de una cosa no puede obligar al acreedor a que reciba una cosa diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida».
- Artículo 1911 del Código Civil, «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

En esta situación, económica y legal, cuando el deudor hipotecario con dificultades en el pago se dirigía a su entidad, en busca de una solución, se encontraba en una situa-

ción de desamparo: no existía obligación alguna para la entidad de reestructurar la deuda, ni tampoco, como en otras legislaciones extranjeras, de aceptar el bien hipotecado —la vivienda— como pago extintivo de ella. Debemos aclarar que en nuestro sistema hipotecario la responsabilidad por el impago del préstamo hipotecario no se limita a la responsabilidad real, al valor del bien, sino que, si el valor de este es insuficiente para el pago total de lo debido, se extiende a la responsabilidad personal del deudor, afectando a todos sus bienes presentes y futuros. El legislador ha sido sensible a esta realidad y, en estos últimos años, ha promulgado diversas normas: unas, preventivas, orientadas a la protección al consumidor solicitante de financiación hipotecaria, con carácter previo a la formalización de la operación; y otras, paliativas, para intentar poner remedio a la situación ya creada, para préstamos vigentes en el momento del estallido de la crisis.

Del primer grupo de ellas —las preventivas—, ya se ha dado cuenta en otros epígrafes de esta Memoria. La normativa de transparencia recientemente aprobada se ha dirigido a la consagración de una serie de medidas que se han dado en llamar de «préstamo responsable»⁴². Dicha normativa impone a las entidades obligaciones no solo de valoración prudente del bien hipotecado, sino también de una correcta evaluación de la solvencia del prestatario; además, les conciernen obligaciones muy exhaustivas de carácter informativo en la fase precontractual, y el deber de ofrecer al consumidor bancario las explicaciones adecuadas sobre los productos contratados.

En esta parte, y bajo el título de «Deudores hipotecarios sin recursos», nos vamos a centrar en el segundo bloque de medidas, las aprobadas por el legislador para paliar la situación financiera de los deudores hipotecarios que, por mor de la crisis, no pueden hacer frente a los compromisos de pago que adquirieron en su día.

No debemos acabar esta breve introducción sin poner de manifiesto que la crisis económica no solo ha afectado a España, sino, en medida variable, a toda la comunidad internacional. Existe una preocupación general por estos temas.

En este sentido, el año 2014 ha sido testigo, desde la perspectiva europea, de actuaciones relevantes en materia regulatoria en cuanto a la protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Debemos destacar aquí los trabajos llevados a cabo por parte de la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) —institución dedicada, entre otras cuestiones, a la

42 La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de octubre de 2011), por lo que ahora interesa, señala en su artículo 18, «Evaluación de solvencia», incluido en el capítulo I, «Préstamo responsable», lo siguiente:

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

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

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

innovación financiera y a la protección de los consumidores a través de uno de sus subcomités, en el que este DCMR participa—, que, finalmente, se han traducido en la publicación, el pasado 1 de junio de 2015, de una directriz y de una opinión sobre esta cuestión⁴³.

Así, la directriz publicada⁴⁴ prevé, entre otras cuestiones, que las entidades deben proporcionar una ayuda eficaz a los consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos derivados de sus créditos hipotecarios, a través de las siguientes vías:

- el establecimiento por parte de la entidad de políticas y procedimientos para detectar, tan pronto como sea posible, aquellos consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos;
- la colaboración activa con el consumidor de cara a establecer las causas de la aparición de dichas dificultades y, de esta manera, facilitar el proceso de identificación de las soluciones oportunas;
- el suministro de información relevante y de asistencia apropiada, y
- la adopción, en su caso, de medidas que contribuyan a aliviar la situación del consumidor, de forma previa al proceso de ejecución hipotecaria.

Por otra parte, la opinión publicada⁴⁵ recoge, en lo que concierne a esta materia, buenas prácticas sectoriales que tienen que ver, por un lado, con la identificación, en una fase temprana, de las circunstancias por las que puede atravesar el deudor hipotecario en dificultades y, por otro, con la mejora de la información que se ha de suministrar al deudor a este respecto.

Finalmente, cabe indicar que, en general, la normativa española ya existente en este ámbito es más exigente que la incluida en los textos normativos a los que se ha hecho referencia, que, por otra parte, no entrarán en vigor hasta el próximo 21 de marzo de 2016⁴⁶.

3.4.2 NORMATIVA PROTECTORA DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN RIESGO DE EXCLUSIÓN

Como venimos diciendo, la situación de crisis económica por la que atraviesa nuestro país ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo la adopción de una serie de medidas de protección de aquellos deudores hipotecarios que, como consecuencia de especiales circunstancias en las que están inmersos, tienen serias dificultades para hacer frente a los compromisos de pago que adquirieron en su día. Estas medidas de protección deben conjugar el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y

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

44 Estas directrices surgen, por iniciativa de la EBA, en el contexto de la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la finalidad de detallar la forma en que las entidades financieras podrían dar efectividad a lo previsto en el artículo 28 («Demoras y ejecución hipotecaria») de la citada directiva.

45 La opinión publicada es fruto de la revisión del contenido de una opinión emitida previamente por parte de la EBA en junio de 2013. Dicha revisión buscaba actualizar el contenido de dicha opinión de cara a evitar contradicciones y/o redundancias con el nuevo marco normativo, constituido por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, así como por las directrices relativas a esta materia a las que se ha aludido anteriormente.

46 El 21 de marzo de 2016 es la fecha límite prevista para la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

adecuada, tal como consagra la Constitución Española en su artículo 47, con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los acreedores hipotecarios.

En esta tesitura, la reciente normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos se ha configurado como una normativa tuitiva, como un código de voluntaria adscripción por las entidades acreedoras, que renuncian, para los deudores y préstamos contemplados en la normativa, y no para otros, a ciertos derechos que frente al deudor en general les confiere el ordenamiento. A partir del momento en que la entidad muestra su adscripción al Código de Buenas Prácticas para los deudores hipotecarios sin recursos, y no antes, todas las medidas en él contempladas son de obligado cumplimiento⁴⁷.

Descendiendo ya a la práctica, diremos que, en no pocas ocasiones, se ha sometido al DCMR la disconformidad con la actuación de entidades que, a pesar de la reiterada solicitud por los prestatarios de la aceptación de su vivienda en pago como medio liberatorio de la deuda, o de reestructuración de su deuda, siguió adelante con el procedimiento ejecutivo entablado por la entidad, produciéndose incluso la subasta. Se trata de casos en que toda la actuación habría tenido lugar con anterioridad a marzo de 2012, fecha en la que el RDL 6/2012 entró en vigor. Lo cierto es que, en aquel momento, la aplicación de las medidas solicitadas requería, en todo caso, el acuerdo de ambas partes, y la aceptación por la entidad era facultativa, y, por lo tanto, no podemos apreciar que esta se apartara de la normativa de transparencia, ni de las buenas prácticas bancarias, pues su actuación se enmarcaba en su política comercial y de asunción de riesgos, en la que este DCMR no puede inmiscuirse.

Sin embargo, tras la promulgación de la normativa de protección al deudor hipotecario sin recursos, la situación es diferente. Así, en el expediente R-201328959, el reclamante solicitó la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012; más concretamente, la «dación en pago». La entidad estaba adherida al RDL 6/2012, en su versión de la Ley 1/2013, y en sus alegaciones esta recondujo la petición del cliente a una mera cuestión de política comercial. Este departamento consideró que la conducta de la entidad podría haber quebrantado las normas de transparencia⁴⁸.

a. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (BOE del 10)

Las situaciones y necesidades antes expuestas se canalizaron y materializaron con la promulgación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE del 10), que contiene el Código de Buenas

47 RDL 6/2012, artículo 5, «Sujeción al Código de Buenas Prácticas»:

- «1 El Código de Buenas Prácticas incluido en el anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. [...]
- 3 Las entidades comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera.
- 4 Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. [...]
- 6 La adhesión de la entidad se entenderá producida por un plazo de dos años, prorrogable automáticamente por períodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera con una antelación mínima de tres meses.
- 7 El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este real decreto-ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito.
- 8 Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.»

48 En este sentido, véase el epígrafe 3.4.9, «Sanción por el incumplimiento», de este mismo capítulo.

Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, al que enseguida haremos referencia⁴⁹. Dicho RDL sigue vigente y, con las modificaciones que han obrado en él las normas siguientes, contiene la regulación que constituye el núcleo de la normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos.

b. Ley 1/2013, de 14 de mayo
(BOE del 15)

El día 15 de mayo de 2013 se publicó en el *BOE* la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Mediante esta norma, como indica su título, se vieron reforzadas las medidas adoptadas. Por un lado, se mejoró el contenido del Código y, por otro, se extendió tanto su ámbito subjetivo de aplicación —las personas que pueden beneficiarse de él y las circunstancias requeridas para considerar que el deudor está dentro del denominado «umbral de exclusión»— como el objetivo —el límite del precio de compraventa de la vivienda habitual, por encima del cual no es aplicable el Código—.

La Ley 1/2013 establece en su disposición transitoria octava:

«Las entidades que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y no se adhieran a las modificaciones introducidas en el mismo por esta Ley seguirán obligadas en los términos de dicho Real Decreto Ley, en su versión originaria.»

c. Real Decreto-ley 1/2015,
de 27 de febrero, y Ley
25/2015, de 28 de julio

Por último, en 2015 ha sido aprobado el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (*BOE* del 28), que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, ha dado lugar a la promulgación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (*BOE* del 29), si bien, dado el ámbito temporal de esta Memoria —2014—, no se recogen en ella resoluciones de este DCMR en relación con su aplicación.

El Real Decreto-ley 1/2015, en su disposición adicional quinta, establece:

«1 Todas las entidades que a la entrada en vigor de este real decreto-ley se encontrasen adheridas al “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, regulado en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, de conformidad con las redacciones vigentes en el momento de su adhesión, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en este Real Decreto-ley, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

2 En los diez días siguientes al transcurso del plazo de un mes establecido en el apartado anterior, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el “Boletín Oficial del Estado”. Las posteriores comunicaciones se publicarán tri-

49 En adelante, aludiremos indistintamente a él como «Código de Buenas Prácticas», «Código» o «CBP».

mestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el “Boletín Oficial del Estado”, salvo que no hubiera modificación alguna.»

- d. Convivencia de diferentes versiones, adhesión por la entidad a una u otra y escenarios posibles

A día de hoy, la inmensa mayoría de las entidades de crédito que operan en nuestro país se encuentran adheridas a alguna de las sucesivas versiones del Código, pero no todas.

Y varias versiones del Código conviven en el tiempo (la originaria del RDL 6/2012, la modificada por la Ley 1/2013 y la modificada por el RDL 1/2015).

Así las cosas, el primer factor que cabe considerar a la hora de evaluar la actuación de una entidad desde el punto de vista del respeto a la indicada normativa será la determinación de si se encontraba adherida al mencionado Código y la fecha de su adhesión, en su caso, para después determinar cuál de las versiones de aquel le resultaba aplicable al tiempo de la solicitud de su cliente de beneficiarse de las medidas contempladas en él.

Las entidades han de comunicar su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, ordenando el secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, la publicación del listado actualizado de entidades adheridas en el *Boletín Oficial del Estado*⁵⁰ y en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera:

<http://www.tesoro.es/c%C3%B3digo-buenas-pr%C3%A1cticas>.

Durante el año 2014, al que se refiere esta Memoria, y teniendo como referencia la fecha en que el deudor haya solicitado a la entidad la aplicación de las medidas del Código, las situaciones posibles a las que se ha enfrentado aquel han sido las siguientes:

- i. Del 10 de marzo de 2012 al 14 de mayo de 2013: en este período, un doble escenario:
 - a) La entidad no estaba adherida.
 - b) En caso de estarlo, se encontraba vinculada por la primera y entonces única versión del Código de Buenas Prácticas.
- ii. Del 15 de mayo de 2013 al 28 de febrero de 2015: en este lapso, los escenarios han sido tres:
 - a) El de ausencia de vinculación por lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas en ninguna de sus versiones, por no haberse adherido la entidad reclamada en ningún momento a aquel, siendo como es la adhesión voluntaria. Según se ha advertido ya, en tales supuestos, una solicitud de reestructuración de la deuda, dación en pago, etc., que pudiera efectuar un deudor hipotecario, aun cuando reuniera los requisitos contemplados

50 Véanse las resoluciones de 8 de enero de 2013 (BOE de 10 de enero), 8 de abril de 2013 (BOE de 10 de abril), 5 de julio de 2013 (BOE de 12 de julio), 3 de octubre de 2013 (BOE de 10 de octubre), 10 de enero de 2014 (BOE de 23 de enero), 10 de abril de 2014 (BOE de 16 de abril), 8 de octubre de 2014 (BOE de 21 de octubre), 8 de enero de 2015 (BOE de 22 de enero), 7 de abril de 2015 (BOE de 28 de abril) y 20 de julio de 2015 (BOE de 28 de julio).

en esta normativa, habría de ser resuelta por la entidad dentro del ámbito de discrecionalidad propio de su política comercial y de riesgos.

- b) El de aplicación en su versión originaria, la aprobada por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, situación en la que se han encontrado las entidades que se hubieran adherido a aquel y no a las modificaciones introducidas en él por la Ley 1/2013.
- c) El de aplicación de dicho Código en la versión prevista por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que tendría lugar única y exclusivamente en caso de que la entidad de que se tratara hubiera comunicado su adhesión a dichas modificaciones, como se establece en la disposición transitoria octava de la mencionada ley.

Desde el 1 de marzo de 2015, fecha en la que entró en vigor el RDL 1/2015, virtualmente hubiera sido posible la existencia de hasta cuatro situaciones diferentes. Sin embargo, debemos adelantar, para la Memoria de este DCMR correspondiente al año 2015, que desde la primera resolución publicada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2015, la de 7 de abril de 2015 (BOE de 28 de abril), solo tres entidades comunicaron su voluntad de permanecer dentro del ámbito de aplicación de la versión del Código modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y ninguna en el de la originaria, siendo ampliamente mayoritaria —92 entidades— la opción por la versión modificada por el Real Decreto-ley 1/2015. Por ello, el número de escenarios posibles sigue siendo de tres: no adhesión, adhesión a la versión de la Ley 1/2013 y versión del RDL 1/2015.

A modo de ejemplo, en el expediente R-201419185, el reclamante, en julio de 2014, sometió ante este DCMR su disconformidad por las condiciones económicas de las operaciones contratadas desde 2005 y solicitó la revisión de los tipos de interés invocando su situación de crisis económica. La entidad señaló que había aplicado en todo momento las cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario y que se había ayudado a los titulares cuando estos habían comunicado sus dificultades temporales de pago. En el momento de la presentación de la reclamación, la entidad no estaba adherida al Código en ninguna de sus versiones. Y por ese motivo el expediente concluyó con un informe favorable a la entidad, al ser la solicitud de los clientes en ese momento una cuestión de política comercial de la entidad. No obstante, y toda vez que con posterioridad, mediante Resolución de 8 de octubre de 2014, la entidad mostró su adhesión a la versión del Código de la Ley 1/2013, se le advirtió de la obligación que le incumbía de contactar con la parte reclamante e informarle de la existencia, contenido y documentación que debía aportar.

Otra variante respecto a la problemática relativa a la aplicabilidad del Código se puso de manifiesto en el expediente de referencia R-201419802. En él, la reclamante explica que la entidad ha rechazado la aplicabilidad del CBP asegurando que el acreedor hipotecario —un tercero— no se encuentra adherido a ella, cuestión que la entidad también alega. Se argumenta que en la escritura de préstamo hipotecario se hace constar que el préstamo es concedido por otra sociedad que, efectivamente, no se encuentra adherida al CBP. En consecuencia, y por estos motivos, se concluía el infor-

me sin pronunciamiento contrario al proceder de la entidad. No obstante, existían elementos que permitían justificar la aparente confusión de la reclamante, dado que la conservación de la administración del préstamo y su comercialización se realizó por la entidad reclamada, que sí se encontraba adherida al Código, llamando la atención a la entidad en este sentido.

3.4.3 EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS. SU CONTENIDO

Como venimos diciendo, la mayoría de las entidades se ha acogido, en una u otra versión, al Código, y de esta forma se autoimponen la obligación de asumir las medidas en él reflejadas y su *modus operandi* ante la situación de su cliente que incumple el pago de alguna cuota o manifiesta dificultades para ello, y se encuentra dentro del umbral de exclusión. Una vez que la entidad ha mostrado su adhesión al Código, no puede reconducir la solicitud del cliente, como se ha indicado con reiteración, a una cuestión de política comercial, ni puede no aplicar todas, o alguna, de las medidas de aquel (con la salvedad de la quita, que sigue siendo discrecional, como ahora veremos, lo que probablemente sea el origen de su nula aplicación).

En resumen, el Código incluye, según indica la exposición de motivos de la norma, tres fases de actuación (las cuales —es importante advertir— son necesariamente consecutivas):

- La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, medida no aplicable cuando el deudor se encuentre demandado en un procedimiento de ejecución una vez que se haya producido el anuncio de la subasta.
- La segunda, y de no resultar factible lo anterior, mediante el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de la deuda.
- La tercera, prevista para el supuesto de que ninguna de las dos medidas anteriores resultaran suficientes para reducir el esfuerzo del deudor hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda, la cual deberá ser aceptada por la entidad, tras la solicitud del deudor, pudiendo permanecer la familia en la vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible, medida que tampoco es aplicable a los préstamos en los que se esté tramitando un procedimiento de ejecución en el que ya se haya publicado el anuncio de subasta, ni puede imponerse a la entidad cuando el inmueble esté gravado con cargas posteriores.

Por lo demás, el Código, contenido en el anexo del RDL 6/2012, no ha sufrido grandes cambios con las sucesivas normas a las que hacemos referencia. Lo que sí ha sido sufrido profundas modificaciones ha sido su ámbito subjetivo de aplicación (personas a las que es aplicable y deudores dentro del ámbito de exclusión), y el objetivo (viviendas habituales hipotecadas a las que es aplicable, en función de su precio de compraventa). Además, también ha variado el régimen sancionador previsto, para el caso de incumplimiento por las entidades de las obligaciones que sobre ellas penden.

a. Versión del RDL 6/2012

Conviene transcribir de forma completa el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, contenido en el anexo del RDL 6/2012, en su versión originaria.

«1 Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.

- a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del citado real decreto-ley.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

- b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

- i. Carencia en la amortización de capital de cuatro años.
- ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 % durante el plazo de carencia.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración.

- c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado.

2 Medidas complementarias.

- a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico-financiera podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

- b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:
 - i. Reducción en un 25 %.
 - ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las deudas.
 - iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido.
- c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

3 Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.

- a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.
- b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.
- c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe

total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 %.

- d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.
- e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

4 Publicidad del Código de Buenas Prácticas.

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

b. Versión de la Ley 1/2013

Sobre el Código en la versión transcrita, la Ley 1/2013 introdujo las siguientes novedades:

- No solo es la entidad la que puede proponer un plan de reestructuración. El deudor puede presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, la cual, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en los que se fundamenta.
- El plazo de carencia en la amortización de capital y, consecuentemente, de reducción del tipo de interés, a que hace referencia el plan de reestructuración de deuda, pasa de cuatro años a cinco.
- El plan de reestructuración se entiende inviable cuanto establezca una cuota superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, en lugar del 60 % que establecía la versión anterior del Código.
- El deudor que, tras la dación en pago, permanezca en la vivienda habitual como arrendatario deberá pagar un interés de demora, en caso de impago de la renta, del 10 %, en lugar del 20 % establecido primitivamente.

c. Versión del RDL 1/2015

Por último, el RDL 1/2015 ha introducido otra modificación en el Código de Buenas Prácticas, de forma que el plan de reestructuración que debe formular la entidad contemplará, además del plazo de carencia, la reducción del tipo de interés y la ampliación del plazo de amortización, una cuarta medida, según la siguiente redacción:

«En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.»

3.4.4 INCIDENCIAS DETECTADAS EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Una vez que hemos tomado contacto con el contenido del Código de Buenas Prácticas, debemos llevar a cabo varias puntualizaciones, desde la experiencia de las reclamaciones que se han resuelto por este DRCM en 2014.

a. Publicidad

En primer lugar, es de suma importancia el cumplimiento por las entidades del punto número cuatro del Código, que refleja su obligación de hacer publicidad de este. A ellas les incumbe el deber de realizar entre su clientela la debida publicidad de su existencia y contenido, pues son cruciales —«urgente», señala la norma— la detección y la solución tempranas de la situación de dificultad sobrevenida para el pago. Solo mediante la detección temprana y la política activa de las entidades frente al deudor en situación de crisis, se puede minorar el riesgo de incumplimiento, evitando que se genere una deuda hipotecaria —capital impagado, intereses de demora, costas y gastos— que dificulte la reestructuración de la deuda, que es la medida fundamental perseguida por la norma.

Por ello, recibida del cliente la petición de que se flexibilice la deuda —no tiene por qué ser invocado por el deudor explícitamente el Código, pues muchos clientes desconocen su existencia—, o detectada por la entidad su dificultad para el pago, lo cual se debe producir a más tardar con el incumplimiento del pago de la primera cuota, le incumbe a la acreedora informar sobre el contenido del Código y orientar al prestatario en este sentido.

Este DCMR no considera una actuación correcta por parte de la entidad adherida al Código que, sin informar a su cliente de la existencia de este, de sus medidas y de las ventajas de orden fiscal, notarial, etc., que comporta, suscriba con el prestatario una novación menos ventajosa que la establecida en el Código, o una dación en pago —o la entrega del bien a un tercero, aun extinguiendo la deuda—, ajena a la contemplada en la normativa, y más onerosa para este.

En el expediente R-201420143, el reclamante solicitaba la dación en pago de su vivienda para la extinción de su deuda hipotecaria con la entidad. No obstante, esta reconduce la operación a través de una sociedad que formaliza una compraventa con subrogación de hipoteca con el cliente. La entidad no informó al reclamante de la normativa de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y en particular de las ventajas fiscales, notariales, registrales y de alquiler social que establece el Real Decreto-ley 6/2012, sino que propició la compraventa. De resultas de ello, al cliente le fue requerido el pago de determinados impuestos y gastos, que en caso de dación en pago al amparo del Código correrían a cargo de la entidad. En consecuencia, se emitió pronunciamiento contrario por posible quebrantamiento de la normativa de transparencia (al estar la entidad adherida a la versión del CBP modificada por la Ley 1/2013).

b. Otras ventajas aplicables
a los deudores sin recursos

En este punto, y a fin de aclarar por qué una reestructuración de deuda o una dación en pago resultan menos gravosas para el cliente si se realizan al amparo del RDL 6/2012 que fuera de este, conviene recordar, en primer lugar, que el RDL introduce una *limitación de los intereses moratorios* que puede cobrar la entidad al deudor hipotecario sin recursos, desde que se acredite que está en el umbral de exclusión. Más tarde volveremos sobre este asunto⁵¹.

La limitación de los intereses
moratorios

El alquiler social

Además, hay que tener en cuenta que, al solicitar la dación al amparo del Código, el prestatario puede obtener *el uso de la vivienda en alquiler*, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación. No existe norma que imponga dicha ventaja si la dación se realiza fuera del Código.

51 Quedan limitados al interés nominal con un diferencial del 2,5 %, o del 2 %, según la versión del Código, frente al tipo de demora de tres veces el tipo de interés legal del dinero, establecido para deuda hipotecaria sobre vivienda habitual.

Y, por último, es oportuno recordar las *ventajas fiscales y notariales* que introdujo el RDL 6/2012 —que en algún caso comportan para la entidad la asunción de gastos que, de no aplicarse el Código, serían a cargo del cliente—. En particular, dicha norma modificó:

- El texto refundido de la *Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, de forma tal, que las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se realicen al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, quedan exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados.
- El texto refundido de la *Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, disponiéndose que en las transmisiones realizadas por los deudores situados en el «umbral de exclusión» con ocasión de la dación en pago de su vivienda, efectuada al amparo del Código de Buenas Prácticas, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.
- La *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*, incorporando una «Disposición adicional trigésima sexta. Dación en pago de la vivienda», en la que se señala que estará exenta de este impuesto la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores situados en el «umbral de exclusión» con ocasión de la dación en pago de su vivienda, efectuada al amparo del Código de Buenas Prácticas.

Además, la norma estableció una bonificación del 50 % en los derechos arancelarios notariales y registrales que se deriven de la cancelación del derecho real de hipoteca en los casos de dación en pago de deudor hipotecario situado en el «umbral de exclusión» que establece el Real Decreto-ley 6/2012, al tiempo que se indica que el deudor no soportará ningún coste adicional de la entidad financiera que adquiere, libre de carga hipotecaria, la titularidad del bien antes hipotecado.

c. Respuesta esperada de la entidad

Las entidades, como profesionales expertas que son de su operativa, deben contar con los medios y los procedimientos necesarios para atender y analizar este tipo de solicitudes, debiendo velar no solo por sus intereses, sino también por los de sus clientes, máxime en estos casos en los que la solicitud por parte del deudor hipotecario de algunas medidas depende de que no se hayan producido determinadas situaciones, tales como el anuncio de subasta en los casos en los que el deudor esté inmerso en un procedimiento de ejecución hipotecaria —medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria o dación en pago de la vivienda habitual—, o que la vivienda presente cargas posteriores a la hipoteca —medidas complementarias: dación en pago de la vivienda habitual—.

Del mismo modo, el DCMR ha venido indicando que una actuación acorde con las buenas prácticas y usos financieros, o con la normativa de disciplina, requiere que, cuando un cliente comunique a su entidad la dificultad o imposibilidad de cumplir con sus compromisos de pago en los términos que fueron pactados en su día, esta informe al cliente de

su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, así como de los requisitos y circunstancias que han de concurrir para, en su caso, considerarlo situado dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 —«umbral de exclusión»—, facilitando a este que pueda solicitar y acogerse, en su caso, a las medidas que el Código contempla.

En algún caso, el reclamante expuso su disconformidad porque la entidad no le aplicara las medidas contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Ante esta afirmación, la entidad alegó que la fecha de presentación de la solicitud de dación en pago era posterior a la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria. El DCMR consideró la actuación de la entidad contraria a las exigencias del Código, pues ni se informó de su existencia, ni se aclaró que la mera interposición de la demanda de ejecución hipotecaria por parte de la entidad no impediría al deudor hipotecario solicitar y obtener la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Así, tan solo quedaría excluida la posibilidad de solicitar la medida de reestructuración de la deuda hipotecaria y la dación en pago, en aquellos supuestos en los que el deudor hipotecario se encuentre en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de subasta, pero no antes.

Por supuesto que, recibida petición expresa de aplicación del Código, una actuación de la entidad acorde con la diligencia debida pasaría por:

A) Denegar su aplicación, de forma inmediata y motivada, cuando conozca de alguna circunstancia que, a simple vista, impida dicha aplicación

En el supuesto de que existiera alguna circunstancia conocida por las entidades que, sin necesidad de efectuar mayores análisis y acreditaciones, determinara, desde un primer momento, la no aplicación al supuesto de lo establecido en el Código, cabe exigir a aquellas que respondan a las solicitudes que les hubieran sido formuladas, informando a sus clientes de que no les resultan de aplicación las medidas contempladas en el Código, detallando la/s causa/s invocada/s, con objeto de que estos puedan llevar a cabo cuantas actuaciones estimen convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

En ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el DCMR que, a pesar de que las entidades estaban adheridas al Código de Buenas Prácticas, estas no habían aplicado las medidas solicitadas y/o contempladas en él. Sin embargo, las entidades reclamadas alegaron ante el DCMR, y así quedó acreditado, mereciendo nuestro pronunciamiento favorable, que los reclamantes no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del real decreto-ley, bien por no reunir las circunstancias necesarias para considerarlos situados en el «umbral de exclusión», bien por no aportar la documentación requerida (estando acreditado que la entidad se la había solicitado), o bien porque, aportada esta, tras ser analizada se había puesto de manifiesto que no concurrían las circunstancias necesarias para que dichos supuestos estuvieran sujetos al Código de Buenas Prácticas o poder solicitar la aplicación de algunas de las medidas en él contempladas, informando de ello correctamente a sus clientes. Es un ejemplo en este sentido la denegación por la entidad, de forma correcta y diligente, de la aplicación de las medidas, por quedar acreditado que la vivienda no es el domicilio habitual de la unidad familiar del reclamante, por no estar empadronados en la vivienda.

Sin embargo, no consideramos diligente que los representantes de la entidad, en lugar de esto, requieran del cliente diferente documentación, a lo largo del tiempo, generando en

él falsas expectativas, en ocasiones por el propio desconocimiento que los representantes de la entidad tienen de la normativa.

Así, en un caso, la entidad, ante el incumplimiento por un cliente de sus obligaciones de pago, requirió a este sucesivamente documentación —volante de empadronamiento, que sorpresivamente el cliente llegó a aportar—, siendo así que la finca hipotecada está calificada como local de negocio, y adicionalmente, según consta en el expediente, estaba alquilada como oficina a una mercantil; la actuación de la entidad fue considerada incorrecta, porque, a pesar de no ser de aplicación la normativa, conocido por la entidad que no era una vivienda, debió rechazar *prima facie* la solicitud.

Igualmente, consideramos apartado de la correcta práctica bancaria la denegación no motivada de la aplicación, pues genera en el prestatario indefensión. Del mismo modo, en algunos casos planteados al DCMR, la entidad, ante la petición de su cliente, ha denegado la aplicación del Código, excusando que no es de aplicación este por una determinada razón, de forma que, ante la argumentación motivada de su cliente en contra de dicha razón, ha alegado en sucesivas ocasiones otras diferentes, que no fueron puestas de manifiesto en un primer momento, dilatando con ello la resolución final, fuera cual fuera esta, lo cual obviamente, no es correcto.

B) Analizar la solicitud y documentación aportada, y contestar inmediatamente, requiriendo la que falte, concretándola

No es diligente que, tras recibir del cliente la documentación que este ha considerado suficiente, se le dé contestación solicitando de nuevo toda la documentación mediante un formulario estandarizado, como tampoco lo es que el requerimiento se formule después de varios meses desde la primera presentación y, en ocasiones, al recibir desde el DCMR la solicitud de alegaciones tras la presentación de una reclamación.

También los reclamantes manifestaron ante el DCMR que, solicitada a la entidad la reestructuración de su deuda hipotecaria y adjuntando a la solicitud los documentos para la comprobación de las condiciones de vulnerabilidad señaladas en la norma, la entidad no había procedido a aplicar las medidas solicitadas, ni les había facilitado contestación escrita alguna. En alegaciones, las entidades excusaron que se había requerido la documentación adicional verbalmente, o que por este mismo conducto se había denegado la petición, sin acreditarlo. En alguno de dichos casos, la contestación ante este departamento fue tan escasamente motivada y deficientemente documentada, que se apreció que podría considerarse falta de colaboración no solo con su cliente, sino también con el DCMR.

C) Reconducir la solicitud del prestatario, informándole de que las medidas dispuestas por el Código no son simultáneas, ni alternativas, a la libre elección del cliente o de la entidad, sino que son sucesivas

Por tanto, recibida solicitud de dación en pago, y en cumplimiento del deber de publicidad que incumbe a la entidad, no consideramos suficiente que deniegue esta medida, sin orientar al cliente a la solicitud de una reestructuración que podría ser viable.

Y tampoco consideramos adecuado que se deniegue sin más justificación la reestructuración, por considerarla inviable, sin justificar su resolución. En este punto recordamos a las entidades que, una vez que el cliente acredita su situación de exclusión, y que la vivienda se

encuentra dentro del ámbito objetivo de aplicación del Código, la entidad tiene la obligación de formular el plan de reestructuración en los términos y plazo establecidos en el Código.

Y en el plan debe advertir su viabilidad o no, justificando cuáles son los ingresos de la unidad familiar tenidos en cuenta, el importe de la cuota resultante de la aplicación conjunta de las medidas, y el porcentaje que se alcanza entre las dos magnitudes, que es el que debe tenerse en cuenta para valorar dicha viabilidad. Es decir, la viabilidad o no de la operación no la determina subjetivamente la entidad, a tanto alzado y sin justificación alguna, como en algunos casos se deduce que esta entiende de la lectura de sus alegaciones, ni tampoco el cliente, que manifiesta que con el 40 %, con el 50 % o el 60 % de sus ingresos no puede hacer frente a sus gastos en condiciones dignas. La viabilidad del plan es objetiva y la determina la norma (la cuota no debe suponer más del 60 % de los ingresos familiares en la primera versión del Código, y del 50 % de ellos en la segunda versión, que puede llegar a ser del 40 % en supuestos de especial vulnerabilidad). En caso de ser inviable el plan, la entidad debe informar al cliente de las sucesivas medidas que prevé el Código.

Así, en el expediente R-201405803, la parte reclamante manifestó que la situación económica por la que atravesaba la unidad familiar dificultaba hacer frente a la cuota hipotecaria, situación que se veía agravada por la discapacidad de uno de sus miembros, así como por la existencia de hijos menores a su cargo. La entidad consideró acreditados los requisitos de especial vulnerabilidad, pero alegó que, aplicando el Código de Buenas Prácticas, se obtendría como resultado una cuota hipotecaria mensual superior al 50 % de los ingresos percibidos por la unidad familiar. Informó igualmente en ese momento de que se podían solicitar las medidas complementarias o sustitutivas de la ejecución dentro del plazo de un año desde la solicitud de reestructuración. La parte reclamante manifestó reiteradamente su disconformidad con la resolución anterior, sin que la entidad detallara en ninguno de sus escritos de contestación los cálculos mediante los que obtuvo una cuota superior al 50 % de los ingresos; dichos cálculos tampoco fueron justificados por la entidad en sus alegaciones, en las cuales sorpresivamente adujo que la cuota hipotecaria en el momento de la solicitud no era superior al 50 % de los ingresos —es decir, que los prestatarios no estaban en el umbral de exclusión, lo cual antes había considerado acreditado—, toda vez que no se había aportado justificante del porcentaje de minusvalía. Este departamento consideró incorrecta la actuación de la entidad, que no solo continuó sin detallar la cuota que habían obtenido del cálculo, sino que en apariencia indicó un motivo diferente al anterior para no aplicar la medida de reestructuración solicitada.

En otro supuesto, el reclamante denunció ante el DCMR la negativa de la entidad a atender su solicitud de dación en pago de la vivienda, a pesar de cumplir todos los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley 6/2012, estar adherida la entidad al Código de Buenas Prácticas y haber presentado toda la documentación necesaria, argumentado la entidad su negativa a concederle la dación en pago por ser posible reestructurar la deuda hipotecaria. Así, respecto a la *reestructuración de la deuda hipotecaria*, el DCMR señaló que la entidad debió notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración ajustado al Código. Analizadas las alegaciones de la entidad, se observó que dicho plan se refería únicamente al período de carencia de amortización del capital pendiente de pago, período de carencia en el que, como es sabido, tan solo se pagan intereses. Se consideró que, manteniendo el tipo de interés pactado en este momento para el préstamo hipotecario, resultaría, una vez transcurrido el período de carencia, una cuota mensual que superaría con creces el 60 % de los ingresos que percibe la unidad familiar, resultando, por tanto, inviable dicho plan conforme define el Código de Buenas Prácticas, extremo que no fue advertido por la entidad, por lo que su actuación mereció nuestro pronuncia-

miento más desfavorable, resultando no ajustada a lo establecido en el Código de Buenas Prácticas.

En otras ocasiones, los reclamantes se acercaron a sus entidades en demanda de una reestructuración de la deuda. Ante el DCMR exponían que habían solicitado a la entidad acogerse a las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas, considerando que con un plan de reestructuración de su deuda hipotecaria sí que podrían hacer frente a los pagos de las cuotas del préstamo, denunciando que la entidad, sin embargo, tan solo les había ofrecido una dación en pago de la vivienda, propuesta que no resultaba de su interés. Las entidades reclamadas, por su parte, alegaban que, dada la situación económica de su cliente, estimaban que el plan de reestructuración era inviable, y, dado que la opción de la quita se desestimó, quedó la dación en pago de su vivienda como única opción viable. A este respecto, el DCMR concluyó con un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad, por no haber presentado a su cliente, como es su obligación, el plan de reestructuración solicitado, con independencia de la calificación que este hubiera obtenido —viable o inviable—, limitándose a señalar que su plan de reestructuración era inviable.

- d. Dentro del plazo de un mes desde la solicitud con la documentación completa, se debe formular el plan de reestructuración

El momento exacto en que el deudor presenta su solicitud, y toda la documentación requerida, de forma completa, es de crucial importancia, por varias cuestiones.

En primer lugar, porque a partir de él comienza a computar tanto el plazo de un mes de que dispone la entidad para formular el plan de reestructuración como el de doce meses de que dispone el deudor para, en su caso, pedir la dación en pago extintiva.

Además, también lo es porque, justo a partir de ese momento, le es de aplicación la moderación de los intereses moratorios dispuesta en el art. 4 del RDL 6/2012, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente.

La Ley 1/2013 introdujo una modificación a la Ley Hipotecaria (texto refundido según el Decreto de 8 de febrero de 1946), aplicable no solo a los deudores dentro del umbral de exclusión, sino también a todos los titulares de *préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda*, en virtud de la cual, los intereses de demora de dichos préstamos no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, sin que puedan ser capitalizados.

Además, el RDL 6/2012 contempla una *ventaja adicional para los deudores y contratos que son objeto de protección*, consistente en que, desde el momento en el que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra situado en el «umbral de exclusión», el interés moratorio será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 % sobre el capital pendiente del préstamo. Dicho porcentaje quedó reducido al 2 % con la Ley 1/2013.

Por tanto, acreditada dicha situación, la entidad, con carácter inmediato, debe ajustarse, en el cálculo de la demora, al tipo de interés que resulte de la aplicación de la norma y, por supuesto, a la fórmula de cálculo señalada. En la práctica, es evidente que la entidad no lo puede hacer de forma inmediata: debe valorar las circunstancias y la formulación del plan supone un decalaje temporal natural, aun en el caso de la mayor diligencia. Por lo tanto, para ajustarse a lo dispuesto por la normativa, a la entidad no le cabe más opción que, llegado el momento, recalcular el préstamo.

Por otro lado, conviene a la entidad —y, por supuesto, al cliente— que el plan de reestructuración se efectúe tan pronto como sea posible, y siempre dentro del mes establecido en el Código.

Si la detección temprana por la entidad de la situación de dificultad sobrevenida funciona, antes o simultáneamente con el primer incumplimiento del prestatario, y se formula por este la solicitud de forma pronta y completa —lo cual compete al cliente, pero siempre con la orientación de la entidad, como profesional financiero—, se evita la existencia y acumulación de cuotas vencidas e impagadas, de demoras, de comisiones y gastos, que luego en definitiva dificultan la reestructuración, o incluso la impiden, en el caso de procedimiento ejecutivo con señalamiento de subasta.

A modo de ejemplo, en el expediente R-201422715 la entidad invocó la excepción de litispendencia para que la reclamación se inadmitiera, y lo hizo por haber iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el impago de su cliente, siendo así que la demanda ejecutiva se presentó bastante tiempo después de haber formulado el reclamante la solicitud de aplicación del Código, e incluso tras tener conocimiento de la incoación del expediente de reclamación por el departamento mediante el traslado para alegaciones. La entidad no había contestado hasta entonces a la solicitud del cliente. En este caso, de haberse señalado fecha para la subasta, la actuación de la entidad habría supuesto para el deudor la imposibilidad de acogerse a las medidas y mereció nuestro pronunciamiento más desfavorable.

En multitud de expedientes, el DCMR pudo comprobar, a raíz de la documentación aportada por las partes, que había sido excesivo el período transcurrido entre la puesta en conocimiento de la situación de dificultad económica por el reclamante y la formulación de la respuesta por parte de la entidad, fuese esta para informarle sobre la documentación que había de aportar o fuese para emitir una resolución sobre la aplicabilidad de las medidas. Lo dilatado del mencionado plazo —superior al mes— determinó la emisión de nuestro pronunciamiento desfavorable.

e. Reestructuración,
refinanciación
y reunificación

En este punto, debemos recordar a los clientes que, por su propio interés, deben ser diligentes en la solicitud de las medidas y en la aportación de la documentación que les es requerida.

Y a las entidades, que no pueden demorar la tramitación de la solicitud, incluso durante el plazo de un año después de tener la documentación, o incluso más, para luego exigir del cliente la puesta al día del préstamo —o la formalización de un préstamo personal—, como condición para poder acceder a la reestructuración, lo cual, en la situación de debilidad económica en la que se encuentra el deudor, es imposible.

Igualmente debemos aquí recordar a los acreedores que la opción que confiere el Código de reunificar las deudas —tarjeta, descubierto, préstamos o créditos personales— es adicional a la reestructuración, pero no puede resultar una condición *sine qua non*; es decir, la entidad debe formular un plan de reestructuración de la completa deuda hipotecaria que tiene el cliente con ella en las condiciones reflejadas en el Código —incluso si el cliente tiene con la entidad deuda hipotecaria generada por dos préstamos o créditos hipotecarios, o si la deuda hipotecaria incluye capital vencido, intereses de demora o gastos o costas: todo ello constituye la deuda hipotecaria, derivada del condicionado de la escritura—. Y, adicionalmente, y solo si conviene a ambos, reunificar el resto de las posiciones, en las condiciones que consideren oportuno.

En ocasiones, manifestaba el reclamante que, habiendo referido la situación de dificultad económica por la que atravesaba, lo cual le dificultaba afrontar el pago de la cuota hipotecaria, y habiendo formulado su solicitud de aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas, la entidad había exigido la regularización de las cuotas hipotecarias pendientes o condicionado la aplicación del Código a la mencionada regularización, ante lo que su cliente mostró su disconformidad.

Una vez analizada la documentación aportada al expediente, el DCMR consideró que la conducta de la entidad había sido incorrecta, por haber condicionado la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas, al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, a la regularización de las cuotas hipotecarias vencidas y no satisfechas, requisito este no contemplado en la citada norma.

f. Escritura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca. Préstamo titulizado

No debemos terminar este punto, referido a las incidencias detectadas en la aplicación del Código, sin dejar constancia de las cuestiones surgidas en relación con la novación que se opera en las escrituras de préstamo hipotecario, con su elevación a pública y con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Para una mejor apreciación de lo que intentamos abordar, se hace necesario transcribir:

– Artículo 5 del RDL 6/2012:

«4 Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite.

5 La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados.»

– Artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo

«3 Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una *alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita* excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»⁵²

⁵² Artículo 4. Escritura pública

«1 En la escritura de subrogación solo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.

Se deben realizar dos precisiones, a la vista de lo indicado en estos artículos. La primera, que el gasto de la elevación a pública de la escritura novada lo debe asumir la parte a la que le interese; si no fuera al deudor, este no tiene obligación alguna de asumirlo.

De otro lado, se ha puesto en evidencia en algún expediente de reclamación resuelto por este departamento durante el ejercicio a que se refiere esta Memoria, algún caso en el que la entidad ha excusado la no aplicación de la reestructuración prevista en el Código, por la pérdida de rango registral que comportaría aquella.

Así, en el expediente R-201410286, ante la reclamación del cliente, por la negativa de la entidad a aplicar el plan de reestructuración formulado, la entidad justificó la existencia de un plan de reestructuración que, si bien aparenta cumplir los requisitos formales de la normativa que le resulta aplicable, incluye un inciso con el siguiente tenor: «El plan de reestructuración presentado al cliente deudor resulta inviable de acuerdo con los parámetros establecidos el Código de Buenas Prácticas dado que: existen cargas posteriores que perjudican el rango de primera hipoteca de la constituida en garantía de la operación de préstamo/de crédito a novar.»

Ante dicha reclamación, la opinión emitida por este departamento ha sido que no existe en la norma previsión alguna que declare la inviabilidad del plan por la excusa alegada, siendo así que, en el caso de la reestructuración, la norma sí que ha previsto una excepción, la existencia de procedimiento judicial en el que se hubiera anunciado la subasta y, en el caso de dación, esta misma excepción, y además la existencia de cargas posteriores. Cuando el legislador no ha distinguido, pudiendo haberlo hecho, no parece adecuado que la entidad, que voluntariamente se ha adherido y sometido al Código, lo haga. Todo ello sin prejuzgar, pues no es labor del departamento, en qué caso concreto se produce la efectiva pérdida del rango de primera hipoteca, que da a la entidad acreedora una posición prioritaria, un mejor derecho respecto a la finca hipotecada sobre los demás deudores; dicha calificación corresponde al registrador que inscriba la escritura de novación.

En estos casos, de cualquier forma, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, deberá la entidad procurar en beneficio del cliente una solución proactiva, y no basta con alegar dicha cuestión y archivar, sin más, la solicitud recibida. Ante la obligación autoimpuesta de realizar la reestructuración, podrá evaluar la entidad la mejor forma de cumplirla, apuntando desde este departamento, a modo de ejemplo, la posibilidad de abordar una quita, o reunificar la deuda, o, como prevé la Ley 2/1994, solicitar *la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior*.

Exactamente con la misma argumentación, esto es, que no existe en la norma previsión que exceptúe a la entidad de aplicar la reestructuración, se reputa incorrecta la actuación de la entidad que alega como excusa para no aplicar el Código que el préstamo está titulado. Tal es el caso del expediente R-201419814.

2 Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- i) la ampliación o reducción de capital;
- ii) la alteración del plazo;
- iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
- iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;
- v) la prestación o modificación de las garantías personales.»

3.4.5 ÁMBITO SUBJETIVO
DE APLICACIÓN DEL
CÓDIGO

Como ya hemos adelantado al escribir sobre el Código y sus diferentes versiones, el mayor cambio normativo con las sucesivas modificaciones no se ha operado sobre el contenido del anexo del RDL 6/2012 —sobre el Código en sí—, sino sobre el resto del articulado de la norma, en el que se establecen, entre otros, su ámbito subjetivo de aplicación, el objetivo, el régimen sancionador y el seguimiento de su cumplimiento.

Abordaremos en este punto, siguiendo la sistemática del anterior, primero las diferentes versiones ofrecidas por la normativa, relativas tanto al ámbito subjetivo de aplicación como a su ámbito objetivo, para después realizar una breve referencia a las incidencias detectadas por este departamento, a través de la resolución de las reclamaciones.

a. El umbral de exclusión

La norma señala que *los beneficiarios de las medidas deben ser quienes padecen extraordinarias dificultades para atender el pago de la deuda hipotecaria sobre la vivienda habitual*, resultando aplicables a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo *deudor se encuentre situado en el denominado «umbral de exclusión»*.

b. Sujetos beneficiarios
en el RDL 6/2012

Así, el real decreto-ley señala que se considerarán situados en el «umbral de exclusión» los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre su *vivienda habitual*, cuando concurren todas las circunstancias que se indican en el número 1 del artículo 3, las cuales han de ser acreditadas mediante la presentación de los documentos que se relacionan en el número 2 de dicho artículo⁵³. Dichas circunstancias son las siguientes:

- «a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.
- b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

53 Art. 3.2: «La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado anterior se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

- a) Certificados expedidos por el Servicio Público de Empleo competente acreditativos de la situación de desempleo de los miembros de la unidad familiar residentes en la vivienda. En caso de trabajador por cuenta propia sin rentas, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.
- b) Certificado de rentas expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación al último ejercicio tributario.
- c) Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.
- d) Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
- e) Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
- f) Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.
- g) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.»

- d) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).
- e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).
- f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.»

c. Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios

A modo de antecedente de la reforma operada por la Ley 1/2013, debemos indicar que el 16 de noviembre de 2012 se publicó en el *BOE* el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. La norma tenía como objeto fundamental la suspensión inmediata y por un plazo de dos años, desde su entrada en vigor, de los desahucios de las familias que se encontraran en una situación de especial riesgo de exclusión. Las medidas contempladas en la norma son aplicables a personas que se encuentren dentro de los «supuestos de especial vulnerabilidad» y en las que concurren las especiales «circunstancias económicas» que se describen. Su ámbito subjetivo de aplicación se acerca mucho y anticipa la definición que luego habría de contener la Ley 1/2013.

Así, se detallan como *supuestos de especial vulnerabilidad* los siguientes: familia numerosa, unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo, unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años, unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral, unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo, unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral, unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, cuando la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

En cuanto a las *circunstancias económicas* que han de concurrir, estas son las siguientes: que el conjunto de ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de las circunstancias económicas, en términos de esfuerzos de acceso a la vivienda, en los cuatro años anteriores a la fecha de la solicitud, que la cuota hipotecaria sea superior al 50 % de los ingresos netos percibidos por el conjunto de los miembros de la unidad familiar, que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y este hubiera sido concedido para la adquisición de dicha vivienda.

d. Sujetos beneficiarios en la Ley 1/2013

La Ley 1/2013, como novedad, amplía la protección ofrecida a los deudores hipotecarios sin recursos a los avalistas hipotecarios respecto a su vivienda habitual, en las mismas condiciones que el deudor hipotecario en peligro de exclusión. Por otro lado, a los hipo-

tecantes no deudores y a los fiadores les concede, aunque no esté así pactado, el beneficio de excusión.

Además, introduce *un doble rasero* en cuanto a la valoración de la situación del deudor, de cara a considerarlo dentro del umbral de excusión.

La redacción que la Ley 1/2013 hace del RDL 6/2012, en cuanto a este punto, amplía en mucho el espectro de beneficiarios que se pueden beneficiar de *la medida de reestructuración* del Código: las condiciones para que un deudor pueda beneficiarse de una reestructuración son mucho menos restrictivas que las establecidas en el RDL 6/2012, y son muy parecidas a las descritas en el RDL 27/2012.

Sin embargo, en esta Ley 1/2013 las exigencias para *las medidas de quita o de dación en pago extintiva* se mantienen similares a las exigencias del RDL 6/2012, si bien es cierto que ahora el deudor puede tener rentas derivadas del trabajo, limitadas.

Una vez hecha esta reflexión primera, transcribimos los artículos pertinentes de la norma:

«Artículo 3. Definición del umbral de excusión

1 Se considerarán situados en el umbral de excusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples⁵⁴. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

54 Según la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, los valores del IPREM quedan fijados para 2015 en los siguientes valores:

IPREM diario: 17,75€/día.

IPREM mensual: 532,51€/mes.

IPREM anual (12 pagas): 6.390,13€/año.

IPREM anual (14 pagas): 7.455,14€/año.

- b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

- 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
 - 2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
 - 3.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.
 - 4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 % cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2 Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos.

- a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.

- c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.»⁵⁵

e. Sujetos beneficiarios en el RDL 1/2015

En esta norma se amplía el ámbito subjetivo, incrementándose el límite anual de renta de las familias beneficiarias, que se calculará según el *IPREM anual de 14 mensualidades* e incluyendo como nuevo supuesto de especial vulnerabilidad que el *deudor sea mayor de 60 años*.

3.4.6 ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO

El Real Decreto-ley 6/2012 estableció unos parámetros de sujeción al Código de Buenas Prácticas, señalando que este se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no exceda de los valores que se establecen en función del número de habitantes de los municipios donde están ubicados los inmuebles.

a. Viviendas sujetas al Código según el RDL 6/2012

Los valores establecidos en el número 2 del artículo 5 son los siguientes:

- «a) Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros.
- b) Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros.
- c) Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros.
- d) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.»

55 Art. 3.3: «La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

- a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:
 - 1.º Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.
 - 2.º Últimas tres nóminas percibidas.
 - 3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
 - 4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.
 - 5.º En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.
- b) Número de personas que habitan la vivienda:
 - 1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
 - 2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
 - 3.º Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.
- c) Titularidad de los bienes:
 - 1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.
 - 2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.
- d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.»

b. Viviendas sujetas al Código según la Ley 1/2013

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica estos valores, elevándolos. Y, además, establece, al igual que en el ámbito subjetivo, un doble rasero: en este caso, más amplio para la reestructuración y la quita, y más restrictivo para la dación.

«5.2 La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

- a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal⁵⁶. Asimismo se entenderá por personas a cargo, los descendientes y ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y que dependan económicamente del deudor por percibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional.

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

- a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;

⁵⁶ Se puede consultar el padrón por municipios en el siguiente enlace:
<http://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.html?padre=517&dh=1>.

c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;

d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.»

c. Viviendas sujetas al Código según el RDL 1/2015

Más relevante es la reforma operada mediante el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que introduce un factor de corrección, al tener en cuenta para la graduación de los límites de exclusión, no la población del municipio donde se ubica la vivienda en el momento de la solicitud, sino *el precio medio de la vivienda libre en la provincia en que esta se encuentra, en el año de adquisición*. La redacción sigue manteniendo el doble rasero: para la reestructuración y quita, más amplio, y más restringido para la dación.

Así, la redacción dada ahora al artículo 5.2 del Real Decreto-ley 6/2012 es la siguiente:

«2 La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20 % del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por *el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento*⁵⁷ para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 300.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 250.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.»

3.4.7 INCIDENCIAS
DETECTADAS EN
RELACIÓN CON EL
ÁMBITO SUBJETIVO
Y OBJETIVO DE
APLICACIÓN DEL
CÓDIGO DE BUENAS
PRÁCTICAS

La valoración sobre si el deudor hipotecario está en el umbral de exclusión, y su vivienda sujeta al Código, dependerá del momento de la solicitud y, si su entidad está adherida al Código, de a qué versión de este ha mostrado su adhesión.

En no pocas ocasiones, le ha sido imposible determinar a este departamento si el deudor estaba o no, en ese momento —en el de la solicitud—, dentro del umbral de exclusión, pues ni la entidad ni el reclamante aportaron la documentación completa. La mayor parte de las reclamaciones se presentan por la defectuosa tramitación de la solicitud, por la ausencia de contestación a la solicitud, o por la falta de motivación de esta.

En los supuestos en los que la entidad ha llegado a ofrecer una contestación denegatoria motivada, la reclamación se ha centrado en la discrepancia del deudor con la causa alegada por la entidad para no aplicarle las medidas solicitadas, y nuestro pronunciamiento se ciñe a ese *motivo concreto de reclamación*. Adicionalmente, debemos señalar que, según la normativa que regula el funcionamiento de este departamento —el artículo 10 de la Orden ECC/2502/2012—, «*serán causas de inadmisión por falta de*

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

competencia por parte de los servicios de reclamaciones o quejas: [...] d) Cuando la reclamación o queja se fundamente en una controversia cuya resolución requiera necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros.» En algunos supuestos, hay circunstancias personales, familiares o económicas cuya valoración escapa de la competencia de este DCMR.

En cualquier caso, es importante recordar que las medidas previstas en el Real-Decreto-ley 6/2012 se aplicarán a los contratos y deudores previstos, sin que quepa la aplicación por extensión con carácter normativo o interpretativo a ningún otro ámbito. Aunque también dispone el RDL 6/2012 que, con carácter potestativo, las entidades pueden aplicarlo a deudores diferentes, o mejorar sus previsiones, siempre dentro de su ámbito discrecional de actuación.

Fueron numerosas las reclamaciones en las que los reclamantes denunciaron la negativa de las entidades a aplicarles las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas; en su mayor parte, la medida de dación en pago de la vivienda habitual, a pesar de que estaban situados en el «umbral de exclusión» que establece el real decreto-ley, alegando las entidades en estas ocasiones que no resultaba aplicable a dichos supuestos el Código de Buenas Prácticas, *por cuanto el precio de adquisición de la vivienda objeto de garantía excedía el valor que para el municipio fijaba la norma*, desestimando las solicitudes de sus clientes y comunicando a estos sus resoluciones. En estos casos, el DCMR indicó que a dichos supuestos no les resultaba de aplicación el Código de Buenas Prácticas, al no cumplirse con lo dispuesto en el número 2 del artículo 5 de la norma, constatando e informando en cada uno de los casos que el Código no les resultaba de aplicación por cuanto el precio de adquisición de las viviendas excedía el valor fijado para su municipio en función del número de habitantes —y la eventual existencia de personas a cargo en la unidad familiar—, verificando dicho precio de adquisición de las viviendas en las correspondientes escrituras de compraventa de los inmuebles. Recordamos en este punto que la variable que se ha de tener en cuenta es el precio de adquisición de la vivienda, no el importe del capital concedido en el préstamo hipotecario, según alegan las entidades en ocasiones, cuando este es superior a aquel.

- a. El umbral de exclusión para la reestructuración al amparo de la versión de la Ley 1/2013: el doble rasero

Igualmente, en una serie de casos, los reclamantes solicitaron la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas o manifestaron, de alguna manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria. Las entidades indicaron que, constatada la documentación aportada por la parte reclamante, no se reunían los requisitos para ser considerado en el denominado «umbral de exclusión», resultando que unas veces acreditaban habérselo comunicado convenientemente y otras no. Concretamente, los motivos que alegaban en estos casos eran principalmente los siguientes: unas veces señalaban que algún miembro de la unidad familiar percibía rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas; en otras ocasiones, indicaban la existencia de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; también se hacía referencia a la existencia de codeudores incluidos en la unidad familiar que no se encontraban en la situación de «umbral de exclusión»; y, en otras ocasiones, se manifestaba que la cuota hipotecaria no resultaba superior al 60 % de los ingresos de la unidad familiar. Sin embargo, dado que *lo que se solicitaba era una reestructuración*, y la entidad en estos casos se encontraba adherida voluntariamente a las modificaciones operadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y puesto que *el requisito señalado como impedimento para que fuesen de aplicación al cliente las medidas del Código de Buenas Prácticas era de los requeridos en la versión primitiva del Real Decreto-ley 6/2012, o de los exigibles*

en el caso de dación en pago, se concluyó considerando que la conducta de la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos financieros.

b. La unidad familiar

En primer lugar, aunque el Código en su nomenclatura hace referencia al deudor hipotecario sin recursos, lo cierto es que las medidas en él contenidas van destinadas a las familias que sufren adversidad económica. Así, tanto en la redacción originaria del RDL 6/2012 como en las dadas para este por la Ley 1/2013 y por el RDL 1/2015, se hace referencia a «la unidad familiar» al referirse a sus ingresos, a la alteración significativa de sus circunstancias económicas y a las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Igualmente, la norma, al determinar la documentación exigida, solo hace referencia a la documentación relativa a la unidad familiar: documentación relativa a los ingresos por los miembros de la unidad familiar, certificado de empadronamiento colectivo relativo a los últimos seis meses, etc.

La norma define la unidad familiar: «Se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.»

La aplicación del Código a deudores que no se ajusten a dicha definición resulta por tanto potestativa para la entidad, con la salvedad del deudor hipotecario mayor de 60 años, al que, tras la reforma operada por el RDL 1/2015, le son aplicables las medidas, aun en el caso de no reunir los requisitos para ser considerado como unidad familiar.

c. Los ingresos de la unidad familiar

Se ha planteado ante este departamento la cuestión de la valoración de los ingresos de la unidad familiar. La normativa exige la presentación de documentación relativa a los ingresos de la unidad familiar de los últimos cuatro años, a fin de valorar la alteración durante los últimos cuatro años de las circunstancias económicas de la familia. Pero la valoración de los ingresos a fin de comprobar si se superan o no los límites exigidos, en proporción a la cuota, son los ingresos actuales, los mantenidos por la unidad familiar en el momento de la solicitud.

Igualmente dichos ingresos —los actuales— deben ser tenidos en cuenta para valorar la viabilidad o no del plan de reestructuración propuesto.

d. La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de exclusividad

En la versión del Código del RDL 6/2012, en virtud de la redacción textual de la norma, para que pudiéramos considerar al deudor dentro del umbral de exclusión, era necesario que el préstamo hipotecario que gravara la vivienda habitual tuviera por destino su adquisición, tanto para el caso de reestructuración como para el de dación.

Sin embargo, como ya se indicó en las memorias del departamento de los años 2012 y 2013, «habrá de estarse a que el préstamo o crédito hipotecario recaiga sobre la única vivienda propiedad del deudor y que dicha *financiación haya sido concedida para la adquisición de la vivienda*, no exigiendo dicho Real Decreto-ley, por tanto, que la financiación tenga por *finalidad única y exclusiva* la adquisición de la vivienda, como así pretendía la reclamada y el DCMR no compartía, imponiendo así mayores exigencias que las contempladas en la norma, por lo que su proceder no se ajustó a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2012».

Las reclamaciones a las que les es de aplicación el RDL 6/2012, por haber mostrado la entidad su adhesión a esta versión, se resuelven de acuerdo con estos criterios, a saber,

debe tener como destino la financiación de la compraventa de la vivienda habitual, pero la finalidad no tiene por qué ser exclusivamente esta.

En la versión de la Ley 1/2013, el préstamo hipotecario, como siempre, debe recaer sobre la vivienda habitual, pero, para el caso de reestructuración, no es exigible que el destino de la financiación sea su adquisición. El préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual puede tener por finalidad financiar algo completamente ajeno a su compraventa (por ejemplo, un negocio o la reforma de la vivienda), y esto no exime a la entidad de aplicar la medida de reestructuración.

No ocurre lo mismo si la medida que se ha de aplicar es la dación en pago. En virtud de la existencia de un doble rasero en el umbral de exclusión, que ya hemos explicado antes, los requisitos para la dación son más restrictivos, y sí que es exigible para el caso de dación que el préstamo tenga por destino la adquisición de la vivienda habitual, aunque no tiene por qué financiar única y exclusivamente esta, según explicamos más arriba.

En ocasiones, la pretensión de los reclamantes se centró en la solicitud de la dación de la garantía en pago total de las deudas. La entidad, en sus alegaciones, pone de manifiesto que la vivienda sobre la que se solicita la operación no es la única que mantiene su cliente en propiedad, y acredita haberle informado de ello ante su solicitud. Las pretensiones fueron denegadas en estos supuestos acogiendo la alegación formulada por la entidad, en tanto que no se verifica el cumplimiento del requisito de que la vivienda fuere la única en propiedad del reclamante, el cual, en virtud del doble rasero, era exigible para el supuesto de dación, emitiéndose un pronunciamiento favorable a las entidades.

Es conveniente aclarar, sin embargo, que en todas las versiones el Código tiene por destino la protección de la vivienda habitual del deudor hipotecario: no podemos hacer extensivas sus medidas a hipotecas sobre el local de negocio, ni a las que gravan, por ejemplo, la segunda residencia del deudor.

3.4.8 SEGUIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Abordaremos en este punto el seguimiento que del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas establece el real decreto-ley.

Así, y como ya es sabido, en primer lugar se determina la competencia del DCMR para conocer las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas, indicándose a este respecto que «Podrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al citado Banco de España».

Por otro lado, el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas será supervisado por una comisión de control constituida al efecto. Entre las funciones de la comisión está recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España⁵⁸

58 Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la comisión de control. Esta información incluirá, entre otras, información relativa a las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, e información relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas. Además, también informarán al Banco de España sobre las reclamaciones tramitadas.

y publicar semestralmente un informe⁵⁹ en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Este informe deberá remitirse a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados. Asimismo, corresponderá a esta comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable.

En cuanto a la composición, está integrada por once miembros: uno nombrado por el Ministerio de Economía y Competitividad, con al menos rango de director general, que presidirá la comisión y tendrá voto de calidad; uno designado por el Banco de España, que actuará como secretario; uno designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; un juez; un secretario judicial; un notario; un representante del Instituto Nacional de Estadística; otro de la Asociación Hipotecaria Española; uno designado por el Consejo de Consumidores y Usuarios; y dos designados por las asociaciones no gubernamentales, que determinará el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que realicen labores de acogida.

3.4.9 SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO

Desde la versión originaria del RDL 6/2012, se previó por el legislador el régimen aplicable al deudor que, en fraude del procedimiento, consiguiera que le fueran aplicadas indebidamente las medidas contenidas en el Código para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria⁶⁰.

Sin embargo, en la primera redacción del Código no se establecía, en reciprocidad, un régimen sancionador para la entidad que, debiendo, no lo aplicara.

Dicha asimetría se corrigió mediante la Ley 1/2013, que introdujo un nuevo artículo 15 en el RDL 6/2012, con el siguiente tenor:

«Artículo 15. Régimen sancionador

Lo previsto en los apartados 4 y 9 del artículo 5, y en el artículo 6.5 tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha Ley⁶¹.»

59 Los dos informes semestrales correspondientes al año 2014 se pueden consultar en:

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2014/150324_inf_cbp.pdf.

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2014/150324_inf_comision.pdf.

60 «Artículo 7. Consecuencias de la aplicación indebida por el deudor de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria.

1 El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.

2 El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

3 También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito.»

61 La Ley 26/1988 fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en cuya disposición adicional sexta, «Referencias a la normativa derogada», señala: «Las referencias que en el ordenamiento jurídico se realicen a las normas derogadas de conformidad con lo previsto en la Disposición derogatoria, se entenderán efectuadas a las previsiones correspondientes de esta Ley.»

Tres son los supuestos contemplados en la norma:

- 1 *El incumplimiento por la entidad de su obligación de remitir la información que debe al Banco de España*, establecido en el artículo 6.5: «Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la comisión de control. Esta información incluirá, en todo caso:
 - a) El número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, con el desglose que se considere adecuado para valorar el funcionamiento del Código.
 - b) Información relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas.
 - c) Información relativa a las prácticas que lleven a cabo las entidades en relación con el tratamiento de la deuda hipotecaria vinculada a la vivienda de las personas físicas.
 - d) Las reclamaciones tramitadas conforme a lo previsto en el apartado siguiente.

La Comisión de Control podrá igualmente requerir a las entidades adheridas cualquier otra información que considere apropiada en relación con la protección de deudores hipotecarios.»

- 2 *No aplicar las medidas previstas en el Código a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión*: «5.4 Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite.»
- 3 *El incumplimiento de sus deberes de publicidad e información de la existencia del Código*: «5.9 Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.»

En virtud de la modificación operada, en la actualidad los informes de este DCMR sobre reclamaciones contra entidades adheridas a la versión del Código de la Ley 1/2013, en los que se aprecie alguno de los supuestos indicados, se emiten con la consideración de que su conducta podría suponer quebrantamiento de la normativa de disciplina.

De las actuaciones anteriores podría darse traslado a los servicios de supervisión correspondientes, según prevé el artículo 14 de la Orden ECC 2505/2012, de 16 de noviembre, reguladora de nuestro procedimiento de reclamación, que a tal efecto dispone:

«Artículo 14. Actuaciones complementarias

2 Si de las actuaciones practicadas así se dedujese, se remitirán a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento graves o reiterados de normas de transparencia o protección de la clientela.»

En todo caso, la eventual apreciación de que una entidad ha quebrantado con su conducta la normativa de transparencia y protección a la clientela debe ser analizada en el seno del correspondiente expediente disciplinario.