

2

CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES

ÍNDICE

1 Préstamos hipotecarios 89

- 1.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable 89
- 1.2 Claridad y transparencia con el cliente 91
- 1.3 Información previa a la contratación 93
- 1.4 Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras 95
- 1.5 Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual 96
- 1.6 Tramitación administrativa y gastos de formalización del préstamo hipotecario 97
- 1.7 Tasación de la finca objeto de la hipoteca 106
- 1.8 Hipotecas especiales (créditos, multidivisa y subvencionados) 108
- 1.9 Intereses 111
 - 1.9.1 Intereses ordinarios o remuneratorios 111
 - 1.9.2 Primera liquidación de intereses 116
 - 1.9.3 Cálculo de las cuotas 116
 - 1.9.4 Intereses bonificados 118
 - 1.9.5 Año comercial-año civil 120
 - 1.9.6 Cláusula suelo 122
 - 1.9.7 Intereses de demora de préstamos hipotecarios 125
 - 1.9.8 Falta de comunicación de revisión del tipo de interés 127
 - 1.9.9 Reliquidación de préstamos hipotecarios 128
- 1.10 Tasa anual equivalente (TAE) 129
- 1.11 Comisiones 130
 - 1.11.1 Comisión de apertura 130
 - 1.11.2 Comisión por novación modificativa, por ampliación del plazo del préstamo 132
 - 1.11.3 Comisión por reclamación de posiciones deudoras y gastos de gestión externos 132
 - 1.11.4 Comisión por emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda y cancelación registral de la hipoteca 133
 - 1.11.5 Comisiones y compensaciones aplicables por la amortización anticipada o cancelación del préstamo hipotecario 135
 - 1.11.6 Comisión por cancelación anticipada 136
 - Préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 136
 - Préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003 136
 - Cancelación anticipada, subrogatoria* 137
 - Cancelación anticipada, no subrogatoria* 137
 - Préstamos a interés variable concertados entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007 137
 - Cancelación anticipada, subrogatoria* 137
 - Cancelación anticipada, no subrogatoria* 138
 - Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007 138

	<i>Compensación por desistimiento</i>	139
	<i>Compensación por riesgo de tipo de interés</i>	139
1.11.7	Comisión por subrogación de deudor	141
1.12	Subrogación por cambio de deudor	143
1.12.1	Información que se ha de facilitar con motivo de la subrogación de deudor	144
1.12.2	Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor	144
1.13	Subrogación de entidad acreedora	146
1.13.1	Discrepancias en las condiciones de enervación por parte de la entidad acreedora	147
1.13.2	Intereses, comisiones y gastos derivados del proceso de subrogación de entidad acreedora y de su enervación	148
1.13.3	Demora en la aplicación de las nuevas condiciones tras la enervación	149
1.14	Productos vinculados	150
1.15	Cesión y titulización de préstamos hipotecarios	152
1.16	Otros aspectos	155
1.16.1	Amortizaciones parciales anticipadas. Destino	155
	Anticipar el vencimiento final	155
	Reducción del importe de las cuotas periódicas	156
	Aplicación mixta: reducir el importe de las cuotas y anticipar el vencimiento final del préstamo	156
	Alargar el período de carencia o, en su caso, generar uno nuevo	156
1.16.2	Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas	159
1.16.3	Amortización anticipada del préstamo con el seguro contratado a tal fin	162
1.16.4	Errores en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados	163
1.16.5	Errores en escrituras públicas	164
1.16.6	Cláusulas de vencimiento anticipado	165
1.16.7	Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria	167
1.16.8	Incidencias en cancelación registral de hipotecas	168
1.16.9	Incidencias en cancelación económica de hipotecas	169
1.16.10	Discrepancias con cargos y abonos	171
1.16.11	Discrepancias con titularidad de préstamos	171
1.16.12	Modificación improcedente de condiciones pactadas para otros contratos bancarios con ocasión de la formalización del préstamo hipotecario	171
1.17	Breve reseña sobre la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario	173

2 Deudores hipotecarios sin recursos 173

2.1	Introducción	173
2.1.1	Evolución normativa	183
2.1.2	Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas	184
2.1.3	Medidas del Código de Buenas Prácticas	185

2.2	Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas	186
2.2.1	Ámbito subjetivo	186
	Umbral de exclusión	187
	La unidad familiar	191
	Deudores hipotecarios en distinta unidad familiar	193
	Los ingresos de la unidad familiar	195
	Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores	196
2.2.2	Ámbito objetivo	197
	La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad	201
2.3	Tramitación	202
2.3.1	Publicidad	202
2.3.2	Solicitud del cliente y respuesta de la entidad	204
2.3.3	Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas	206
	Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias	206
	<i>Escritura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca</i>	211
	<i>Préstamos hipotecarios titulizados</i>	213
	Medidas complementarias: la quita	214
	Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual	215
	<i>Ámbito subjetivo de la dación</i>	215
	<i>Ámbito objetivo de la dación</i>	216
	<i>Cuándo puede solicitarse la dación</i>	216
	<i>Respuesta de la entidad</i>	217
	<i>Arrendamiento tras la dación. «Alquiler social»</i>	217
	Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual	219
	Otras ventajas	220
	<i>La limitación de los intereses moratorios</i>	220
	<i>El alquiler social</i>	221
	<i>Ventajas fiscales y notariales</i>	221
2.4	Tipos infractores y actuación supervisora	224
2.4.1	Tipos infractores	224
2.4.2	Actuación supervisora del DCMR	227
2.5	Seguimiento del Código de Buenas Prácticas	230
3	Préstamos personales	231
3.1	Préstamo para consumo	232
3.1.1	Información precontractual y prácticas previas a la contratación	233
3.1.2	Contratación	235
3.1.3	Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias	237
3.1.4	Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación	238

	Intereses ordinarios	239
	Intereses de demora	240
	Comisiones y gastos	241
3.1.5	Contratos de crédito vinculados al suministro de bienes o prestación de servicios	241
3.2	Préstamos a pymes	242
4	Avales y garantías	244
4.1	Introducción	244
4.2	Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología	245
4.3	Competencia del DCMR	248
4.4	Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación	249
4.5	Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas	254
5	Depósitos bancarios. Introducción y aspectos comunes	256
5.1	Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación	256
5.1.1	Cuentas de incapaces	256
5.1.2	Cuentas de menores de edad	257
5.1.3	Cuentas de personas jurídicas	258
5.1.4	Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios	259
5.1.5	Cuentas de no residentes	259
5.1.6	Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo	260
5.2	Comisiones e intereses. Información pública y ante el Banco de España	262
5.3	Tipos de cambio. Información al público	263
5.4	Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos	263
5.4.1	Comunicaciones a clientes. Requisitos	263
5.4.2	Documentos de liquidación. Requisitos y modelos normalizados	263
5.4.3	Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses	264
5.5	Publicidad de los depósitos	265
5.6	Embargos de saldos de depósito en las entidades	266
5.6.1	Embargos por deudas con las Administraciones	268
5.6.2	Embargos por deudas con la Seguridad Social	269
5.6.3	Embargos judiciales	270
6	Depósitos a la vista	271
6.1	Cuestiones generales	271
6.2	Cuentas de pago básicas	271
6.3	Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia	273
6.3.1	Explicaciones adecuadas	276
6.3.2	Información precontractual	277
6.3.3	Formalización del contrato	278

6.3.4	Cuentas en divisas	278
6.3.5	Integridad de los contratos	279
6.3.6	Oscuridad de las cláusulas	279
6.3.7	Entrega de documento contractual y conservación de documentos	279
6.4	Operativa y funcionamiento de la cuenta	281
6.4.1	Disposición de fondos. Posibles incidencias	281
	Autorización de operaciones	281
6.4.2	Autorizados en cuenta	282
6.4.3	Disposiciones de efectivo	284
	Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta	284
	Restricción del importe en los reintegros de efectivo	285
6.4.4	Posibles incidencias en los apuntes en cuenta	286
6.4.5	Deber de diligencia en la ejecución de órdenes y corrección de errores	286
6.4.6	Deber de diligencia en el traslado de cuentas	287
6.4.7	Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente	287
6.4.8	Adeudos para corregir abonos indebidos	288
	Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales, etc.)	288
	Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono	288
6.4.9	Bloqueo de la cuenta	289
6.4.10	Compensación de cuentas	291
6.4.11	Cuentas con varios titulares o cuentas plurales	292
6.4.12	Régimen de disposición	292
	Cuentas conjuntas (o mancomunadas)	293
	Cuentas indistintas (o solidarias)	293
	Modificación del régimen de disposición. Bloqueo de la cuenta	293
	Descubierto en cuentas indistintas	294
6.4.13	Modificaciones contractuales	295
	Formalidades y plazos	295
	Modificaciones de titulares	296
6.4.14	Liquidación de la cuenta	297
	Cobro de comisiones. Casuística	297
	Comisión de mantenimiento	297
	Comisión de administración	298
	Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas	299
	Comisión por cobro de cheque en oficina distinta a la de apertura de la cuenta	300
	Comisión por emisión de cheque bancario	301
	Gestión de efectos	301
	Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular del depósito a la vista	301
	Comisión de manipulación (cuenta en divisas)	302

- Comisión de reclamación de posiciones deudoras 303
Gastos de correo 304
Intereses. Valoración 304
Retribución en especie 305
- 6.4.15 Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo 306
6.4.16 Liquidación de descubierto. Intereses y comisión por descubierto. Límite y criterio de buenas prácticas respecto del período de liquidación 307
6.4.17 Comisión de descubierto 308
6.4.18 Obligaciones de información a los clientes 309
 Información al cliente previa a la ejecución de operaciones en la cuenta 309
 Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones 309
 Información periódica 309
 Extractos 309
 Comunicación anual de comisiones, gastos devengados e intereses (aplicable a partir del 1 de enero de 2014) 310
 Cuentas inactivas 310
 Saldos en presunción de abandono 311
- 6.4.19 Cancelación de la cuenta 313
 Caso particular de orden de cancelación dada por uno de los titulares 314
 Reapertura de cuentas canceladas 315
- 6.4.20 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción 316
- 7 Depósitos a plazo con garantía del principal 317**
- 7.1 Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos 318
 7.1.1 Explicaciones adecuadas 318
 7.1.2 Información precontractual 318
 7.1.3 Formalización del contrato. Contenido 320
- 7.2 Contratación de depósitos estructurados o híbridos 321
 7.2.1. Explicaciones adecuadas 321
 7.2.2 Información precontractual 322
 7.2.3 Contenido del contrato 322
- 7.3 Liquidación del depósito. Tipo de interés 323
 7.3.1 Falta de abono del porcentaje de interés complementario en un depósito bonificado 323
 7.3.2 Documentos de liquidación 324
- 7.4 Renovación 324
7.5 Modificación 326
7.6 Cancelación 326
 7.6.1 A instancia de la entidad 326
 7.6.2 A instancia del cliente antes del vencimiento 327
 7.6.3 Vencimiento 328

8 Servicios de pago 328

- 8.1 Introducción, régimen aplicable y aspectos comunes 329
 - Sistemas de pago 335
 - 8.1.1 Condiciones contractuales 336
 - Transparencia, integridad 336
 - Oscuridad de las cláusulas 336
 - 8.1.2 Información y documentación contractual 337
 - Operaciones de pago singulares 337
 - Operaciones amparadas en un contrato marco 338
 - Conservación de documentos 338
 - 8.1.3 Modificación de las condiciones del contrato marco 338
 - 8.1.4 Resolución del contrato 339
 - 8.1.5 Comisiones y gastos 339
 - 8.1.6 Uso no autorizado 339
 - Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente 340
 - Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas 340
 - Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago 341
 - 8.1.7 Traslado de cuentas de pago 341
 - 8.1.8 Comparabilidad de comisiones 342
 - 8.2 Tarjetas 350
 - 8.2.1 Gastos y comisiones 350
 - Emisión, renovación y mantenimiento 350
 - Reclamación de posiciones deudoras 351
 - Límites de utilización y disposición de capital de la tarjeta 351
 - Comisión por exceso sobre el límite de crédito 352
 - Comisión por cancelación anticipada 353
 - 8.2.2 Actuación unilateral de la entidad 354
 - Emisión de tarjetas sin solicitud previa 354
 - Envío por medios que no aseguran su recepción 354
 - Incremento unilateral de tipos de interés 354
 - Bloqueo unilateral de tarjeta 355
 - 8.2.3 Formas de pago de la deuda de la tarjeta 356
 - Tarjetas *revolving*. Lenta amortización de la deuda 357
 - Traspasos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito 361
 - 8.2.4 Terminales de punto de venta 361
 - «Contactless» 363
 - Comercio electrónico seguro 364
 - 8.2.5 Pagos con tarjeta no autorizados 364

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	364
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	364
Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	364
Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído	366
Fraude con datos de tarjetas	366
8.2.6 Programas de fidelización en tarjetas	368
8.2.7 Dinero electrónico	368
8.3 Transferencias	369
8.3.1 Identificador único	370
8.3.2 Irrevocabilidad de las transferencias	372
8.3.3 Gastos de la operación	373
8.3.4 Comisiones	374
8.3.5 Fecha de abono	374
8.3.6 Pagos inmediatos	374
8.3.7 Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	376
Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente	376
Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas	376
Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago	376
Fraude por Internet	376
Procedimiento interbancario en caso de fraude	377
Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente	378
8.4 Adeudos domiciliados	380
8.4.1 Consideraciones generales	380
8.4.2 Tipología de adeudos domiciliados	381
8.4.3 La orden de domiciliación o mandato	381
8.4.4 El adeudo domiciliado B2B	382
8.4.5 El adeudo domiciliado básico SEPA	383
8.4.6 Procesos excepcionales	384
8.4.7 Devolución de recibos	384
Respecto de los adeudos	385
8.4.8 Revocación de la orden de adeudo domiciliado	387
8.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja	388
8.5.1 Consideraciones generales	388
8.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago	388
8.5.3 Discrepancia con el importe de las entregas en efectivo en oficina	389
8.5.4 Billetes y monedas	390

Billetes falsos	390
Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda)	390
8.5.5 Comisión por ingresos en efectivo	393
8.5.6 Limitaciones de canales, horarios y medios de pago para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados	394
Establecimiento de limitaciones	394
Forma de prestar el servicio de caja: ventanilla o cajero automático	396
8.5.7 Comisiones en cajeros. Comisión por disposición de efectivo cargada por el propietario del cajero	397
9 Expedientes de testamentaría	398
9.1 Derecho de información sobre las posiciones del causante	398
9.1.1 Legitimidad para solicitar información	399
9.1.2 Cómo acreditar la condición de heredero	399
9.1.3 Qué información tiene derecho a obtener el heredero	401
Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas	401
Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio	405
Entrega de contratos a herederos	405
9.1.4 Comisiones por la entrega de información a herederos	407
Certificado de posiciones	407
Movimientos posteriores al fallecimiento	407
Movimientos anteriores al fallecimiento	407
9.1.5 Exigencia de la petición de tramitación de testamentaría junto con la solicitud del certificado de posiciones u otra información	408
9.2 Tramitación de la herencia	409
9.2.1 Aceptación de la herencia	410
9.2.2 Partición y adjudicación de bienes	411
9.2.3 Forma del documento particional	413
9.2.4 Contenido del documento particional	414
9.2.5 Revocación del documento particional	416
9.2.6 Impuesto sobre sucesiones	417
9.2.7 Forma de disponer de los fondos	419
9.2.8 Deber de diligencia	421
9.2.9 Comisión por tramitación de testamentaría	421
9.3 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento	423
9.3.1 Cuentas corrientes	424
Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente	424
Disposición de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular	426
Cuentas con un único titular	426

Cuentas con varios titulares	428
Régimen de disposición indistinto o solidario	428
Régimen de disposición conjunto o mancomunado	430
Cancelación de la cuenta	430
Comisión de mantenimiento de la cuenta, desde el fallecimiento hasta la cancelación	431
Baja de la cuenta de cotitular fallecido	432
Bloqueo de la cuenta	432
9.3.2 Depósitos a plazo	434
9.3.3 Préstamos hipotecarios y otras deudas	435
9.4 Derechos de los legatarios y usufructuarios	437
9.4.1 Legatario	437
9.4.2 Legatario de legítima o legitimario	438
Información	439
Disposición de fondos	440
9.4.3 Usufructuario	441
Usufructo de dinero o cuasiusufructo	441
Cautela socii	443

CRITERIOS DEL DEPARTAMENTO DE CONDUCTA DE MERCADO Y RECLAMACIONES

1 Préstamos hipotecarios

1.1 Política comercial. Aprobación. Préstamo responsable

Las entidades, en materia de asunción de riesgos crediticios, son libres para aprobar o desestimar las operaciones o novaciones de condiciones 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 condicionadas¹.

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

1 Al respecto, deben referirse las reglas sobre evaluación de solvencia contenidas en el título III, capítulo II, «Préstamo responsable», y concretamente en el artículo 18, de la Orden/EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (*BOE* de 29), así como en la norma duodécima de la Circular del Banco de España 5/2012 y en las directrices de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) sobre evaluación de solvencia (EBA/GL/2015/11), publicadas el 19 de agosto de 2015 y de aplicación desde el 16 de marzo de 2016, salvo los requisitos de información referidos en su apartado 7, de aplicación desde el día siguiente a la mencionada fecha de publicación.

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

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

Cuando en la reclamación se invoca demora en la sanción de la operación, finalmente positiva —supuestos de las letras b) y c)—, 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 en la sanción de la

operación propuesta, sin perjuicio de señalarse en los informes emitidos con este fin que el DCMR no ostenta competencias para la valoración del eventual detrimiento económico que el cliente pudiera haber sufrido.

Especial mención requiere el concepto de «préstamo responsable», introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (art. 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.

Conviene aclarar que en modo alguno este concepto tenía un carácter puramente programático, sino que desde su formulación ha constituido un principio que han de tener en cuenta las entidades de crédito a la hora de formular sus políticas, lo que se ha puesto de manifiesto de manera patente a través de la nueva normativa reguladora de contratos de crédito inmobiliario.

1.2 Claridad y transparencia con el cliente

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

Ha sido opinión reiterada de este DCMR que la transparencia y la claridad deben ser los principios inspiradores que han de regular la relación de las entidades con sus clientes, de modo que, en todo momento, estos puedan conocer no solo cuáles son sus posiciones, sino también su desglose, con el suficiente detalle como para saber cómo se llega a las distintas partidas que puedan ser sus componentes.

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

En este mismo sentido, y con base en los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, es recomendable

que, cuando estas efectúen los seguimientos periódicos de las posiciones impagadas, se aseguren de comunicar y de requerir aquellas a sus titulares, para evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe el conocimiento que puedan tener de sus deudas, máxime cuando tengan la intención de presentar una demanda judicial en orden al recobro de los préstamos impagados.

De la misma manera, las entidades deberán actuar con la diligencia exigible a un experto comerciante cuando informen a sus clientes de los débitos pendientes de cara a la cancelación anticipada de sus operaciones de activo, incluyendo en los correspondientes certificados el capital, los intereses, las comisiones y los gastos de cualquier índole que el cliente esté obligado a satisfacer en virtud de los pactos alcanzados con la entidad, además de justificar debidamente ante aquel todas las partidas recogidas en el certificado, considerándose mala práctica bancaria cualquier actuación apartada de dichos criterios.

Por último, el DCMR entiende que las entidades vienen obligadas a facilitar a los interesados una información completa, veraz y actualizada de los productos que comercialicen, debiendo para ello mantener un adecuado control interno y coordinación entre todas sus oficinas, y estando obligadas, en todo caso, a subsanar prontamente cualquier error cometido en la información facilitada sobre dichos productos, so pena de incurrir en una falta de diligencia constitutiva de mala práctica bancaria.

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

Asimismo, vigente la relación contractual, son exigibles de las entidades idénticas claridad y transparencia a la hora de facilitar a sus clientes la información que resulte necesaria para poder cumplir con las obligaciones y hacer valer los derechos dimanantes tanto de la normativa aplicable como del propio contrato que les une.

El DCMR consideró que, al no haber aportado la entidad al menos el acta de fijación de saldo con el débito pendiente en el momento de presentar la demanda de ejecución judicial, se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, que hubieran exigido informar al cliente de la deuda pendiente en esa fecha, si bien, para recabar información sobre el importe de la deuda a partir de esa fecha y mientras se tramite el procedimiento judicial en curso, deberá estarse a la normativa procesal en vigor.

1.3 Información previa a la contratación

Por medio del folleto regulado en el artículo 3 de la Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de préstamos hipotecarios, actualmente derogada, según se indica más adelante, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a todo aquel que solicitara un préstamo hipotecario que reuniera los requisitos de la citada orden (que la hipoteca recayera sobre una vivienda, que el prestatario fuera persona física y que el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 150.253,03 euros, o su equivalente en divisas). 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.c² de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se aprobó 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 vino a «concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones existentes, a la vez que desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo referente al préstamo responsable».

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.

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

No obstante, 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 anexo 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 reguladoras, para la firma de la escritura pública.

Así las cosas, el DCMR considera que, de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades deben estar en condiciones de acreditar haber facilitado la información de las condiciones financieras de las operaciones formalizadas con, al menos, tres días hábiles de antelación 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:

- a) Que las entidades no puedan acreditar el cumplimiento adecuado del deber de información, bien por no constar este en soporte duradero, bien por no incluir la totalidad de las menciones preceptivas conforme a la normativa aplicable:
 - bien por no haber quedado constancia de su recepción por el cliente,
 - bien por no habérsela facilitado con antelación suficiente a la fecha de firma de la escritura.
- b) La falta de claridad del documento a través del cual se ha facilitado la indicada información precontractual.
- c) El cambio, en perjuicio del cliente, de las condiciones ofertadas durante la vigencia comprometida de estas.
- d) Que las entidades creen expectativas de aprobación de las operaciones solicitadas o de aplicación de determinadas condiciones a aquellas, que luego se vean injustificadamente defraudadas.

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

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de incluir en la FIPER y/o, en su caso, en la oferta vinculante toda la información contemplada en la norma de aplicación, ha de advertirse de que, por lo que se refiere a la Orden EHA/2899/2011, no solo debe tomarse en consideración el contenido de la parte A del anexo II, que incluye el modelo de FIPER, sino también su parte B, concerniente a las instrucciones para la cumplimentación de dicho modelo.

Bajo la anterior consideración, este DCMR se ha pronunciado en contra del proceder de la entidad en ocasiones en las que los documentos de información precontractual facilitados a los reclamantes se limitaban a reproducir mecánicamente los apartados del modelo, omitiendo toda mención a condiciones financieras específicas del contrato de préstamo a las que sí se hacía referencia en otras partes de la orden —especialmente, en las instrucciones para cumplimentar la FIPER— y cuya inclusión resultaba necesaria, en aras de una total transparencia para con el cliente que realmente le colocara en una posición en la que pudiera comparar las distintas ofertas vigentes en el mercado.

En el expediente R-201812137, el reclamante denunciaba que no se le comunicó en ningún momento la cifra de responsabilidad hipotecaria asociada al préstamo, debiendo haberse indicado en la oferta vinculante del préstamo hipotecario liquidado el impuesto sobre la base del importe concedido, por lo que solicitaba el abono de la diferencia que hubiera resultado a su favor de haberse tomado como base del impuesto el capital concedido. La entidad alegó que en la FIPRE y en la FIPER se indicaba que la cuota del impuesto sobre actos jurídicos documentados se calculaba como un porcentaje sobre la responsabilidad hipotecaria del préstamo, recogiéndose en las cláusulas correspondientes tanto la distribución de los gastos de la operación entre prestatario y prestamista como la responsabilidad hipotecaria total, tras explicación detallada de los conceptos que la componen.

El DCMR entendió que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, ya que, pese a que se entregó la FIPER con la suficiente antelación, teniendo en cuenta que en la fecha de la entrega ya se conocía la cuantía del préstamo, se podría haber calculado el importe de la responsabilidad hipotecaria total y, sobre la base de esta, calcular de manera más aproximada la liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados, siendo así que la información de la FIPER sobre el coste del mencionado impuesto, consistente en un intervalo muy amplio, era de todo punto confusa y, además, no servía al prestatario para hacerse una idea aproximada de su coste real.

1.4 Formalización en escritura pública. Cláusulas financieras

El artículo 1280 del Código Civil establece que deberán constar en documento público, entre otros, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación,

transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», entre los que se encuentra la hipoteca.

En cuanto a la estructura del documento público, la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 6, señalaba que las escrituras públicas en las que se formalizan los préstamos hipotecarios debían contener, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras, en el orden y con el contenido dispuesto en el anexo II de la orden. En términos similares se manifiesta actualmente el artículo 29 de la vigente Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, hace referencia a la formalización en escritura pública de la subrogación de la entidad acreedora.

1.5 Otorgamiento de la escritura. Elección de notario y entrega del documento contractual

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

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 contratan con las entidades se recoge en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información que se ha de suministrar en 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, cuando estos son consumidores, 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 una notaría determinada.

En cualquier caso, la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30, regula 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.

Respecto a la entrega de documentos contractuales, la norma novena, apartado 3 *in fine*, de la Circular del Banco de España 5/2012 contempla la obligación de la entidad de acreditar la entrega de los documentos notariales al cliente, permitiendo enviarlos por correo y estableciendo que, en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

1.6 Tramitación administrativa y gastos de formalización del préstamo hipotecario

La propia naturaleza del préstamo con garantía hipotecaria conlleva la necesidad de llevar a cabo una serie de trámites, algunos necesarios para que los derechos del acreedor hipotecario gocen de plena efectividad y otros para dar cumplimiento a las obligaciones tributarias nacidas del propio negocio jurídico de préstamo y de la constitución de su garantía.

Los indicados trámites generan determinados gastos, que se vienen denominando «de formalización» y que, como su propio nombre indica, a diferencia de las comisiones, no constituyen una contraprestación por un servicio prestado por la entidad prestamista a su cliente, sino percepciones a favor de un tercero que se erige en titular de un derecho de crédito, bien por los servicios que ese tercero ha prestado, bien por aplicación de una disposición legal, como sucede en el caso de los tributos cuyos hechos imponibles se consideran acaecidos con la constitución del préstamo hipotecario u otras vicisitudes de la vida de la operación.

De esta realidad resultan múltiples conflictos entre prestamistas y prestatarios, la mayoría de los cuales se refieren a los siguientes extremos:

- i) La elección de los profesionales que van a llevar a cabo dichos trámites, en aquellos casos en que exista libertad de las partes para su designación. En relación con esta cuestión, surge la de la responsabilidad por el desempeño de esos terceros.
- ii) La información facilitada a los prestatarios sobre los gastos que deben asumir a raíz de la formalización del préstamo hipotecario.
- iii) Y, muy destacadamente, la propia distribución de los indicados gastos entre las partes en la operación, en particular a resultas de la reciente

jurisprudencia concerniente al carácter abusivo de las cláusulas contractuales por las que se atribuyen dichos gastos a los prestatarios en exclusiva, sobre lo que posteriormente nos extenderemos.

Con respecto a la primera cuestión origen de controversias, hay que decir que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (art. 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos asociados a la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. Asimismo, en caso de estar gravado el inmueble con una carga previa —generalmente, una constituida a favor de quien en su día hubiera concedido financiación a la parte vendedora del inmueble— que haya de cancelarse económicamente, la entidad pretenderá asegurar que esa cancelación tenga igualmente un reflejo registral, para preservar el máximo rango de su derecho de garantía.

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

En relación con esta circunstancia, aunque la normativa aplicable³ reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar, de común acuerdo con la entidad prestamista, quién va a realizar la gestión administrativa de la operación, 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, considerando que esta va a asumir un riesgo por el hecho de entregar el importe del préstamo antes de llevarse a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad acreedora, entraría dentro de lo razonable que esta 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

³ El 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, dispone: «Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo. En cuanto a la designación del Notario ante quien se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública, se estará a lo dispuesto en la legislación notarial, debiéndose hacer constar expresamente esta circunstancia en el mismo folleto.»

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 sobre las anomalías que puedan presentar las gestiones de los colaboradores externos en quienes las llevaron a cabo.

Huelga decir, por otra parte, que el criterio de este DCMR en cuanto al deber que tiene la entidad de crédito que encomienda a una gestoría la tramitación de la inscripción registral de la hipoteca de supervisar adecuadamente la actuación de dicha gestoría en interés de su cliente se extiende a otros trámites que pueda encargarle en el devenir del negocio jurídico de préstamo y de su garantía hipotecaria, como sucede, típicamente, en el caso de su cancelación, en el que es igualmente exigible a la entidad que ponga los medios para evitar cualesquiera perjuicios para el prestatario como consecuencia de errores o demoras en la ejecución de los trámites encomendados.

Consecuentemente, este DCMR ha declarado que constituye una mala práctica bancaria el que las entidades se despreocupen de las incidencias que puedan surgir por la actuación de las gestorías por ellas elegidas.

Así, en el expediente R-201813669, la parte reclamante manifestaba que había suscrito con la entidad una escritura de compraventa y otra de extinción de condominio el día 17 de noviembre de 2017, designando el banco a la gestoría encargada de llevar a cabo todos los trámites de inscripción en el Registro de la Propiedad, trámite que debía llevarse a cabo en un plazo máximo de seis meses. Explicaba que, tanto en febrero como en marzo de 2018, se había puesto en contacto con la entidad para conocer la situación en la que se encontraba su expediente, comunicándole esta que el trámite aún no se había completado. Ante dicha situación, presentó su primera reclamación ante el defensor del cliente de la entidad en mayo de 2018.

Por su parte, la entidad, respecto de la demora incurrida, señalaba que había realizado un análisis periódico de la operación mediante peticiones expresas de información dirigidas a la gestoría sobre el estado de la tramitación. No obstante lo anterior, este DCMR comprobó en la documentación aportada que la primera comunicación de la entidad a la gestoría se había producido el 1 de junio de 2018, motivo por el cual este DCMR declaró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos financieros al no haber realizado seguimiento ante la gestoría por ella designada hasta después de la primera reclamación por escrito de la parte reclamante y, en cualquier caso, habiendo transcurrido más de seis meses desde la firma de las escrituras.

La segunda fuente de controversias entre prestamistas y prestatarios en relación con los gastos de formalización se refiere a la información facilitada a los prestatarios sobre los gastos que se deben asumir.

Resulta evidente que los gastos de formalización de la operación hipotecaria, aun cuando no tengan la consideración de condición financiera de aquella ni su importe sea percibido por la entidad prestamista, constituyen un dato de fundamental importancia para la comprensión por el prestatario de las obligaciones que para él dimanan de esa operación y, en la medida en que sean susceptibles de pacto de reparto entre las partes, serán un factor más que tener en cuenta a la hora de comparar las ofertas recibidas de distintos finanziadores. En este sentido, ya nos hemos referido anteriormente a las obligaciones de información precontractual de las entidades, dentro de las cuales se incluye la atinente al «coste total del préstamo» que se ha de incluir en la FIPRE, concepto que equivale al «importe total a reembolsar» que debe constar en la FIPER⁴, teniendo su omisión las consecuencias propias del incumplimiento normativo que puede llegar a suponer.

Cabe señalar que es práctica generalizada en el sector que las entidades exijan a sus clientes el pago de una provisión de fondos para la atención de los gastos que aquellos deban sufragar. A este respecto, no existe ninguna norma que establezca taxativamente las cantidades que se pueden instar en este concepto, pero 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 o partidas de gasto y procurando, además, que las provisiones requeridas a sus clientes se ajusten al máximo a la realidad, a fin de que conozcan con razonable aproximación la totalidad de las cargas que van a 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

4 También la derogada Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, establecía la obligación de informar en la oferta vinculante acerca de los conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario, pudiendo incluirse los siguientes:

- a) Gastos de tasación del inmueble.
- b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.
- c) Impuestos.
- d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.
- e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños de aquél.
- f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.
- g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.
- h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

probable, puede ocurrir que finalmente este no se produzca y, consecuentemente, el importe de las cargas finales varíe. En estos casos, evaluar si las desviaciones son o no excesivas, atendiendo a las circunstancias de cada operación, determinará la calificación final de la actuación de la entidad desde la óptica de las buenas prácticas bancarias.

A la vista de lo anterior, se considerarán malas prácticas, 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 correrán a su costa para inscribir o cancelar una carga hipotecaria.
 - De las repercusiones fiscales que se generan por la formalización de una fianza o de un pacto de igualación de rango en una escritura de modificación del préstamo, o de cualquier otro gasto generado por la novación modificativa del préstamo, aun cuando el conocimiento por parte de la entidad fuera también posterior a la formalización de la operación.
- Que las entidades no acrediten 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.

La última fuente de conflictos en relación con la formalización y la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario la encontramos en los supuestos en los que, ostentando los prestatarios la condición de consumidores, los contratos suscritos estipulan que la totalidad de los gastos de la operación recaen sobre el deudor. En este sentido, es preciso indicar que han proliferado varias demandas de nulidad en atención al supuesto carácter abusivo de dichas cláusulas.

En el origen de la jurisprudencia que hace referencia a esta cuestión encontramos la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, que declaró la nulidad de varias cláusulas contenidas en determinados contratos de préstamo con garantía hipotecaria. En concreto, y por lo que aquí afecta, declaró la nulidad de la cláusula por la que la entidad imponía al consumidor todos los tributos y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación y ejecución del contrato de préstamo, y por los pagos y reintegros derivados de este, con extensión a los gastos —incluso procesales— originados en el incumplimiento del contrato por el deudor, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, incluyendo los relativos a su inscripción y a la cancelación de cargas y anotaciones referentes

a ella, y las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños sobre el inmueble hipotecado.

En dicha resolución, razona el Tribunal Supremo, en sintética exposición:

- En primer lugar, en lo que respecta a los gastos de formalización de escrituras notariales e inscripción de estas, la cláusula discutida hace recaer la totalidad de los gastos sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa.
- De otro lado, censura que en la estipulación analizada no se haga distinción alguna en cuanto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, imputando todos ellos al prestatario, cuando, a tenor de lo dispuesto en Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil.
- En relación con los gastos preprocesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, se significa que aquellos están sometidos a una estricta regulación legal en la vigente normativa procesal, de orden público, la cual se funda básicamente en el principio del vencimiento, cuya contravención comportaría su nulidad.
- En cambio, por lo que se refiere a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños también abordado por el órgano jurisdiccional, se declara que su imputación al prestatario no parece desproporcionada o abusiva y, en todo caso, un pacto contractual con tal contenido resultaría inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador de este, conforme al artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

Por último, la citada sentencia confirma la declaración de nulidad de la meritada cláusula efectuada en la instancia, si bien no analiza las consecuencias de dicha nulidad especificando cuál habría de ser la extensión de sus eventuales efectos restitutorios.

Por lo que se refiere a los tributos que gravan la operación de préstamo con garantía hipotecaria, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido a aclarar, a través de sus sentencias 147/2018 y 148/2018⁵, ambas de 15 de marzo, efectuando una exégesis de la

5 Resulta igualmente de interés la declaración contenida en esta resolución, en el sentido de que «Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación».

legislación tributaria que refiere coincidente con la de su Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, cuáles son las reglas de identificación del sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, fallando lo siguiente:

- «a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.
- b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.
- c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.
- d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad “Actos Jurídicos Documentados” que grava los documentos notariales.»

Continuando con el análisis jurisprudencial más reciente respecto de estas cuestiones, especial mención cabe realizar de la modificación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados cuota variable.

Tradicionalmente, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fundamentaba y sostenía que, a los efectos del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable, la condición de sujeto pasivo la ostentaba el prestatario. Sin embargo, en fecha 16 de octubre de 2018, la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictaba sentencia por la que anulaba el artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (disponía que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios era el prestatario), y fijaba como nuevo criterio que la condición de sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados cuota variable en los préstamos hipotecarios le correspondía al prestamista.

Ante la repercusión del citado fallo, el presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a través de nota informativa de 19 de octubre de 2018, comunicó la

avocación al Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo del conocimiento de los recursos pendientes, con objeto similar, a fin de dirimir si dicho giro jurisprudencial debía ser o no confirmado. En este sentido, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁶, tras dos días de deliberaciones, acordó por 15 votos a 13 volver al criterio según el cual el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados cuota variable en los préstamos con garantía hipotecaria es el prestatario.

No obstante el criterio fijado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el Gobierno, a través del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 noviembre, modificó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, estableciendo que el sujeto pasivo del citado impuesto, en lo referido a actos jurídicos documentados, cuota variable, en los préstamos hipotecarios, es el prestamista.

Por último, a modo de cierre del panorama jurisprudencial y normativo más reciente sobre esta cuestión, resulta preciso señalar que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁷, estipula en su artículo 14.1.e) que, a partir de su entrada en vigor, los gastos de tasación serán asumidos por el prestatario, y corresponderá al prestamista asumir los gastos de gestoría, el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad. Respecto del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la ley estipula que su pago se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

Pues bien, en relación con las reclamaciones derivadas de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas de atribución de gastos análogas a la examinada por el Tribunal Supremo, el DCMR ha venido considerando que, de conformidad con el ámbito competencial por el que se rige este DCMR, no procede por su parte: i) la determinación del carácter abusivo de una cláusula contractual, ni de la nulidad de un contrato o de alguna de sus cláusulas por eventuales vicios en el consentimiento

6 Sentencias 1669/2018, 1670 y 1771 del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Pleno), de 27 de noviembre.

7 Según su artículo 2.1: «1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

- a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.
- b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.»

prestado, ni ii) pronunciamiento alguno en relación con la devolución de las cantidades cobradas por la entidad como consecuencia de esa posible declaración de nulidad; correspondiendo las anteriores cuestiones a los tribunales de justicia, los cuales podrán hacer uso, a tal fin, de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, entendemos que las buenas prácticas bancarias que deben presidir las relaciones entre las entidades financieras y su clientela exigen que las entidades no ignoren la doctrina jurisprudencial expuesta excusándose en que no han sido parte en los correspondientes procedimientos, y, en caso de enfrentarse a reclamaciones de sus clientes con base en aquella, tendentes a la devolución de los gastos de la formalización de los contratos de préstamo hipotecario, acrediten haber realizado un análisis razonado y pormenorizado, a la luz de esa jurisprudencia, del pacto relativo a esta cuestión que sea objeto de reclamación, justificando las medidas adoptadas, en su caso, para ajustar su comportamiento a dichas sentencias.

En consecuencia, se viene considerando una mala práctica el que, en aquellos casos en los que la entidad no estime totalmente la pretensión de su cliente de devolución de las partidas de gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario abordadas en las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, no especifique los motivos sustantivos por los cuales considera que la atribución de un concreto gasto al prestatario no sería abusiva y que no correspondería esa devolución, con detallados argumentos legales y, si procediera, jurisprudenciales, e individualizando sus razones tanto para los aranceles notariales y registrales como para los gastos fiscales, todo ello sin perjuicio de que —insistimos— no es nuestra labor emitir juicios de valor sobre si esos motivos son o no suficientes para salvar la validez de la cláusula en cuestión, lo que compete en exclusiva a los órganos judiciales.

Como no podría ser de otro modo, se valora positivamente el que las entidades accedan a una distribución equitativa de los gastos con el prestatario, pero no corresponde al DCMR determinar dónde se halla el punto de equilibrio en cada supuesto, que deberán determinarlo, bien los propios clientes, en uso de su libertad negocial, bien los órganos judiciales.

Finalmente, ha de precisarse que el criterio elaborado por el DCMR, en virtud del cual viene a exigir una actuación transparente de las entidades ante sus clientes en cuanto a explicarles claramente las razones por las que pudieran considerar que la imputación de los gastos a estos últimos se ajusta en todos los extremos a la legalidad vigente, de manera que estos puedan cabalmente valorar la procedencia y conveniencia de ejercer acciones legales al respecto, solo es de aplicación a los supuestos de hecho específicamente contemplados en las sentencias del Tribunal Supremo a las que nos hemos referido, esto es, al negocio jurídico consistente en la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria concertado por un consumidor

y cuyo destino fuera la adquisición de vivienda, no alcanzando a otros, como podría ser una subrogación, una novación o modificación, o una cancelación de un préstamo preexistente, u operaciones para la financiación de otras actividades (reformas, adquisición de locales, etc.), casos en los que entendemos que se estaría pretendiendo de este DCMR un pronunciamiento que trascendería sus atribuciones.

De igual modo, se reputa improcedente el análisis por el DCMR de aquellos conceptos o partidas de gasto que no han sido tratados en la sentencia 705/2015 del Tribunal Supremo, como es el caso de los honorarios repercutidos por la gestoría encargada de la tramitación de las escrituras o de los de la sociedad de tasación que llevó a cabo la valoración del inmueble, y, asimismo, se estima que no ha de entrarse por nuestra parte en pronunciamientos relativos a gastos procesales o análogos si el reclamante no los hubiera desembolsado efectivamente por no haberse llegado a aplicar la estipulación contractual controvertida en este aspecto concreto.

Para concluir, a título aclaratorio, conviene hacer alusión a los pagos efectuados por los prestatarios en concepto de primas de seguros de vida, cuyo reintegro es común que venga instándose al amparo de la doctrina jurisprudencial tratada, ya que, según indican los reclamantes en algunos casos, las entidades prestamistas les impusieron su contratación. Entendemos, en cuanto a estos desembolsos, que estos no tienen la consideración de gastos de formalización de la escritura de préstamo que hayan de analizarse a la luz de esa jurisprudencia, sino, en todo caso, de una condición establecida por la entidad de que se trate para acceder a la concesión de la financiación solicitada o para concederla en mejores condiciones, del mismo modo en que es habitual en el sector que, con idéntico propósito, se inste al cliente a que estreche sus vínculos con la prestamista contratando productos adicionales o domiciliando en ella sus ingresos y gastos recurrentes. Este tipo de requerimientos pueden ser establecidos libremente por las entidades en el marco de su política comercial y de riesgos, cuya fiscalización excede, en principio, las competencias de esta institución.

1.7 Tasación de la finca objeto de la 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 la entidad está dispuesta a conceder, 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 emisión⁸), 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 las variables interviniéntes, 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.

⁸ 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.

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

En los dos primeros supuestos —a) y b)—, que a veces concurren en una misma reclamación, el 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.

Respecto al 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.

Finalmente, en relación con el supuesto contemplado en la letra e), si las entidades consideran oportuno realizar una nueva tasación, vigente la validez de otra aportada por el cliente que hubiera sido realizada por tasadora homologada, el coste del nuevo informe deberá ser asumido por la entidad, sin que, por tanto, pueda repercutirse al cliente.

Para finalizar este apartado, se ha de indicar que no compete al DCMR analizar la bondad del valor otorgado al inmueble objeto de tasación.

1.8 Hipotecas especiales (créditos, multidivisa y subvencionados)

Junto con los préstamos en sentido estricto, contratos por los que la entidad de crédito entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe (prestatario) a restituir otro tanto en la forma y plazo convenidos, incluidos los intereses y las comisiones correspondientes, existen operaciones de financiación hipotecaria que adoptan la forma de créditos.

La apertura de crédito en cuenta corriente es un contrato a través del cual la entidad pone a disposición del cliente (acreditado) una cantidad cierta de dinero de la que este puede disponer, en todo o en parte, con arreglo a las condiciones pactadas, durante un período determinado o indeterminado, con la obligación de restituir el capital y de pagar intereses por la suma efectivamente utilizada. Si la cuenta de crédito lleva aneja una garantía hipotecaria, estamos en presencia de un crédito hipotecario.

Se incluyen en la denominada generalmente «modalidad *revolving*», o «revolvente», aquellos créditos hipotecarios que permiten sucesivas disposiciones de la parte de capital que se va amortizando, dentro del límite concedido. Es frecuente, en relación con estos últimos, que las entidades se reserven la facultad de autorizar, o no, las disposiciones a partir de una determinada fecha y/o cumplimiento de condiciones, particularmente una vez realizados los desembolsos pactados para la adquisición y/o promoción de la vivienda, denegando ulteriores disposiciones si concurren determinadas circunstancias, como deterioro de la solvencia y/o de la capacidad de pago de la parte prestataria, así como por la disminución de valor del bien objeto de garantía, situación ante la cual lo que este DCMR viene exigiendo es claridad en la expresión de cuáles serían los presupuestos de la denegación, de manera que esta no sea producto de la pura arbitrariedad de la prestamista. Adicionalmente, la posibilidad de efectuar disposiciones sucesivas del capital puesto a disposición por parte de la entidad acreedora puede dar lugar a situaciones de cierta complejidad cuando la titularidad del préstamo es plural.

También suponen una modalidad especial de préstamos hipotecarios los préstamos multidivisa. Las reclamaciones que han tratado sobre este tipo de financiación hipotecaria se centran habitualmente en la falta de información precontractual sobre el producto contratado y sus características, y en especial sobre el riesgo de tipo de cambio que asume el prestatario al tomar el préstamo en otra divisa distinta al euro, materializado en la posibilidad de que, por mor de la evolución de la cotización de esa divisa, el contravalor en euros del débito pendiente del préstamo, aun después de años de amortización, sea superior al contravalor en euros en el momento de su formalización.

También se han recibido reclamaciones cuestionando el tipo de cambio aplicado al cliente con motivo de la entrega de la divisa en el momento de la formalización del préstamo, así como con motivo del pago de los vencimientos en la moneda elegida y con motivo de la amortización anticipada del préstamo. En estos casos, la entidad deberá pactar expresamente con su cliente el tipo de cambio que se aplicará a la operación, salvo para pagos de cantías no superiores al contravalor de 3.000 euros, en los que, según la normativa de transparencia en vigor⁹, la entidad deberá publicar los tipos únicos o los tipos mínimos de compra y máximos de venta que aplique para la compraventa de divisas o billetes contra euros en operaciones de contado.

⁹ Norma cuarta de la Circular del Banco de España 5/2012. Préstamos subvencionados o subsidiados.

Sobre este tipo de préstamos, la sentencia n.º 608/2017, de 15 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha concluido que, a pesar de que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, sí que es un producto complejo a efectos del control de transparencia del cumplimiento de las obligaciones de información establecida por las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios en los casos en que el prestatario tiene la condición de consumidor. A estos efectos, considera que, aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas, al suponer la fluctuación de la divisa un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, si el euro se devalúa, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar la operación y la entidad puede dar por ello vencido el préstamo si se exceden ciertos límites.

Sobre la base del razonamiento expuesto, concluye en el caso analizado que la entidad no explicó adecuadamente a los prestatarios la naturaleza de los riesgos asociados a la hipoteca ni las graves consecuencias derivadas de la materialización de tales riesgos, y, en concreto, el pago de cuotas superiores a la inicial y la imposibilidad de afrontarlas, lo que ha derivado en la reclamación judicial por la prestamista del capital pendiente de amortizar, generando la falta de transparencia de las cláusulas multidivisa para los prestatarios un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, ya que, al desconocer los riesgos del contrato, no pudieron comparar la oferta del préstamo multidivisa con otros préstamos y se ha agravado su situación económica y jurídica.

Por otra parte, señala el Tribunal Supremo que no resulta suficiente la posibilidad de cambio de divisa para eliminar los riesgos mencionados ni para dispensar al banco de sus obligaciones de transparencia en la información contractual y en la redacción de las cláusulas, decretando por ello la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, quedando este como un préstamo concedido y amortizado en euros.

Por último, destacan también por su especialidad los préstamos hipotecarios subvencionados o subsidiados. Respecto a ellos, este DCMR viene manteniendo que las entidades, en cumplimiento de sus obligaciones de transparencia frente a los prestatarios beneficiarios de tales subvenciones, deben facilitarles cuanta información y explicaciones sean precisas respecto a cualquier duda que les surja con ocasión de la formalización y el devenir de tales operaciones.

Habitualmente, las discrepancias versan sobre la falta de aviso por parte de la entidad respecto al cese de las subvenciones o a la necesidad de solicitar en plazo la prórroga de estas para seguir disfrutándolas, así como sobre la alteración de la cuantía de la

cuota periódica que debe satisfacer el cliente, que puede deberse a la modificación del tipo de interés aplicado, normalmente por acuerdo del Consejo de Ministros en el marco del Plan de Vivienda al que esté acogido el préstamo en cuestión, o a los diferentes sistemas de amortización pactados, o sobre las limitaciones establecidas para las amortizaciones anticipadas de estos préstamos, extremos que, en todo caso, deben ser convenientemente explicados y justificados por la entidad a su cliente.

En el expediente R-201818145, el reclamante solicitaba información, en relación con su préstamo acogido al plan de vivienda de protección autonómica 2002-2005, sobre el tipo aplicable tras el cese de las ayudas públicas a los 10 años de formalizado y las fechas de las eventuales revisiones de aquel y el documento en el que se recogiera dicho tipo, pues la entidad no le había facilitado dicha información. La entidad alegó que el préstamo hipotecario estaba acogido al plan de vivienda estatal 2002-2005 y que el tipo de interés aplicable al préstamo era el publicado por el *BOE*, para cada año por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, cuya consulta puede realizarse a través del *BOE* y/o de la página oficial del Ministerio de Fomento, habiendo ofrecido al reclamante un detalle con el tipo de interés aplicable para cada período, así como un cuadro de movimientos del préstamo en el que se recoge el capital amortizado, el importe abonado en concepto de intereses y el subsidio recibido.

El DCMR entendió que la entidad reclamada se había apartado, en el caso analizado, de las buenas prácticas bancarias por ofrecer a su cliente información claramente insuficiente desde la perspectiva de la transparencia informativa y la debida colaboración con esta instancia, dado que, si bien había explicado a su cliente los tipos de interés liquidados remitiéndose a la normativa de aplicación y a un vínculo de la sala de prensa del Ministerio de Fomento, acompañando un cuadro con los tipos nominales aplicados, ni aportó copia de los *BOE* publicados con dichos tipos, ni indicó las fechas de su publicación, ni los tipos de interés efectivos anuales (TEA) recogidos en ellos para el plan 2002-2005.

1.9 Intereses

1.9.1 Intereses ordinarios o remuneratorios

La normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito, salvo lo que más adelante se indicará respecto al límite de los intereses de demora¹⁰.

¹⁰ En el ámbito de préstamos personales de la modalidad *revolving*, también existe una doctrina jurisprudencial sobre el carácter usurario de los intereses remuneratorios, que referiremos al hablar de esta tipología de préstamos y créditos, derivada de la sentencia del Tribunal Supremo n.º 628/2015, de 25 de noviembre, acerca de intereses remuneratorios usurarios en créditos personales de la modalidad *revolving* (véase sobre este último punto el epígrafe 3.8.2.3 de la presente Memoria).

En el caso de los préstamos concedidos a tipo de interés variable, a efectos de conocer cuál debe ser el índice de referencia que se ha de aplicar en cada variación del 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.

Para estos préstamos, se adjuntará a la FIPER a la que se refiere el artículo 22 de la Orden EHA/2899/2011, 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 15 años, o el plazo máximo disponible si es menor.

Los tipos de interés oficiales de referencia se publican mensualmente en el *BOE* 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, salvo lo que al respecto pudieran establecer otras instancias, admite como práctica consolidada que, a falta de precisión contractual, la consideración de los meses se refiera a meses naturales, según el calendario, y no a períodos mensuales contados de fecha a fecha, por lo que los informes se emiten en tal sentido.
- Una problemática análoga a la anterior es la que se produce en caso de discrepancia entre las partes en la interpretación de la cláusula contractual que regula cuál habrá de ser el momento de toma de valor del tipo de referencia en alusión a un número determinado de mensualidades anteriores a la fecha de revisión. Así, hay ocasiones en las que el prestatario o el prestamista entienden que debe estarse al valor del índice correspondiente a un cierto mes, mientras que la otra parte contractual considera que será aplicable el valor que ha sido publicado en ese mismo mes, el cual corresponderá al valor arrojado por dicho índice en el mes anterior. En estos casos, aunque mediante informe se pone de relieve que este DCMR carece de atribuciones para dirimir entre partes privadas acerca de cuál ha de ser la interpretación del contrato, podría llegar a

emitirse un pronunciamiento de censura a la entidad de crédito si no demostrara que ha operado de forma coherente a lo largo del tiempo en la selección del mes al que se refiera el valor del índice con ocasión de cada una de las revisiones, que habrá de ser, en principio, el mismo en cada anualidad (o período de revisión, si fuera de duración distinta a la anual), de manera que sus fluctuaciones sean susceptibles de aprovechar en cada revisión a cualquiera de las partes, en lugar de optar por una interpretación distinta —la que le sea más favorable al prestamista— en cada caso.

El DCMR entiende, por otra parte, que la fecha de revisión pactada, es decir, aquella hasta la cual se liquidan intereses al tipo de interés anterior, es también la fecha en la que comienza a aplicarse el nuevo tipo de interés resultante de la revisión, circunstancia de gran relevancia práctica cuando la fecha de revisión coincide con el último día del mes.

- Cuando se trata de tipos de referencia distintos de los oficiales previstos en la normativa en vigor, son frecuentes las reclamaciones por falta de comunicación con carácter previo 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 la conducta debida el que las entidades no puedan acreditar haber comunicado a sus clientes con carácter previo el tipo de interés que iba a estar vigente en el correspondiente período objeto de revisión. De igual signo es el pronunciamiento cuando se trata de tipos de interés de difícil verificación por parte de los clientes, salvo que, de manera clara y accesible para ellos, se les facilite la vía que deben seguir para verificar que el tipo aplicado es el pactado, incluida, en su caso, la dirección o el enlace de acceso para aquellos tipos que pueden obtenerse gratuitamente a través de Internet.

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

En alguna ocasión, los reclamantes invocan que conocieron las condiciones en la propia notaría, pero que se vieron en la necesidad de firmar ante el coste que para ellos podría representar, en su caso, la pérdida de arras o, incluso, de la oportunidad de adquirir la vivienda que se había de financiar y/o que no eran conscientes de las condiciones que firmaban y que, de haberlo sabido, no lo hubieran hecho. En estos casos, verificada la corrección de las obligaciones informativas de la entidad, 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, o errores en perjuicio del cliente de los tipos de interés aplicados. Una regularización diligente de las demoras o errores en perjuicio del cliente en los que se incurrió durante la vida de la operación pasaría, bien por devolver al cliente los importes pagados de más en cada vencimiento, debidamente actualizados al tipo de interés del préstamo en cada momento o al tipo de interés legal si este fuera mayor, con el recálculo del capital pendiente, o bien mediante otro tipo de opciones, desarrolladas en el epígrafe 1.9.9 de la presente Memoria, titulado «Reliquidación de préstamos hipotecarios». 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 2018 se recibieron diversas reclamaciones en las que se cuestionaban los índices de referencia oficiales pactados en los contratos de préstamo y aplicados en sus revisiones periódicas. A ese respecto, con carácter general, el DCMR considera que los índices de referencia oficiales, al ostentar dicha condición, cumplen con las condiciones establecidas a tal efecto por la normativa en vigor en el momento de su incorporación a los contratos de préstamo y también con la normativa vigente, que los sigue considerando índices oficiales y susceptibles de ser pactados como referencia en los contratos que se formalicen con la clientela bancaria.

Singularmente, el índice de referencia más cuestionado en dichas reclamaciones es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (también conocido como «IRPH Entidades»), que a la fecha continúa teniendo la consideración de índice oficial, así como algún otro índice de los eliminados por ley (el «IRPH Cajas» y el «IRPH Bancos»). La pretensión general de dichas reclamaciones consiste en la declaración por este DCMR de la nulidad del tipo de referencia aplicado, por considerarlo abusivo, y por entender que se trataría de un índice susceptible de manipulación por parte de las entidades implicadas, que declaran los tipos aplicados para la conformación del tipo de referencia y su sustitución por el euríbor. Las reclamaciones de esta tipología han sido resueltas con informes favorables a las entidades, poniéndose de relieve que estas gozan de libertad para negociar y pactar con sus clientes la aplicación de un concreto índice de referencia, al tratarse de una materia perteneciente al ámbito de su política comercial, remitiendo a los reclamantes a los órganos judiciales para hacer valer su pretensión ante estos, de considerar oportuno pedir la declaración de nulidad de cualesquiera cláusulas contractuales, al trascender dicha función el alcance de las competencias del DCMR. Sobre el particular, hemos de señalar que la sentencia del Tribunal Supremo n.º 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, ha resuelto en el sentido de que el índice IRPH, que está definido legalmente, como tal, no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda serlo la cláusula que lo incorpora.

Respecto a la cláusula concreta que incorpora el índice de referencia IRPH Entidades, el Tribunal señala que para determinar su transparencia se ha de analizar si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable, concluyendo al respecto que, al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial del préstamo, superando por ello la cláusula el control de transparencia exigido.

No obstante, el titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona ha elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la cuestión prejudicial C-125/18, planteando diversas cuestiones sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13 o la directiva), en relación con la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que identifica el índice de referencia de préstamos hipotecarios-cajas (IRPH Cajas) como el índice de cálculo del tipo de interés variable del préstamo (la cláusula IRPH) y, en resumen, si dicho índice es susceptible de ser declarado abusivo de acuerdo con la normativa de la

UE, y, en tal caso, si debe ser sustituido por otro índice sustitutivo habitual, como el euríbor, o bien cesar la entidad en el cobro de intereses al prestatario.

1.9.2 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 del cálculo, los intereses, sin amortización de capital. Dicha liquidación se considera correcta, ya que el capital prestado comienza su devengo de intereses desde el mismo día de su abono al cliente por parte de la entidad.

1.9.3 Cálculo de las cuotas

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

La casuística presentada es, básicamente, la siguiente:

- 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, cuota que resultará variable para cada pago, dada la forma de cálculo.

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

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

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

Dicho de otro modo, en un préstamo amortizable por el sistema francés ordinario, los intereses «pico» no podrán ser superiores a los que resultarían de calcular los

intereses que devengaría la parte amortizada durante todo el período si esta no tuviera lugar, con arreglo al criterio de cálculo utilizado por la entidad para los recibos periódicos (en su caso: capital o tipo interés / número de períodos en el año —doce si es mensual, etc.—), dividido por el número de días del período (si las cuotas son mensuales, el período será de 28, 29, 30 o 31 días, según los que medien entre el vencimiento de la última cuota pagada y la siguiente a la fecha de amortización) y multiplicado por los días de devengo de la parte amortizada anticipadamente.

1.9.4 Intereses bonificados

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR en relación con los intereses bonificados fueron, fundamentalmente, por discrepancias con los intereses resultantes calculados y por la operativa derivada de la actuación anteriormente referida. En el análisis y la resolución de tales reclamaciones se procedió a la revisión de los cálculos realizados, emitiéndose informes contrarios en los casos en los que no se habían realizado los cálculos de acuerdo con las condiciones pactadas o en los que, habiéndose detectado errores en los cálculos, no habían sido debidamente informados y regularizados, dando lugar a que los clientes tuvieran que recurrir al Banco de España. En los supuestos contemplados en el párrafo anterior no se consideró mala práctica siempre que entre las condiciones pactadas se contemplara expresa y claramente el cálculo de intereses sobre la base de los días naturales transcurridos, entendiendo, por el contrario, que, cuando nada se dijera al respecto, el método de cálculo debía ser 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, haciendo 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.

En cualquier caso, no solo la entidad de crédito ha de actuar diligentemente a la hora de poner los medios para que sus clientes conozcan los pormenores de la contratación y/o mantenimiento de los productos o servicios que generen el derecho a beneficiarse de tales bonificaciones, sino que, una vez conocidos estos, los

propios clientes deberán prestar la atención que resulte precisa para cumplir en sus propios términos con las condiciones de vinculación que ellos mismos han aceptado al suscribir el documento contractual.

Algunos ejemplos ilustrativos de expedientes examinados en 2018 en los que se planteaban problemas en relación con la bonificación del tipo de interés del préstamo hipotecario son los siguientes:

- En el expediente R-201816275, el reclamante discrepaba con la no aplicación a su préstamo de la bonificación del 0,25 % pactada para su diferencial, a pesar de mantener contratados todos los productos exigidos para ello en el contrato, por lo que solicitaba a la entidad que le informara sobre los presuntos incumplimientos que justificasen la no aplicación de la bonificación y sus fechas, y, en caso de haber cumplido, que procediera a la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas. La entidad alegó que el prestatario, por diversos motivos, no había cumplido los requisitos pactados para que le fuera de aplicación la bonificación, aportando documentación para acreditar el supuesto incumplimiento del requisito de aportación mínima anual al plan de pensiones y compra mínima anual con tarjeta y alegó que, a pesar de exigirse también para la bonificación tener domiciliada la nómina, el reclamante nunca la había domiciliado en la entidad, aunque sí recibía varias transferencias de diversas empresas.

El DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no había tenido en cuenta la buena fe contractual de la parte reclamante, que mantuvo siempre la domiciliación de los ingresos de sus nóminas, en la cuenta vinculada al préstamo, de todas las empresas en las que trabajó, así como la de los seguros sociales de autónomo, también contemplada en el contrato como alternativa a la nómina, ni le había comunicado que no cumplía con la citada condición y que, por ello, su diferencial no obtenía una reducción, así como por no haber acreditado documentalmente los alegados incumplimientos de su cliente en determinados períodos, en lo referente tanto a las aportaciones mínimas al plan de pensiones como a las compras con tarjeta por el importe mínimo pactado.

- En el expediente R-201816911, el reclamante cuestionaba el no haber sido oportunamente informado en el proceso de concesión del préstamo acerca de la necesaria contratación de un seguro de vida para que le fuera de aplicación el tipo fijo inicial bonificado del 1,99 % y posteriormente, el diferencial bonificado del 0,99 %, ya que tal condicionante no figuraba en el documento de solicitud de hipoteca y se le informó sobre ello más tarde, aunque antes de formalizar la operación. La entidad alegaba que en el

documento de solicitud de financiación se recogía ya la necesidad de cumplir con las condiciones de vinculación para obtener el tipo inicial fijo y diferencial posterior bonificados, detallándose dichos requisitos, y en particular el referido a la contratación del seguro de vida tanto en la FIPRE como en la FIPER posterior y en el propio contrato de préstamo, habiéndose negado expresamente el cliente a suscribir dicho seguro desde antes de formalizar la operación.

El DCMR consideró, sin perjuicio de entender como no aplicable la bonificación total solicitada, por la no contratación del seguro de vida exigido en el contrato, que, no obstante, la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al incurrir en una falta de transparencia informativa en la FIPER, al no detallarse en ella las consecuencias concretas que traería en la aplicación del tipo de interés el incumplimiento por parte del reclamante de la contratación del seguro de vida.

- En el expediente R-201816781, el reclamante discrepaba con la falta de aplicación de la bonificación pactada a su préstamo hipotecario desde marzo de 2018, a pesar de cumplir con los requisitos de vinculación pactados. La entidad alegó que, según lo pactado, para aplicarse la bonificación debían cumplirse los dos requisitos de vinculación acordados durante toda la vida del préstamo, perdiéndose para siempre la bonificación en caso contrario, así como que el cliente no cumple en el período previo a la revisión de 2018 con el requisito de domiciliación de nómina o ingresos mensuales superiores a 700 euros, ni con el requisito alternativo de domiciliación de cuota de autónomos, por lo que el diferencial aplicado desde el recibo de febrero de 2018 es correcto, de acuerdo con lo pactado.

El DCMR consideró que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias al haber interpretado y aplicado de manera totalmente rígida e interesada el pacto de bonificación alcanzado —ya que el cliente solo omitió el ingreso un mes, pero superando sobradamente el resto de meses el importe mínimo exigido—, en lugar de advertir antes a su cliente sobre la necesidad de efectuar ingresos todos los meses para no perder la bonificación, así como al no haber acreditado que hubiera comunicado al cliente de manera expresa el nuevo tipo aplicable a la operación, con desglose del valor del índice y del diferencial que se había de añadir, como se pactó expresamente.

1.9.5 Año comercial-año civil

La práctica a la que nos referimos en este epígrafe tiene incidencia tanto en los productos de activo como en los de pasivo, por cuanto se refiere a una metodología

para el cálculo de los intereses. No obstante, consideramos oportuno efectuar su análisis en esta sección, por las implicaciones que aquella tiene en la clientela de préstamos hipotecarios.

Esta metodología consiste, en lo relativo a préstamos, en la referencia a una base de cálculo distinta en el numerador y en el denominador de la fórmula de cálculo de los intereses, esto es, considerando en el numerador, como días en los que se habría producido el devengo de dichos intereses, el número de días realmente transcurridos con arreglo al año civil o natural (365 días, 366 si es bisiesto), y, por su parte, incluyendo en el denominador, como cifra entre la que se divide la anterior, los 360 días de que se compone el denominado «año comercial». Otras formas de cálculo que suelen pactarse consisten en aplicar el cambio de base 365/360 (en los años bisiestos, 366/360), bien directamente sobre el tipo de interés aplicable (tipo de referencia más diferencial), bien solo sobre el tipo de interés de referencia.

El empleo de la base de cálculo 360 se consideró largo tiempo como un «uso bancario» establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras, y como tal fue en su día reconocido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de octubre de 1950 (*BOE* de 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2.1 del Código de Comercio.

Este DCMR, conocedor de la evolución de las prácticas del mercado, de los cambios normativos en la regulación del mercado hipotecario en el ámbito nacional y comunitario, así como de la posición de los órganos jurisdiccionales, consideró que existían razones justificativas para apartarse del criterio tradicional en relación con esta práctica, de manera principal por el perjuicio que su utilización podría producir en la clientela bancaria, tanto en las operaciones de activo como en las de pasivo. Dicho criterio se viene aplicando desde la fecha de la publicación de la *Memoria de Reclamaciones 2016* —el 3 de julio de 2017—. En la indicada Memoria de 2016 se referían otras razones que justificaban dicho cambio de criterio, a saber:

- la modernización de los sistemas informáticos de las entidades implica que, en la actualidad, la utilización de la metodología 365/360 carezca de razón técnica alguna;
- se ha venido observando que un elevado número de entidades utiliza la fórmula de cálculo con períodos uniformes, por lo que cabría entender que el anterior uso bancario consistente en utilizar la fórmula 365/360 ha perdido su condición de tal;
- adicionalmente, la regulación en materia hipotecaria en curso refuerza claramente los requerimientos de conducta de las entidades y exige actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios, debiéndose

citar al respecto la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, vigente desde el 21 de marzo de 2016, recientemente incorporada a nuestro ordenamiento nacional a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* del 16).

Como consecuencia de lo expuesto, en los informes resueltos en el ejercicio que nos ocupa y en relación con las liquidaciones practicadas, solo se ha considerado como buena práctica el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se ha reputado contrario a una buena praxis financiera el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses.

Con carácter adicional al criterio expuesto, también se ha de tener en consideración la información precontractual que se ha facilitado al deudor —o, en su caso, al acreedor cuando nos refiramos al caso menos frecuente del producto de pasivo— respecto de la potencial aplicación de la referida fórmula. En este sentido, el DCMR considera que el hecho de que no conste en la información previa de manera clara la fórmula que se debe emplear para el cálculo de intereses, detallando de manera explícita la base que se ha de utilizar para su cálculo, supondría una conducta apartada de las buenas prácticas financieras.

Asimismo, conviene recordar que existe un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican 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», la cual, en igualdad de condiciones en cuanto a las comisiones que deben incluirse en aquella y el tipo de interés nominal aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo, proporcionando al cliente un imprescindible elemento de juicio a la hora de comparar y de decidir con quién contratar su operación. Hay que advertir, no obstante, de que puede suceder que la TAE se calcule en estas operaciones sin tener en cuenta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada por el DCMR contraria a las buenas prácticas bancarias.

1.9.6 Cláusula suelo

Nos referimos en este apartado a las reclamaciones relacionadas con la existencia en los préstamos y/o créditos hipotecarios de los clientes de las cláusulas de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés, conocidas como «cláusulas suelo», cuyo efecto implica, para los prestatarios, la existencia de un límite mínimo de interés que se aplica en las cuotas del préstamo aunque el tipo de interés pactado —variable y sometido a un índice de referencia en la mayoría de los casos— se encuentre por debajo de ese límite. En relación con esta concreta temática, y

como se puede leer con amplio detalle en anteriores memorias, han sido numerosas las reclamaciones tramitadas y resueltas por este DCMR en los años anteriores.

Con fecha 21 de enero de 2017, se publicó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que establece un cauce para facilitar a aquellos el llegar a un acuerdo extrajudicial con la entidad de crédito que dirima las controversias derivadas de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 respecto a la retroactividad de las cláusulas suelo, con el ánimo de ordenar el proceso de devolución y evitar la saturación de los órganos judiciales.

Así, por razón de la entrada en vigor del referido Real Decreto-ley, este DCMR no resulta competente para entrar a conocer sobre reclamaciones referidas a cláusulas suelo que se estén tramitando o se hayan tramitado en el marco del procedimiento regulado por el citado Real Decreto-ley 1/2017, ni tampoco sobre aquellas que se estén sustanciando o se hayan sustanciado en vía arbitral o judicial, por lo que el número de reclamaciones tramitadas en 2018 relativas a cláusulas suelo ha sido muy residual y circunscrito a determinados supuestos no contemplados en el real decreto-ley referido, en los que determinadas circunstancias relacionadas con un déficit de transparencia informativa o de diligencia han llevado al DCMR a emitir pronunciamientos contrarios a determinadas actuaciones de las entidades intervenientes.

Respecto a los criterios que ha venido manteniendo hasta ahora el DCMR en relación con las reclamaciones por cláusula suelo, nos remitimos a la Memoria de 2017 (pp. 102-103), sin perjuicio de exponer a continuación algunas cuestiones novedosas, referidas a la materia en cuestión, que se han observado durante el ejercicio 2018:

- El DCMR considera que no procede el cobro de comisión por la emisión del certificado de desglose de las cantidades devueltas por la anulación retroactiva de la cláusula suelo, en la medida en que el propio Real Decreto-ley 1/2017, en su artículo 3, apartado 2, establece que «Recibida la reclamación, la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses», lo que, unido al hecho de que dicho certificado resulta necesario para poder acreditar ante la Administración Tributaria las cantidades cobradas de más que han resultado devueltas correspondientes a cada ejercicio fiscal, si se dedujeron en su día en las declaraciones de IRPF, nos llevaría a considerar la emisión del certificado como el cumplimiento de una obligación legal.

Así, por ejemplo, en el expediente R-201812371 el reclamante discrepaba con el cargo en cuenta de comisiones por el mero hecho de acceder a su

solicitud de que le detallase los importes reintegrados como consecuencia de la eliminación retroactiva de su cláusula suelo. La entidad alegó que se limitó a repercutir a su cliente las comisiones por la entrega de duplicados de sus recibos del préstamo que el cliente conocía y había aceptado previamente, y que se encuentran en sus tarifas.

El DCMR estimó, con base en el razonamiento expuesto, que la entidad estaba obligada a desglosar el cálculo de la cantidad a devolver por la aplicación de la cláusula suelo, lo que debía entenderse que alcanzaba al desglose por ejercicio fiscal, necesario para el cumplimiento de las obligaciones tributarias del reclamante y asimismo por no constar acreditado que hubiera desglosado el cálculo de la cantidad a devolver por la aplicación de la cláusula suelo.

- El DCMR también ha entendido que debe exigirse a las entidades una diligencia especial respecto al abono de las cantidades devueltas por la anulación de las cláusulas suelo, de forma que no se produzcan situaciones discriminatorias respecto a alguno de los titulares del préstamo hipotecario en cuestión.

Un caso que ejemplifica este aspecto es el planteado en la R-201809920. En este expediente, la reclamante denunciaba que la entidad había procedido a la devolución del importe cobrado por cláusula suelo sin seguir el procedimiento establecido ni mediar petición ni autorización por su parte, siendo abonado en la cuenta bancaria de la que era cotitular junto con otro prestatario, vinculada al pago de los recibos del préstamo. Resultaba en este caso que el otro titular había realizado una transferencia por ese importe a una cuenta bancaria de su titularidad exclusiva, por lo que requería del banco la entrega de la documentación acreditativa de la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula, de la notificación de la resolución y su aceptación, de la opción elegida para la devolución y de la orden de trasferencia con la cuenta de destino y beneficiario.

La entidad explicaba que, tras recibir la solicitud —por parte del coprestatario— conforme al RDL 1/2017, contestó a aquella comunicándole la suma que se había de abonar, indicando que debería manifestar expresamente su conformidad con la suma calculada e invitándola a personarse en la oficina con el resto de los titulares. Sin embargo, como transcurridos 25 días no se había obtenido comunicación alguna de sus clientes, procedieron a abonar en la cuenta del préstamo el importe preavisado. También se indicaba que no se podía facilitar al reclamante copia de los documentos de solicitud de reliquidación y de respuesta a aquella por razones de confidencialidad, ya que estaban dirigidos al coprestatario; asimismo, que podría dirigirse a la sucursal para la entrega

de la copia de orden de transferencia, previa información de la tarifa por atender a esta petición; finalmente, añadía que correspondía en última instancia a los prestatarios acordar el reparto del importe devuelto por cláusula suelo.

El DCMR entendió, en ese caso, que, por lo que a la devolución del importe citado se refiere, al no recabar la entidad el consentimiento de ambos prestatarios al abono en cuenta, se había apartado de las buenas prácticas bancarias.

En relación con la evolución del tratamiento jurisprudencial que han tenido las cláusulas de esta tipología en ejercicios anteriores, nos remitimos con carácter general al desarrollo de esta cuestión contenido en la *Memoria de Reclamaciones 2017* (pp. 103-106).

Como novedad reseñable de 2018 se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo n.º 205/2018 (Sala de lo Civil, Pleno), del 11 de abril, que admite la validez de los contratos de novación modificativa de la cláusula suelo, suscritos en numerosos casos por las entidades y sus clientes. Advertida una contradicción entre dicha resolución y otra anterior de la misma Sala del Tribunal Supremo n.º 558/2017, de 17 de octubre, aplicada por varias audiencias provinciales, se han planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE tanto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel (C-452/18) como por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 bis de Albacete (C-617/18), y recientemente también por la Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

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

Resulta de interés en este punto la argumentación expuesta por el Tribunal Supremo en su ya citada sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, resolución

en la cual, tras ratificar la declaración del carácter abusivo de la cláusula por la que se fijaban los intereses moratorios de un préstamo hipotecario en un 19 %, vino a aplicar un criterio ya establecido para los préstamos personales, señalando que la declaración de nulidad afectaría al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, indicando que tal declaración implica la no aplicación de interés moratorio alguno, sin moderación jurisdiccional ni dar lugar a la aplicación supletoria del indicado límite del triple del interés legal prescrito por la referida reforma legislativa. Todo ello, sobre la base de que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, los límites establecidos a los intereses moratorios en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 1/2013, no excluyen el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias a dicha ley —por respetar ese límite máximo del triple del interés legal del dinero—, puedan implicar la «imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones», en los términos del artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que tendrá como consecuencia que el juez nacional declarará la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 364/2016, de 3 de junio, hizo extensiva su doctrina sentada en la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, relativa a préstamos sin garantía real, a todo tipo de préstamos con consumidores, incluidos los préstamos o créditos hipotecarios, afianzando asimismo la línea jurisprudencial adoptada en la sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, antes comentada, y en la más reciente n.º 79/2016, de 18 de febrero, ambas referidas a la nulidad de cláusulas abusivas de préstamos hipotecarios, considerando abusivo un tipo de interés de demora que exceda en más de dos puntos el tipo de interés contractual pactado.

Finalmente, ha de señalarse que, con fechas 17 de febrero de 2016 (Asunto C96/2016) y 22 de febrero de 2017 (Asunto C94/2017), fueron planteadas ante el TJUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona y por el Tribunal Supremo, respectivamente, sendas cuestiones prejudiciales para unificación de doctrina, entre otros extremos, sobre los concretos efectos de la declaración del carácter abusivo y nulidad de este género de estipulaciones, siendo dichos asuntos objeto de acumulación.

En resolución de la anterior, el TJUE dictó sentencia el 7 de agosto de 2018, por la que establece, entre otras conclusiones:

- 1 La validez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, una cláusula no negociada de un contrato de préstamo con un consumidor que establece un interés de demora aplicable es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía que suponga un

incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

- 2 La validez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, aplicándose solo los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

En el expediente R-201818379, el reclamante cuestionaba el cobro de intereses de demora, así como comisiones y costas de regularización, en su préstamo hipotecario, que había sido objeto de ejecución judicial y sobre el que el juzgado correspondiente fijó, en noviembre de 2016, una cantidad para la enervación hipotecaria, ya que, a pesar de haber estado realizando ingresos mensuales en su cuenta bancaria para realizar el pago de las cuotas, la entidad no se las fue cobrando, y llevó a cabo su regularización en septiembre y en noviembre de 2017, habiéndole cobrado intereses de demora con los que muestra su desconformidad. La entidad se limitó a alegar que el asunto fue dirimido en un procedimiento judicial, por lo que cualquier pretensión relacionada con él debería ser presentada ante el órgano judicial competente.

El DCMR apreció mala práctica bancaria por la fragmentación de la información recogida en el contrato de préstamo hipotecario, por cuanto la información relativa al tipo de interés de demora aplicable se incluía en un anexo de la escritura. Por otra parte, el DCMR consideró que la entidad incurrió en una mala práctica bancaria al no haber justificado que la totalidad de los intereses de demora cobrados a su cliente se ajustaran a lo determinado por el juez hasta las fechas por él contempladas, y, en todo caso, a partir de ellas, a las condiciones contractuales pactadas, a la normativa bancaria y a la jurisprudencia de aplicación, ni que al regularizar el préstamo hubiera computado retroactivamente los ingresos efectuados por la parte reclamante desde la fecha de estos. Respecto a las comisiones y costas de regularización, no pudo emitirse pronunciamiento alguno, dado que la parte reclamante no concretó de forma suficiente las comisiones y los gastos sobre los que reclamaba.

1.9.8 Falta de comunicación de revisión del tipo de interés

La norma sexta, apartados 6.d) y 8, de la Circular del Banco de España 8/1990 establecía la obligación de comunicar al cliente las variaciones del tipo de interés de los préstamos hipotecarios cuando el índice pactado no fuera oficial. Por su parte, el artículo 29, párrafo segundo, de la Orden EHA/2899/2011 establece la necesidad de que se recoja en el contrato la obligación de notificar al cliente las variaciones del tipo de interés.

1.9.9 Reliquidación de préstamos hipotecarios

Cuando se hace necesaria la reliquidación de un préstamo como consecuencia de errores incurridos por parte de las entidades en su liquidación, o de incumplimientos normativos de estas, las cantidades abonadas deben tener en cuenta el momento en el que se produjeron los cargos incorrectos, sin que los cálculos se correspondan únicamente con la suma aritmética simple de las diferencias entre las cuotas realmente pagadas y las que se debieron pagar con arreglo a las condiciones pactadas o a la normativa de aplicación, ya que, en caso contrario, se podría producir un desfase que correspondería con la falta de actualización del valor de las cantidades obtenidas en dicha rectificación, sin haber tenido en cuenta la entidad el lapso de tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación de las cuotas indebidamente calculadas hasta su rectificación.

En relación con esta cuestión, este DCMR entiende actualmente que, conforme a los criterios de buenas prácticas bancarias, una subsanación diligente pasaría por abonar al cliente los importes pagados de más en los respectivos vencimientos, actualizados a la fecha de abono, con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, según el vencimiento, o bien con el tipo de interés legal del dinero —que ha venido siendo utilizado por las entidades a este propósito—, siempre que el valor de este sea superior al de aquel. Ello, sobre la base de que, desde el punto de vista financiero, no es indiferente el momento en el que se hacen efectivos los flujos monetarios, todo ello con el consiguiente ajuste del capital pendiente del préstamo hasta la actualidad, sobre la base del capital amortizado de menos por la aplicación de un tipo de interés superior al que hubiese correspondido.

No obstante, será igualmente válido otro tipo de subsanaciones, como la devolución al cliente los intereses pagados de más en cada vencimiento, calculados sobre la base del cuadro de amortización inicial del préstamo, si bien actualizando igualmente dichas cantías con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés, o bien con el tipo de interés legal del dinero en las condiciones antes explicadas, en uno y otro caso sin ajuste de capital pendiente, si bien resulta exigible que, habida cuenta del efecto económico que esta opción supone sobre toda la vida del préstamo y sobre su misma duración, la entidad deberá explicar detalladamente los cálculos efectuados y compararlos con los que corresponderían a la reliquidación del préstamo explicada en el párrafo anterior, de forma que el cliente pueda entender adecuadamente el efecto económico de dicha alternativa de subsanación, en la que, en definitiva, el capital pendiente de amortizar no se reduce al importe que debiera arrojar de haberse reliquidado el préstamo de la manera más ortodoxa, cual es dejando este en la situación que hubiera quedado de no haberse aplicado indebidamente un determinado cálculo o una determinada condición contractual.

En definitiva, cuando la regularización de operaciones implica abonos para los clientes, limitarla al abono de la suma aritmética simple de los importes resultantes

—sin someterlos a la actualización a la fecha de abono—, en la práctica, implicaría beneficiar injustificadamente a las entidades con mayor número de incumplimientos normativos o errores e incidencias de tal naturaleza.

En el expediente R-201816100, el reclamante denunciaba la falta de aplicación de la bonificación pactada para el diferencial de su préstamo hipotecario, a pesar de haber cumplido siempre con los requisitos de vinculación pactados, por lo que solicitaba el recálculo de las cuotas indebidas hasta la fecha y el abono de las cantidades pagadas de más. La entidad alegó que, revisado el caso, verificó la falta de aplicación de la bonificación y procedió al abono en cuenta de la cantidad correspondiente, procediendo también a modificar el diferencial aplicable para las siguientes liquidaciones mensuales, hasta la próxima revisión del tipo de interés.

El DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, dado que, si bien procedió a devolver los intereses abonados de más por su cliente, no explicó detalladamente los cálculos realizados para hallar el consiguiente capital amortizado de menos, de forma que su cliente pudiera comprobar la validez de dicha alternativa de subsanación, según el actual criterio al respecto de este departamento sobre reliquidación de préstamos, así como tampoco actualizó las cantidades abonadas a su cliente desde la fecha de su pago.

1.10 Tasa anual equivalente (TAE)

Las reclamaciones planteadas ante el DCMR, en lo relativo a la 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 ulteriores 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 (en términos de coste total del préstamo¹¹, referido en el art. 31 de la Orden EHA/2899/2011), con el tipo aplicable al primer período, que es de interés fijo, y que para el resto de la duración del préstamo se considera que va a estar vigente el variable conocido en el momento de formalizar la operación, y que, sin embargo, en las 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 referida *ut supra*.

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

Ha de advertirse de que, en los párrafos sucesivos, abordaremos el análisis de las comisiones que, habiendo dado lugar a reclamaciones ante este DCMR en 2018, resulten, bien exclusivas de los productos de activo, bien más comunes en estos que en otros productos y servicios bancarios, lo que no es óbice para que en los respectivos contratos que establezcan el régimen aplicable a ellos puedan pactarse cualesquiera otras comisiones, en cuyo caso nos remitimos, en cuanto a sus características, efectos y requisitos para su plena eficacia y exigibilidad a los clientes, a los correspondientes epígrafes de la presente Memoria, especialmente el 3.2.2.

1.11 Comisiones

1.11.1 Comisión de apertura

La Circular del Banco de España 5/2012, en su norma sexta («Informaciones exigibles»), entre otras cosas, establece, con carácter general, que la información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y facilitada antes de que el cliente

11 Dentro del concepto de «coste total del préstamo» se incluyen todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de préstamo y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de todos los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo (en particular, las primas de seguro) se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios.

asuma cualquier obligación; y, en particular, en el caso de los préstamos, «cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por su concesión, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes».

La comisión de apertura forma parte de los costes fijos de los préstamos y créditos hipotecarios, y por ello debe recogerse necesariamente en la FIPER y en la oferta vinculante, previstas en los artículos 22 y 23 de la Orden/EHA/2899/2011; concretamente, en su apartado 7) «Vinculaciones y otros costes», según se indica en el anexo II de la orden, apartados A) «Modelo de FIPER» y B) «Instrucciones para cumplimentar la FIPER», debiendo recogerse como coste que debe abonarse de una sola vez a la entidad. Al tratarse de un coste adicional a los intereses que se han de pagar, debe integrarse en la TAE del préstamo, de acuerdo con el artículo 31 de la orden y con su anexo V.

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

señalada en los casos a) y b) anteriores y, adicionalmente, declarar la posible vulneración de la Circular del Banco de España 8/1990.

En el supuesto de la letra c), se considera igualmente contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación de comisión de apertura sobre un importe mayor que el de la ampliación del capital del préstamo, con motivo de su novación modificativa, puesto que, aplicándola sobre tal base, se estaría duplicando una comisión que ya se liquidó por el servicio de apertura con ocasión de la concesión del préstamo.

1.11.2 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 (art. 10 de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

1.11.3 Comisión por reclamación de posiciones deudoras y gastos de gestión externos

En relación con la comisión por reclamación de posiciones deudoras cobrada con ocasión del impago de los recibos de créditos y préstamos hipotecarios, debe significarse que la aplicación de esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las gestiones necesarias para la recuperación de los impagados, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Ahora bien, el DCMR considera que, para poder efectuar adeudos por este concepto, además de estar recogida la comisión en el contrato, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias deben cumplirse una serie de requisitos:

- En primer lugar, debe quedar claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio del DCMR, no queda justificado con la simple remisión periódicamente de una carta generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones.
- 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 impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones. No obstante, se considera que la aplicación

de la comisión es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad a consecuencia, en su caso, de intervención de terceros (por ejemplo, notaría) en las gestiones de reclamación (siempre que tal circunstancia esté contractualmente contemplada y acreditada).

- En tercer lugar, dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.
- Por último, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica financiera (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.

Es menester señalar que en ocasiones las entidades de crédito han contratado a empresas externas para reclamar las posiciones deudoras de sus préstamos hipotecarios, procediendo en tales situaciones a adeudar posteriormente a los prestatarios los gastos de gestión externa repercutidos por dichas mercantiles, coexistiendo en ocasiones dichas gestiones externas de recobro con las habituales gestiones de recobro llevadas a cabo por la propia prestamista.

Respecto a estos gastos de gestión externos, el DCMR ha venido exigiendo para su repercusión al cliente su debida previsión contractual, indicándose las concretas actuaciones de recobro encomendadas a dichas empresas externas, así como su coste para el prestatario y justificando convenientemente, en su caso, la necesidad de delegar en ellas dichas gestiones, en vez de acometerlas la propia prestamista, o la de llevar a cabo ambas acciones paralelas de recobro, siendo el coste repercutido a los clientes habitualmente mayor que el de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras cobradas por la prestamista.

1.11.4 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.

Por otra parte, el artículo 7, *in fine*, de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y

otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada norma tributaria, refuerza dicho criterio del DCMR al establecer que «en cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello».

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

Así, la comisión remunera la realización, a petición del cliente, de las gestiones y tramitaciones precisas. Es por ello por lo que el DCMR exige que se acredite que se ha prestado un verdadero servicio al cliente, supuesto ante el que estaríamos si la entidad hiciera las veces de gestoría, sustituyendo a esta en la tramitación completa de la operación, sin que quepa incluir en este supuesto:

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

Las reclamaciones que llegan al 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, y ii) en su caso, tener autorización para el cargo en cuenta de tales comisiones y gastos.

En el expediente R-201802994, el reclamante denunciaba que el comprador de sus dos fincas hipotecadas solicitó la financiación de la entidad reclamada, que le cobró a él, sin mediar ningún tipo de relación, dos comisiones con su correspondiente IVA en concepto de comisión por cancelación registral de hipoteca —una por cada una de las fincas—, considerando que no procedía tal cobro pues fue su entidad la que se encargó de la emisión del certificado de deuda cero y el resto de documentación necesaria para la confección de la escritura de cancelación de hipoteca.

La entidad alegó que en la escritura de compraventa se estableció que la parte vendedora encomendaba la cancelación del préstamo hipotecario a la gestoría interviniente, siendo de su cuenta los gastos de cancelación, a pesar de lo cual accedió a retroceder una de las comisiones de cancelación cargadas.

El DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, dado que el cobro de la comisión por cancelación notarial de hipoteca resultaba improcedente, al no considerarse un servicio efectivo retribuido, y ello porque la entidad no participó en el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca y además su tramitación fue realizada por una gestoría.

1.11.5 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.

1.11.6 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.

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

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 (contravlor de 40 millones de pesetas), en 1996 el Gobierno emitió una declaración que alude a esta cuestión, recomendando que en la subrogación de ciertos préstamos hipotecarios las entidades apliquen voluntariamente un límite del 2,5% en la comisión por cancelación anticipada, cuando en virtud de ella el tipo fijo se convierta en una fórmula de tipo variable de interés.

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

La fecha de 27 de abril de 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 trató 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 mayor¹².

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

Cancelación anticipada, subrogatoria¹³

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

¹² Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

¹³ 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.

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

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.
- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 0,50 %, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.
- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 0,50 %, cualquiera que sea la que se hubiere pactado. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. 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 pactado¹⁴.

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,

¹⁴ Disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

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
 - 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 (art. 9). En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales:

- Si se producen dentro del período inicial a tipo fijo, solo procederá el cobro de la compensación si quedan más de doce meses para la fecha de la primera revisión del tipo de interés.
- Si se producen dentro de un período de revisión de tipos igual o inferior a doce meses, no procederá el cobro de compensación alguna por este concepto, pudiendo solo cobrarse si el período de revisión es superior a doce meses, sea cuando sea la cancelación.

- 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, al 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, estableciendo que el tipo de actualización para al cálculo del valor de mercado del préstamo vendrá dado por el valor de un índice o tipo de referencia incrementado en un diferencial.

El índice será el tipo IRS al plazo de dos, tres, cuatro, cinco, siete, diez, quince, veinte y treinta años que más se aproxime al que reste desde el momento de la cancelación anticipada del préstamo hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento, en caso de no estar prevista tal revisión.

La cuantía del diferencial será la resultante de sustraer al tipo medio del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) de entidades el valor del tipo IRS al plazo de un año.

Para el cálculo del tipo de actualización se utilizarán los últimos valores publicados de cada uno de los índices o tipos de referencia, a condición de que todos ellos vengan referidos al mismo mes.

Pueden consultarse los valores del tipo IRS, así como los del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades de crédito (IRPH Entidades) aplicables para el cálculo del valor de mercado del préstamo, en la página web del Banco de España:

https://clientebanco.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_de_los_ti_001b34b8c141f51.html

Las reclamaciones en esta materia vienen determinadas fundamentalmente por la falta de información detallada sobre dichas compensaciones con carácter previo a la contratación del préstamo, o por falta de información suficiente en el momento de consultar 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 debe permitirle estar en condiciones de, por un lado, acreditar haber informado a su cliente, con carácter previo a la cancelación, de su coste y, por otro, para poder percibir dicha compensación en el momento de la cancelación definitiva, acreditar también que existe una pérdida de capital igual o mayor que el importe de la compensación adeudada. Dicha acreditación deberá realizarse, según indica la norma, mediante la comparación entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, aportando también los cálculos realizados al efecto, de manera que pueda verificarse su bondad.

Del mismo modo, si se cuestionara haber informado de la existencia de dicha compensación 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 y/o FIPER 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.

1.11.7 Comisión por subrogación de deudor

Las entidades pueden pactar una comisión que se ha de aplicar en los casos de venta del inmueble hipotecado con asunción de la deuda hipotecaria por parte del nuevo adquirente. En consecuencia, habrá que estar a lo pactado en el contrato. El caso más frecuente de subrogación de deudor 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.

Esquema 2.1

COMISIONES Y COMPENSACIONES APLICABLES EN CASO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA O CANCELACIÓN

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

FUENTE: Banco de España.

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

En el expediente R-201817131, el reclamante discrepaba de los gastos de subrogación y de novación adeudados por la entidad tras la firma de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca y otra de novación, ya que no fue informado de estos con ocasión de los gastos previstos para dichas operaciones y, a pesar de ello, se incluyeron después en la provisión de fondos, que nunca firmó, y cuestionaba también la FIPER por los errores que contenía y el importe de la primera cuota de su préstamo hipotecario, al no corresponderse con lo pactado.

La entidad alegó que las comisiones de subrogación y de novación estaban recogidas en la FIPER y en el contrato de novación suscrito, y que el error sobre el importe del préstamo subrogado recogido en la FIPER fue subsanado el mismo día mediante certificación con el importe correcto, así como que las modificaciones sobre el tipo de interés entraban en vigor a partir del último día del mes en que se celebró la subrogación, y que hasta entonces se había aplicado el tipo de interés pactado entre el vendedor de la vivienda y la entidad, que fue el liquidado en el primer recibo cuestionado.

El DCMR consideró que la entidad no se apartó de las buenas prácticas bancarias respecto a la provisión de fondos, ya que no estaba obligada a incluir en ella las comisiones controvertidas y además aportó esta firmada por la parte reclamante con una antelación de tres días hábiles e incluyó los gastos devengados a favor de la gestoría y de terceros. Sobre las comisiones, consideró que, a pesar de estar debidamente pactada y repercutida la de novación, no ocurría lo mismo respecto a la de subrogación, que, aunque estaba contemplada en la FIPER —cuyo error de importe subsanó adecuada y oportunamente la entidad— y en la escritura de novación, solo se previó para posteriores transmisiones de la finca hipotecada, sin que se hubiera acreditado tampoco que figurara en la escritura de compraventa con subrogación previa —que no se aportó al expediente—. Así, se estimó que, en el caso de que se hubiera cobrado una comisión no pactada en la escritura, la conducta de la entidad podría llegar a constituir quebrantamiento de normativa de transparencia.

1.12 Subrogación por cambio de deudor

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.

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 las obligaciones que le correspondían a aquel.

En materia de préstamos hipotecarios, la subrogación de deudor corresponde, básicamente, a operaciones de compraventa de viviendas gravadas con un préstamo hipotecario precedente, en el que se subroga el comprador, bien sea de viviendas nuevas con subrogación en el préstamo concedido al promotor, bien 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.

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

En los casos en los que se produce un cambio de deudor por subrogación en el préstamo concedido, la obligación de informar directamente al nuevo prestatario, antes de la formalización de la subrogación de las condiciones que rigen el préstamo, recae en el deudor original.

1.12.2 Caso particular de la subrogación de compradores en préstamo promotor

Debe, no obstante, matizarse que en la normativa vigente desde 2011 existe una obligación específica para las entidades de crédito de incluir en los contratos con constructores y con promotores (los conocidos como «préstamos promotores») la obligación de estos de entregar a los clientes la información personalizada relativa al préstamo en los términos previstos en la orden de transparencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Orden/EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (*BOE* de 29 de octubre):

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

Este artículo se desarrolla en el anexo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012, relativo a los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables; el punto 12 recoge: «En los supuestos en que la concesión de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, la inclusión en el correspondiente contrato de la obligación de los indicados constructores o promotores de entregar a los clientes información personalizada sobre el servicio ofrecido por la entidad, recogida en el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo.»

No obstante la inexistencia de norma que obligue a las entidades a informar directamente a los subrogados en préstamos hipotecarios, este DCMR ha venido considerando que, en aquellos casos en los que la entidad acreedora intervenga en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación, bien como parte (para admitir esta de forma expresa y, en su caso, para novar las condiciones del préstamo), bien como simple compareciente, esta resulta responsable de que el documento contractual que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que se eviten en dicho documento incorrecciones o se omitan aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente. Hay que entender que, si en última instancia la entidad tiene la potestad de admitir la subrogación del deudor hipotecario, es ella la primera interesada en que sus clientes conozcan las condiciones en las que contratan, a fin de evitar, entre otras incidencias, situaciones de asimetría informativa.

Especial relevancia adquiere la exigencia de dicha diligencia informativa por parte de las entidades en los casos de novación modificativa, dado que ello implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, se considera que es obligación de las entidades, conforme a la Orden 2899/2011, estar en condiciones de acreditar haber informado a sus clientes de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de las operaciones objeto de subrogación.

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

—sin la consideración de oferta vinculante— que va a servir al vendedor como vehículo de promoción para la subrogación de los posibles compradores en la financiación que le fue concedida, este debe contener, de manera clara e inequívoca, toda la información necesaria para el cálculo del coste real de la operación, a fin de que el cliente pueda elegir libremente subrogarse en ella o buscar otra alternativa en el mercado. También debe facilitarse esta información en cualquier otro supuesto en el que de la documentación aportada se desprenda la existencia de negociaciones previas entre la entidad y el deudor subrogado.

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

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de noviembre de 2017, se ha manifestado sobre el particular en el sentido de señalar que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroguen en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato, ya que, en otro caso, la obligación de información precontractual del predisponente se convertiría en una obligación del adherente de procurarse dicha información, lo que resulta opuesto a la doctrina de la Sala Primera y del TJUE.

Habida cuenta de los criterios expuestos, este DCMR considera que debe seguirse valorando cuál ha sido la actuación de la entidad en cada caso concreto, muy especialmente teniendo en cuenta el grado de implicación de aquella en el proceso subrogatorio y la conducta desplegada al respecto por ella en el contrato suscrito con su cliente constructor o promotor, si ello procediere, a la luz de la normativa vigente en cada momento.

1.13 Subrogación de entidad acreedora

Con la finalidad de mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, la parte deudora también podrá subrogar a la entidad financiera prestamista por otra entidad análoga, siendo de aplicación a los contratos de préstamo y de crédito hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización, aunque no conste en aquellos la posibilidad de amortización anticipada, y estando previsto el procedimiento incluso en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida. 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:

1.13.1 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 igualen o mejoren la oferta vinculante» realizada por la entidad que se pretende subrogar en la posición de la primera entidad acreedora, no estableciendo, por tanto, unos criterios de homogeneización ni las condiciones necesarias para que la comparación pudiera realizarse de manera objetiva e inequívoca.

Ante la indefinición o la falta de concreción de los criterios de homogeneización y de 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 que sea subrogada en la posición de la entidad acreedora original, salvo que, existiendo condiciones tanto más favorables como adversas, el conjunto de todas ellas sea aceptado, de manera expresa e inequívoca, como más favorable, globalmente considerado, por la parte prestataria, tras ser estudiadas por aquella, una vez que la entidad acreedora original se las haya comunicado y explicado adecuadamente, en una contraoferta muy clara y detallada, según los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones entre las entidades financieras y sus clientes.

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

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 intervenientes.

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 intervenientes 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.

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

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 de cheques de la nueva entidad acreedora a favor de la anterior, en pago de la deuda objeto de subrogación.
- e) Por el cobro de gastos derivados de la formalización de la escritura de novación con la entidad acreedora, una vez enervada la subrogación de la otra entidad.

En cuanto a la comisión señalada 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, las comisiones y los gastos referidos en las letras b) a d), procede señalar a las entidades implicadas que, tras la subrogación, la operación de préstamo no se extingue, sino que continúa con otra entidad acreedora diferente y, para que el cambio subjetivo se produzca, debe realizarse un pago de una entidad de crédito a otra. Por ello, es criterio del citado 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.

Respecto a los gastos referidos en la letra e), el DCMR entiende que es válido que el cliente exija a la entidad que dicha novación se formalice en documento privado, para evitar los gastos notariales, fiscales, registrales y de gestoría derivados de la escritura de novación, si bien previendo en él expresamente la facultad de la entidad de compelir al cliente a dicha elevación en cualquier momento si fuera preciso, en particular por si se diera la circunstancia de tener que ejecutar la deuda, si bien, en tal caso, los gastos debería afrontarlos la prestamista.

1.13.3 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.

En el expediente R-201813551, el reclamante discrepaba de la actuación de la entidad, que no llevó a efecto la novación modificativa de su préstamo, anunciada años atrás con ocasión de la enervación de la subrogación de otra entidad, y manifestaba su decisión de igualar las condiciones recogidas en la oferta vinculante de esta. La entidad alegó que la enervación no se llegó a formalizar, pero que entendía que cuestionar tanto tiempo después la operativa llevada a cabo en el préstamo vulneraba el principio de seguridad jurídica, y ello sobre la base de que durante todos esos años se habían venido remitiendo al domicilio pactado las comunicaciones correspondientes, no constando incidencia alguna en su recepción, y añadió que no quedaba acreditado que la causa de no firmarla fuera imputable a la entidad.

El DCMR estimó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia bancaria en ese caso, al no quedar acreditado que presentara una oferta vinculante que igualara —pese a su compromiso de hacerlo— las condiciones financieras ofrecidas por la otra entidad, además de haberse apartado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no había manifestado su voluntad de subsanar la cuestión controvertida, excusándose injustificadamente con el transcurso del tiempo.

1.14 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 condiciones¹⁵ y cláusulas que se pueden incluir en un contrato de préstamo, siempre que tales cláusulas no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público, según dispone el artículo 1255 del Código Civil. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija al 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 las entidades ofrezcan bonificar el diferencial que, adicionado al tipo de interés de referencia, determina el tipo de interés aplicable, a cambio de la contratación de determinados productos y/o servicios.

¹⁵ 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.

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, además de asegurado «forzoso» de una compañía de su grupo—) sean cuestiones ajenas, que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

Por el contrario, este 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, y asegurarse de que ha recibido la comunicación emitida al efecto por la compañía aseguradora.

Igualmente, se considera una mala práctica bancaria que las entidades consentan en mantener contratados los seguros suscritos a la vez que 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 circumscribe 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 siguiente enlace:

<https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Indice.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 siguiente enlace:

<http://www.dgsfp.mineco.es/es/Consumidor/ProteccionAsegurado/Paginas/InformacionProcedimiento.aspx>

1.15 Cesión y titulización de préstamos hipotecarios

Aunque la cesión de créditos es un negocio jurídico reconocido y regulado por nuestro Derecho Civil y Mercantil desde épocas pretéritas, ha sido en los últimos años, fruto en gran medida de la proliferación de operaciones de compraventa de carteras de deuda, con o sin garantía real, protagonizadas a menudo, por una parte, por las entidades financieras originadoras de esa deuda y, por otra, por sociedades habitualmente participadas por fondos de inversión, cuando las controversias entre entidad cedente y deudor cedido se han generado, y se han dirigido al DCMR una variedad de reclamaciones que en esta sede se han examinado única y exclusivamente desde la perspectiva que le es propia: la de las exigencias derivadas de la normativa y de las buenas prácticas bancarias en materia de transparencia y protección de la clientela.

Con dicho enfoque, el DCMR ha valorado en diversos expedientes resueltos en el año 2018 la conformidad del proceder de la entidad supervisada con dichas exigencias en relación, a su vez, con distintos objetos de reclamación, de los cuales, atendiendo a su incidencia, cabría destacar los siguientes:

- a) El hecho mismo de haber cedido a un tercero el crédito mantenido frente al reclamante.
- b) El que la cesión no haya sido notificada al deudor cedido.
- c) El que no se haya proporcionado al deudor cedido determinada información relativa al crédito transmitido a un tercero.

Sustantividad propia dentro de esta categoría tienen aquellos casos en los que el préstamo, el crédito o la posición deudora, en el sentido más amplio, que ha sido objeto de cesión se encontrara en situación de morosidad, supuesto en el que las peticiones de información de los deudores han alcanzado, en ocasiones, extremos no concernientes al crédito cedido en sí, sino al negocio jurídico de cesión.

La cesión de créditos puede definirse como aquella operación por la que el acreedor transmite el derecho de crédito a otra persona, permaneciendo vigente la misma obligación. Normalmente es consecuencia de un negocio jurídico en cuya virtud se ha producido ese desplazamiento patrimonial (venta, permuta, donación, pago de una deuda que ostenta el acreedor frente al cesionario, etc.). El Código Civil regula la cesión de créditos en el capítulo VII, título IV, del libro IV, bajo la denominación de «transmisión de créditos y demás derechos incorporales» (arts. 1526 y siguientes).

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para que la cesión produzca efectos frente al deudor y frente a terceros, debemos distinguir entre el primero y los segundos, siendo los más relevantes a nuestro juicio los que siguen:

- Así, respecto al deudor, es preciso que este tenga conocimiento de ella, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, «el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisaga al acreedor, quedará libre de la obligación». Sin embargo, la notificación al deudor, ya sea notarial o judicial, en nuestro Derecho no es requisito que perfeccione la cesión, según lo ha proclamado la jurisprudencia, al declarar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, fundamento jurídico primero: «El consentimiento del cedido no es requisito que afecta a la existencia de la cesión, sino que queda al margen del contrato, y solo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándose con el nuevo acreedor (sentencias de 16 de octubre de 1982, 11 de octubre de 1983 y 23 de octubre de 1984, entre otras), mientras que la simple puesta en su conocimiento solo tiene finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el artículo 1527 del Código Civil.»

En igual sentido, el artículo 347 del Código de Comercio manifiesta que «los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a este».

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

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

Así, este DCMR, en aquellos casos en los que se ha planteado ante él la disconformidad del deudor cedido reclamante con el hecho mismo de la cesión de su crédito a un tercero y/o con la ausencia de notificación de dicha cesión al cedido, llegando a impugnar la validez y la eficacia del negocio jurídico en cuestión, a menudo sobre la base de esa omisión de comunicación, ha puesto de relieve que la pretensión de declaración de nulidad del indicado negocio o de cualesquiera otros efectos que el prestatario considerara procedente que se anudaran a esa ausencia de comunicación de la cesión correspondería ejercerla ante los tribunales de justicia, por cuanto este DCMR carece de atribuciones para efectuar ese género de declaraciones.

Sin perjuicio de lo anterior, este DCMR entiende que, desde una perspectiva estrictamente circunscrita a las buenas prácticas en materia de transparencia informativa en las relaciones de las entidades de crédito con su clientela, a la entidad cedente le es exigible que ponga en conocimiento del deudor o de los deudores cedidos tanto el hecho mismo de la cesión como la identidad del cesionario y los medios para ponerse en contacto con él a cualesquiera efectos, incluidas las eventuales propuestas de reestructuración de la deuda.

De igual modo, ante reclamaciones en las que la parte prestataria ha denunciado ante el DCMR que la entidad cedente, tras ser requerida para ello, no le ha facilitado información que le permita comprobar el origen y la vigencia o exigibilidad de la deuda, o le ha indicado que el importe de dicha deuda pendiente de pago es uno distinto del que esa parte considera procedente, o, a su petición, no le ha proporcionado su desglose en principal y otros conceptos, lo que ha sido analizado por esta instancia ha sido fundamentalmente si la entidad reclamada ha puesto a disposición del deudor cedido cuanta información le correspondería para poder verificar la procedencia del pago requerido. En concreto, en los casos en los que el cliente se hallaba en mora, dicha información se debe poner a disposición del cliente en exactamente los mismos términos que si se tratara de un cliente que se encontrara en situación regular o al corriente de pago —de acuerdo con el criterio de que la morosidad de un cliente no le priva de la condición de tal en cuanto a los derechos de información que le son propios—, facilitándole la que obre en sus archivos, de modo que, si no dispusiera de los datos de movimientos posteriores al momento de la cesión, habría de indicarle a quién acudir para obtener la información restante.

Caso distinto es la titulización de préstamos o créditos hipotecarios. Mediante el proceso financiero de titulización se transforman unos activos generalmente ilíquidos (derechos de crédito procedentes del pago de créditos o préstamos) en títulos o valores negociables, mediante la cesión en bloque de dichos títulos hipotecarios a un fondo de titulización, que, a su vez, emite unos bonos de titulización para su colocación entre inversores. De esta manera, las entidades transmiten todos o parte de sus riesgos de crédito para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones

de capital. De acuerdo con el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, el emisor del título hipotecario (cedente) conservará la custodia y la administración del préstamo o crédito hipotecario. Asimismo, establece que «[l]a ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31».

Desde el punto de vista de este DCMR, la titulización del crédito hipotecario no exime a la entidad financiera de su obligación de cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria, ni de las buenas prácticas y usos financieros.

Entendemos, asimismo, que, una vez que la entidad cedente, a solicitud del cliente, pone en conocimiento del deudor cedido la cesión de su préstamo a un fondo de titulización hipotecario y le facilita su nombre, puede dirigirse a la sociedad gestora del fondo de titulización del que se trate para obtener copia de la escritura de constitución, el folleto de emisión, el informe anual y los informes trimestrales. Detalles adicionales sobre los deberes de información de tales gestoras podrán obtenerse dirigiéndose el reclamante, si lo estima oportuno, a la CNMV.

1.16 Otros aspectos

1.16.1 Amortizaciones parciales anticipadas. Destino

Anticipar el vencimiento final

En la medida en que no se acrede 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 pacto expreso en contrario, 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: 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

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

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

Menos frecuente es el supuesto en el que el importe de la amortización se destina solo al pago del principal de las primeras cuotas mixtas (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) Denuncias de que la entidad aplicó el importe cancelado anticipadamente a una finalidad distinta de la solicitada por el cliente.
- d) Denuncias de que, teniendo pactada la posibilidad de cancelación anticipada, parcial o total, sin limitación respecto al momento para hacerlo, no se ha permitido tal operativa en fechas comprendidas entre vencimientos, restringiéndola a la coincidencia con la fecha de vencimiento de las cuotas periódicas. Este supuesto se ha detectado en entidades en que, con motivo de procesos de integración, por fusión, absorción o cualquier otra causa, o de la simple adquisición total o parcial de carteras de activos, la operativa que se venía realizando sin límites hasta ese momento ya no es posible con posterioridad a la reorganización o la cesión.

La resolución de las reclamaciones señaladas con las letras a) y b) se lleva a cabo mediante el recálculo de plazos y/o cuotas resultantes tras las correspondientes amortizaciones parciales anticipadas llevadas a cabo, emitiéndose un informe acorde con el resultado del análisis. Hay que resaltar que muchas de las reclamaciones llegan al 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 con 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 con tales circunstancias. Entre dichas deficiencias informáticas cabe incluir algunos casos denunciados en los que la aplicación de préstamos,

según alegaciones de la entidad denunciada, solo permitía una de las dos posibles finalidades (acortamiento del plazo o reducción de la cuota), y sin respetar el deseo del cliente se aplicó a la finalidad permitida por la aplicación. Estos últimos supuestos se dieron, fundamentalmente, en amortizaciones anticipadas realizadas en los primeros meses de vigencia y/o períodos de carencia de las operaciones. También fueron emitidos informes contrarios a tal actuación, por cuanto, si el contrato contemplaba la posibilidad de amortización anticipada sin condicionar su finalidad, acorde con las buenas prácticas bancarias, la entidad afectada debió llevar a cabo la amortización en la forma solicitada por su cliente, incluso realizando los cálculos de forma manual, al igual que el cuadro de amortización remanente, si así hubiera sido necesario, en tanto los sistemas de tratamiento de la información fueran adaptados a las necesidades operativas concurrentes.

En cuanto a las reclamaciones contempladas en la letra d), este DCMR considera contrario a la buena praxis bancaria no permitir la amortización en el momento solicitado por el cliente cuando no existen limitaciones contractuales al respecto. La restricción no pactada de amortizaciones a las fechas de vencimiento de las cuotas periódicas obliga innecesariamente al cliente a pagar los intereses devengados por el importe que se pretendía amortizar en los días transcurridos entre la fecha de amortización solicitada y el siguiente vencimiento de cuota periódica.

En el expediente, la parte reclamante discrepaba de la información facilitada por la entidad sobre una serie de amortizaciones anticipadas llevadas a cabo sobre un préstamo con una carencia inicial de 35 meses y un tipo de interés variable tras los primeros 12 meses. Tres de esas amortizaciones habían modificado el importe y la fecha de vencimiento del préstamo, si bien la parte reclamante observó ciertas anomalías en relación con la información facilitada por la entidad respecto a aquellas, ya que las nuevas fechas de vencimiento tras cada una de ellas, recogidas en los justificantes de las operaciones, diferían de las que se recogían en los cuadros de amortización teóricos que le fueron entregados con motivo de cada amortización anticipada. La entidad alegó que la forma de proceder para calcular el nuevo plazo cada vez que se había realizado una entrega había sido calculando la cuota simulando que no había carencia y, una vez hecha la entrega, se simulaba la misma cuota rebajando el plazo.

El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, por cuanto no había proporcionado información clara a su cliente acerca de la nueva fecha de vencimiento del préstamo con posterioridad a la segunda amortización anticipada efectuada, así como por la falta de justificación de la diferencia entre el importe imputado a capital en la segunda y en la tercera amortización en los recibos aportados y en la simulación, así como al no considerar en las simulaciones de la primera y de la segunda amortización anticipada el período de carencia pactado en la escritura, lo que redundaba en un cálculo erróneo de la fecha del vencimiento final del préstamo.

1.16.2 Imputación de pagos ante una pluralidad de deudas

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

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

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

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

- d) Habiéndose realizado una compraventa de vivienda gravada con una hipoteca anterior no amortizada en su totalidad, tras retener el comprador el importe del saldo de la hipoteca pendiente de amortización y realizar posteriormente transferencia bancaria a favor del antiguo prestatario (vendedor de la vivienda), 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.

No obstante, cuando los ingresos se realizan por ventanilla, con intervención de un empleado de la entidad, y en el documento de ingreso —incluso en el apartado de «Observaciones/Concepto»— se indica su finalidad, el DCMR entiende que una actuación diligente por parte de la entidad debe llevarle a registrar el ingreso para la finalidad señalada en el documento y, si fuera necesario, antes de admitir el ingreso, ofrecer al cliente que tal imputación pueda realizarla por escrito en documento aparte, acusándole recibo en copia de este, antes de, o de manera simultánea a, la admisión y validación del ingreso, de modo que la imputación de pago resulte eficaz.

En el caso de transferencias con indicación en el apartado 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, si aquella no hubiera sido tenida en cuenta por la entidad prestamista, supuesto este último en el que se emitiría una opinión contraria acerca de la actuación de la entidad.

Por otro lado, el DCMR, en relación con los ingresos citados en la letra c), diferencia los casos en los que el recuento del efectivo ingresado está automatizado y comprobado por el propio cajero automático de aquellos en los que el recuento es manual y se realiza posteriormente por los empleados de la entidad, entendiendo

que únicamente es susceptible de imputación el segundo tipo de ingresos. No obstante, sería muy recomendable en estos casos que el propio cajero automático advirtiera, en el primer tipo de ingresos, de que no son susceptibles de imputación por la mera consignación de la finalidad pretendida en el campo «Concepto» o «Referencia de la operación».

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

Continuando con el supuesto de la letra d), si con motivo de la compraventa interviniere 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 preexistente¹⁶, y ello no solo en interés del comprador, sino también de ella misma, puesto que, de no realizarse la cancelación registral del préstamo anterior, la finca seguiría gravada por este, en la parte no amortizada, y el nuevo préstamo hipotecario concedido se situaría en peor posición en cuanto a la prelación de acreedores se refiere.

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

16 En materia de sistemas de pagos interbancarios, existe un procedimiento de transferencia urgente, vía TARGET2-Banco de España, que, a través del envío de un mensaje SWIFT, instruye la imputación de pago entre entidades.

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

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

En cuanto a reclamaciones formuladas ante el 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 el seguro la contingencia de desempleo, acaecido el suceso de quedarse en paro el prestatario y asegurado, resultaba que el seguro solo cubría tal contingencia para empleados «fijos», y no para eventuales o interinos, circunstancia que concurría en el asegurado en el momento de la contratación del seguro.

El criterio del DCMR en este punto es el siguiente:

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 coberturas no adecuadas para la situación personal del cliente, cabiendo presumir, igualmente, que, al no cubrir tal contingencia, la prima hubiera sido inferior. Ello salvo que la entidad pudiera acreditar que advirtió debidamente a su cliente asegurado, quien, en todo caso, decidió suscribir el seguro con tal cobertura.

1.16.4 Errores en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

Las entidades, como se indicó en el apartado relativo a la tramitación administrativa y los gastos de formalización de los préstamos hipotecarios, deben responder de la actuación de la gestoría por ellas elegida respecto a la liquidación por parte del cliente del impuesto controvertido, tanto en su modalidad de actos jurídicos documentados como en la de transmisiones patrimoniales; en este último caso, siempre que se encargue también —como comúnmente ocurre— dicha gestoría de la tramitación de la escritura correspondiente a la compraventa de la vivienda objeto de financiación.

De esta manera, deberá responder de que la gestoría no aplique en la autoliquidación de los impuestos tipos impositivos más gravosos que los que le correspondan al cliente según la normativa de aplicación, sobre la base de sus circunstancias personales y familiares concretas, y las relativas a las características de la finca financiada y a la finalidad y el uso que se vaya a hacer de ella.

En el expediente R-201812345, el reclamante discrepaba de la forma en que la gestoría había liquidado el impuesto sobre actos jurídicos documentados que gravaba la formalización del préstamo y la declaración de obra nueva, que había liquidado la entidad aplicando un coeficiente superior al que correspondía a una vivienda habitual en la Comunidad Valenciana, por lo que solicitaba que la entidad tramitase la subsanación fiscal ante la Administración Tributaria para obtener la devolución del importe de los impuestos indebidamente abonados.

La entidad alegó que no podía acceder a su solicitud, toda vez que el criterio fiscal aplicado había sido el correcto, ya que el cliente no había hecho constar, sino tras la liquidación del impuesto, que la vivienda financiada sería su vivienda habitual, ni la condición de familia numerosa ni de discapacidad que darían lugar al tipo impositivo solicitado, siendo además necesario para aplicarlo segregar previamente las fincas dimanantes de los dos chalés independientes cuya construcción había sido objeto de financiación a favor de cuatro personas. En tales circunstancias,

entendía que correspondía directamente al interesado cursar la devolución del impuesto indebidamente pagado, en su caso.

El DCMR estimó que la entidad reclamada no se había ajustado con su proceder a las buenas prácticas, pues resultaba acreditado que, contrariamente a lo manifestado, conocía que la finca en construcción iba a constituir la vivienda habitual de la parte prestataria, por lo que debió informar a su cliente sobre la eventual necesidad de segregar ambas fincas para que, en su caso, este pudiera beneficiarse de la aplicación del tipo bonificado, como *a posteriori* explicó en sus alegaciones, además de comprobar si reunía alguno de los requisitos adicionales exigibles para ello, como la condición de familia numerosa, requisito que cumplía también la parte prestataria. A mayor abundamiento, la entidad se desentendió de la reclamación de ingresos indebidos de la parte reclamante, al indicarle que debía ser el cliente el que la instara ante la Administración Tributaria.

1.16.5 Errores en escrituras públicas

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

El artículo 153 del Reglamento Notarial faculta al notario para rectificar por propia iniciativa —sin intervención de los otorgantes— los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales entre vivos, autorizando la subsanación notarial en ausencia de las partes si consta el error de forma manifiesta o patente o, en su defecto, se demuestra dicho error material u omisión fehacientemente, sin descartar su corrección por resultar discordante con los hechos percibidos por el propio notario.

Ahora bien, hay que tener presente que la rectificación del error se ha de mover dentro de las coordenadas expresadas, pues de otra manera sería ineficaz. Y es

que no hay que olvidar que esta opción se ofrece al notario como un remedio excepcional, de interpretación restrictiva, sin que, por lo tanto, pueda amparar valoraciones ni modificación ninguna de los intereses en juego.

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

1.16.6 Cláusulas de vencimiento anticipado

Han sido numerosas las reclamaciones presentadas en 2018 en las que se han planteado las discrepancias de los prestatarios con las cláusulas de vencimiento anticipado recogidas en sus contratos de préstamo hipotecario, basadas en diversos motivos, pero con el común denominador de la pretensión de los interesados de que se declarasen abusivas y fueran eliminadas del contrato.

En todos los casos, el DCMR ha considerado que corresponde únicamente a los tribunales de justicia la eventual declaración de abusividad de las cláusulas controvertidas y su consecuente anulación, así como la determinación de los efectos jurídico-patrimoniales dimanantes de dicha anulación, sin perjuicio del pronunciamiento del DCMR en los casos en los que se aprecie falta de claridad y transparencia en la redacción y/o aplicación de dichas cláusulas. Sobre el particular, el TJUE emitió una relevante sentencia el 26 de enero de 2017, de cara a la declaración de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, motivo por el cual se incluyen los comentarios siguientes sobre dicha resolución judicial y sus consecuencias en la praxis de los tribunales españoles.

A raíz de la presentación de una cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander sobre, entre otros extremos, la abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado, el TJUE, en su sentencia de 26 de enero de 2017, no da respuesta a si en el proceso judicial del que trae causa la cuestión prejudicial realmente existe o no abusividad en la cláusula de vencimiento anticipado consignada en el contrato, pero sí enumera los criterios genéricos que, trasladados a la formulación del contrato y a su vida posterior, deben permitir al órgano judicial determinar si esa concreta cláusula es o no abusiva a la luz de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/2013, exigiendo al juez nacional examinar la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando, en el momento de su celebración, todas las circunstancias que concurren, así como que exista un

desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor, por colocarle en una situación de inferioridad, y que ese desequilibrio se realice contraviniendo las exigencias de la buena fe.

Así las cosas, respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE señala que el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato solo resultará no abusivo cuando se considere el incumplimiento suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, y siempre y cuando el derecho nacional prevea medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto de la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo, consolidando la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, la cual modificó las líneas de actuación de nuestros órganos judiciales sobre dichas cláusulas y provocó una reforma legislativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Antes de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 y de la subsiguiente reforma operada, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admitía el vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos de amortización, lo que permitió que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, del 10 de octubre de 2012, sostuviera la admisión de la cláusula de vencimiento anticipado basada en el impago de alguno de los plazos.

No obstante, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta norma solo ampara el vencimiento anticipado del préstamo si concurre el impago de tres cuotas o cantidad equivalente impagada.

A la vista del panorama jurisprudencial expuesto, que da un paso más en la dirección iniciada en marzo de 2013, los órganos judiciales españoles no comprueban ya únicamente el incumplimiento de las tres cuotas, sino que, de acuerdo con la doctrina del TJUE, examinan la totalidad del contrato, interpretando que el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan solo fija unas condiciones mínimas para valorar el incumplimiento, pero, en función de las circunstancias de cada caso, ese mínimo puede ser irrelevante atendiendo a la cuantía y la duración del contrato y susceptible del control de abusividad, de manera que solo así la norma respetaría la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento tiene carácter suficientemente grave respecto a la duración y la cuantía del préstamo —auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección primera, de 30 de octubre de 2015—.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, a pesar de considerar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario que permitía la resolución anticipada de este por el impago de una sola de sus cuotas, llevó a cabo una moderación procesal de la cláusula y

permitió seguir adelante con la ejecución hipotecaria, al haberse iniciado la ejecución tras el impago de tres cuotas, como prevé el nuevo artículo 693 de la LEC.

El Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, respectivamente, plantearon al TJUE, en síntesis: i) si la Directiva 93/13/CEE permitía no declarar la abusividad «total» de una cláusula de vencimiento anticipado, sino solo una parte de esta, y ii) si, en caso de declararse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, podría despacharse ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento grave y flagrante del deudor en los pagos sobre la base de que el inicio o la consecución del proceso de ejecución contra el consumidor pueda resultar más favorable para este que sobreseer dicho procedimiento especial y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo crédito y/o la reclamación de las cantidades debidas y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria.

En contestación a dicha cuestión prejudicial, el TJUE, mediante sentencia de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 (Abanca) y C-179/17 (Bankia), ha resuelto que: i) no cabe admitir el mantenimiento parcial de las cláusulas de vencimiento anticipado declaradas abusivas, y ii) la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por la nueva redacción de una disposición legal (art. 693.2 de la LEC) está justificada siempre que el contrato de préstamo hipotecario pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente gravosas.

1.16.7 Renovación y refinanciación de operaciones con garantía hipotecaria

El DCMR ha venido manteniendo que las entidades, si bien no están obligadas a atender las peticiones de sus clientes tendentes a la renovación o a la refinanciación de sus operaciones con garantía hipotecaria si no media pacto previo al respecto, dado que tales decisiones se enmarcan en su política comercial y de asunción de riesgos, y por tanto en su esfera discrecional de actuación, sí lo están a actuar diligentemente en la tramitación de dichas solicitudes, tratando de evitar a sus clientes los perjuicios derivados de demoras injustificadas en la toma de decisiones a este respecto, debiendo comunicar a tal fin a los interesados el resultado confirmatorio o denegatorio de tales solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

De la misma manera, deben facilitar a sus clientes el pago de sus posiciones deudoras en todo momento, en orden a su rápida regularización y a la evitación de los inconvenientes derivados de las situaciones de mora y las reclamaciones judiciales de los saldos impagados.

1.16.8 Incidencias en la cancelación registral de hipotecas

Son frecuentes las reclamaciones que versan sobre diversas incidencias acaecidas con motivo de la cancelación registral de hipotecas, como demoras injustificadas en el otorgamiento de la carta de pago y la cancelación de hipoteca, y otra serie de vicisitudes, como la vigencia temporal de la garantía real, cuando esta se constituyó para asegurar el pago de futuras operaciones de crédito que pudiera solicitar el cliente, como es el caso de la hipoteca de máximo.

El DCMR viene exigiendo en estos casos a la entidad una actuación diligente y transparente, materializada en la pronta ejecución de los trámites encomendados, por una parte, evitando demoras injustificadas y, por otra, informando al cliente detallada y oportunamente de las razones de índole legal o contractual que puedan impedir la cancelación registral de la hipoteca.

En el expediente R-201811046, el reclamante discrepaba de la emisión de las facturas y la liquidación de la provisión de fondos correspondientes a unas operaciones de extinción de condominio y de venta de vivienda, así como de cancelación de la hipoteca preexistente, a nombre del comprador, a pesar de que la gestoría de la entidad financiadora del comprador le retuvo a él las cantidades correspondientes a las escrituras de extinción de condominio y de cancelación de hipoteca, por lo que debieron emitirse a su nombre tanto las facturas como la provisión de fondos, lo que solicitaba fuera objeto de subsanación. Asimismo, cuestionaba la demora en llevarse a cabo la cancelación de la hipoteca.

La entidad alegó que en la escritura de compraventa, en la que no intervino, se había pactado la retención de sendas cantidades para la tramitación de las escrituras de extinción de condominio y de cancelación de hipoteca, siendo ajena a dicho pacto, añadiendo que la tramitación de la escritura de extinción de condominio fue encargada por el comprador a la gestoría interviniente, por lo que se emitieron a su nombre las facturas y la provisión de fondos correspondientes, así como la liquidación de la provisión, transfiriendo después el comprador el sobrante a la parte reclamante, pero no así la gestión correspondiente a la cancelación registral del préstamo hipotecario, que no había sido en ningún momento encomendada a la gestoría ni se había efectuado provisión de fondos al efecto, por lo que el reclamante debía encomendar a la gestoría la tramitación y efectuar dicha provisión, así como autorizar la emisión del certificado de saldo cero por la entidad acreedora, a lo que se había negado.

El DCMR entendió que, si bien en relación con las facturas emitidas y la liquidación de la provisión de fondos relativa a la operación de extinción de condominio no se podía emitir pronunciamiento alguno por ser cuestión de derecho privado en un pacto comprador-vendedor, la entidad no había obrado conforme a las buenas prácticas bancarias, pues resultaba conocedora de lo pactado en la escritura de compraventa, y era necesaria la cancelación previa de la hipoteca preexistente para

poder constituir primera hipoteca sobre la finca en cuestión, debiéndose haber asegurado de que el importe retenido se aplicaba por parte de la gestoría por ella elegida a la cancelación registral de la hipoteca, incurriendo al no hacerlo en una actuación poco diligente y lesiva para los intereses de la parte vendedora.

En el expediente R-201812073, el reclamante denunciaba que había intentado obtener de la entidad la cancelación registral de la hipoteca dada en garantía de su préstamo y, pese a que la entidad le había entregado en su día un certificado de cancelación económica del préstamo, había demorado la comparecencia en la notaría para la firma de la escritura de cancelación de la operación hipotecaria, lo que le estaba causando un grave perjuicio, al no haber podido vender la vivienda por no encontrarse libre de cargas. La entidad alegó que, tras haberse informado de la incidencia, el personal de la gestoría había contactado en varias ocasiones con la notaría para acudir a la firma de la escritura de cancelación, pero que tal acto no había podido llevarse a cabo debido a que en la notaría no se encontraba preparada la documentación.

El DCMR entendió que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias y usos bancarios al no acreditar que la demora en el otorgamiento de la escritura de cancelación se debiera al comportamiento negligente de la notaría —como afirmaba— y no a su propia falta de diligencia.

En el expediente R-201810785, la reclamante denunciaba que, tras cancelar económicamente el préstamo hipotecario que formalizó con la entidad, acudió a su oficina para solicitar el certificado de deuda cero, donde le indicaron que para la emisión del pretendido certificado era necesario que aportara la nota simple del bien hipotecado. La entidad alegó que, tal como contestó a su cliente, el desplazamiento de un apoderado suyo para la firma de la cancelación de derecho de su hipoteca solo podría efectuarse cuando su agenda lo permitiera, solicitando igualmente al cliente nota simple del bien, requisito indispensable, según su criterio, para poder efectuar el certificado de cancelación de deuda.

El DCMR emitió un informe contrario a la actuación de la entidad reclamada, puesto que esta no atendió la solicitud de su cliente ni mostró una actitud activa dirigida a solventar el requerimiento realizado —emisión del certificado de deuda cero y comparecencia de apoderado al otorgamiento de la escritura—, exigiéndole una nota simple innecesaria y omitiendo así sus obligaciones impuestas por imperativo legal sobre la cancelación de su préstamo hipotecario.

1.16.9 Incidencias en la cancelación económica de hipotecas

Son diversas las reclamaciones que versan sobre la no cancelación económica de préstamos y créditos hipotecarios, a pesar de haberse transferido por el cliente a la

cuenta vinculada a su pago los importes correspondientes a los débitos pendientes informados por la entidad.

El DCMR viene señalando que para dicha cancelación no basta con el abono de los débitos pendientes en la cuenta de cargo de los préstamos, sino que se hace necesaria la orden expresa del cliente de que se cancelen anticipadamente dichos préstamos con cargo a tales fondos, en ejercicio de su derecho a la renuncia al beneficio del plazo que supone dicha cancelación anticipada, existiendo en la operativa bancaria un tipo específico de transferencias urgentes, vía TARGET2-Banco de España, diseñadas para dicha finalidad, una vez el cliente comunica de manera clara su intención a la entidad ordenante mediante la cumplimentación de los correspondientes campos, para que la entidad receptora beneficiaria pueda identificar la finalidad de los fondos y aplicarlos a la cancelación del préstamo.

Todo ello sin perjuicio de la obligación ineludible de la entidad de informar a su cliente en todo momento sobre la evolución posterior de sus préstamos en caso de que, por el motivo que sea, no se hayan podido cancelar en la fecha deseada, mediante la entrega de los recibos o extractos de movimientos detallados de ellos.

En el expediente R-201815176, el reclamante discrepaba de la actuación de la entidad, pues le había transferido la cantidad necesaria para la cancelación económica de su préstamo, conforme a la cifra recogida en el certificado de deuda expedido por el propio banco. Sin embargo, este le había exigido *a posteriori* la cancelación de otro préstamo vinculado y se había negado a devolverle el importe transferido ante su solicitud en ese sentido hasta que se aclarara la situación.

Por su parte, la entidad explicaba que había seis cuotas del préstamo aplazadas hasta el vencimiento final o anticipado de este, según se pactó para el caso de desempleo de cualquiera de los prestatarios, que constituyan *de facto* otro préstamo vinculado al que se pretendía cancelar. Como tal importe no se había incluido en el certificado de saldo pendiente entregado, la cantidad transferida no bastaba para cancelar en su totalidad ambos préstamos, habiendo remunerado al tipo de interés legal del dinero la cantidad transferida y pendiente de aplicación como compensación, estando a disposición de la parte reclamante para buscar la solución adecuada a la incidencia.

El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no haber explicado ni acreditado convenientemente la existencia de la deuda pendiente del préstamo accesorio cuestionado. Asimismo, se consideró que la entidad, en cuanto a la transferencia bloqueada, en su actuación globalmente considerada, había obrado correctamente, dado que procedió a la devolución de los intereses legales generados durante el tiempo en el que no pudo disponer la parte reclamante de dicha cantidad.

1.16.10 Discrepancias en cargos y abonos

No son pocos los casos en los que los reclamantes solicitan aclaraciones respecto a los cargos y abonos en cuenta derivados de la concesión de préstamos destinados a refinanciar deudas anteriores del cliente de distinta naturaleza. En estos supuestos, dada la diversidad de las operaciones objeto de refinanciación (deudas de tarjeta de crédito, préstamos personales e hipotecarios), el DCMR exige a las entidades que documenten y justifiquen detalladamente cada partida de abono y adeudo para facilitar la comprobación de la corrección de las cantidades objeto de controversia, mediante la aportación del contrato de refinanciación y de los contratos crediticios financiados, además de los correspondientes extractos de movimientos de todos ellos.

1.16.11 Discrepancias en la titularidad de préstamos

En alguna ocasión se han planteado discrepancias respecto a la titularidad de préstamos hipotecarios, entendiendo este DCMR que únicamente podían resolverse comprobando quiénes comparecieron en el otorgamiento de la escritura de préstamo y en qué calidad lo hicieron, por lo que las entidades debían aportar dicho contrato, a cuya custodia estaban obligados por la normativa mercantil y por la normativa de transparencia de aplicación, sin perjuicio de exigirles además una actuación diligente y coherente en relación con la información facilitada a sus clientes sobre este extremo.

1.16.12 Modificación improcedente de condiciones pactadas para otros contratos bancarios con ocasión de la formalización del préstamo hipotecario

El DCMR entiende que, en los casos en los que la entidad ofrece un paquete de servicios o contratos vinculados a la concesión de un préstamo hipotecario, esta debe establecer con claridad si las condiciones preferenciales de dichos servicios o contratos se mantendrán durante toda la vida del préstamo o podrán ser objeto de modificación unilateral por parte de la entidad, cumpliendo únicamente para ello con los requisitos de comunicación previa previstos en la normativa general de transparencia bancaria y/o en la normativa sobre servicios de pago, de manera que no se generen en el cliente falsas expectativas sobre la vocación de permanencia de dichas condiciones que puedan influir en su decisión de aceptar las condiciones financieras del préstamo.

Obviamente, en el caso de que las condiciones preferenciales se pactaran para toda la vida del préstamo, la entidad prestamista, o la que adquiera dicha condición como consecuencia de procesos de fusión o de adquisición de activos, deberá respetar las condiciones pactadas con el cliente.

En el expediente R-201816256, el reclamante discrepaba, por considerarla abusiva y nula, de la modificación unilateral por parte de la entidad absorbente de la nueva entidad acreedora de su préstamo hipotecario de las comisiones aplicables a las tarjetas de débito que contrató en un paquete de «bienvenida» con ocasión de la subrogación de dicha nueva entidad en el citado préstamo, a pesar de que se había pactado entonces que las cuotas de emisión y de renovación de dichas tarjetas no tendrían coste alguno.

Por su parte, la entidad explicaba que, en las condiciones generales suscritas con ocasión de la contratación del paquete, se contemplaba la posibilidad de la entidad de modificar las condiciones pactadas y el procedimiento a seguir para ello, habiéndose ajustado a dicho procedimiento de comunicación previa al titular de las tarjetas, y añadió que la cancelación de las tarjetas de débito se debió a un error del empleado que había sido subsanado, ofreciendo la firma de un nuevo contrato que no había sido firmado por el reclamante.

El DCMR consideró que, si bien en el referido «Contrato Pack Bienvenida» se hacía una referencia expresa a la eventual modificación de las condiciones, según un apartado de las condiciones generales, también entregadas al cliente, dicha remisión solo aparecía en los contratos de banca a distancia y en los de tarjetas de crédito, pero no en los de cuenta nómina y tarjeta de débito, en los que únicamente se remitía de manera genérica a las condiciones generales, pero sin recoger la posibilidad de modificación de las condiciones pactadas; por otro lado, la entidad solo había informado de la gratuidad de los servicios incluidos al comercializar el paquete. Todo lo anterior había generado en el cliente unas expectativas que se habían visto frustradas con la implantación *ex novo* de la comisión de mantenimiento de tarjeta de débito cuestionada, lo que redunda en una mala práctica bancaria.

En el expediente R-201816060, el reclamante discrepaba del cobro de comisiones de mantenimiento en su cuenta, así como de la de su tarjeta de crédito y de la pérdida de las bonificaciones que tenía pactadas en su préstamo, lo que se había producido, también en este caso, tras la absorción de la prestamista original por la reclamada.

La entidad alegó que las bonificaciones a las que hacía referencia la parte reclamante no se encontraban en la escritura de constitución del préstamo, sino que eran bonificaciones aplicadas al depósito vinculado modificadas por la entidad mediante la comunicación individualizada a su cliente conforme a la normativa sobre servicios de pago, estando también previstas las comisiones de mantenimiento y de tarjeta en el contrato de la cuenta, siendo asimismo modificadas mediante las formalidades previstas en la normativa de servicios de pago.

El DCMR consideró que, a pesar de que la entidad había respetado los requisitos formales exigidos por la normativa de servicios de pago para las modificaciones

cuestionadas, se apartó, no obstante, de las buenas prácticas bancarias al modificar improcedentemente las condiciones pactadas a título individual entre el reclamante y la prestamista inicial, consistentes en la total exención de comisiones en la cuenta y las tarjetas y una remuneración bonificada de la cuenta, que se derivaba de lo expresado en un certificado emitido por la entidad absorbida a favor del prestatario, todo ello hasta el vencimiento final del préstamo, pacto que no respetó la entidad.

1.17 Breve reseña sobre la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

Desde el estricto punto de vista de la transparencia, la nueva Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LRCCI), que entrará en vigor el 16 de junio de este año, y que obviamente no ha sido aplicada en la resolución de los informes recogidos en esta Memoria, establece novedades relevantes en relación con la normativa anterior (Orden EHA/2899/2011 y CBE n.º 5/2012), respecto a la protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, estableciendo las normas de transparencia que han de regir estos contratos, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder el crédito, pero también el régimen jurídico de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario, estableciéndose un régimen de supervisión y sanción, así como las normas de conducta aplicables a la actividad de los prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario, representantes designados y asesores, y las normas relativas a la forma, ejecución y resolución de los contratos. Acompaña a esta Memoria un resumen de las novedades más significativas de la LRCCI.

Con respecto a lo anterior, véase el recuadro 2.1, sobre la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su normativa de desarrollo.

2 Deudores hipotecarios sin recursos

2.1 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 régimen de alquiler.

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO

1 Introducción

El 16 de marzo se publicó en el *BOE* la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, «la ley»), que transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante, «la directiva»). La transposición de la directiva se completa en nuestro ordenamiento jurídico con el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y se adoptan otras medidas en materia financiera (en adelante, el Real Decreto 309/2019), y con la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifica la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden ECE/482/2019).

Este paquete normativo, además de transponer la directiva, introduce una serie de disposiciones que regulan aspectos

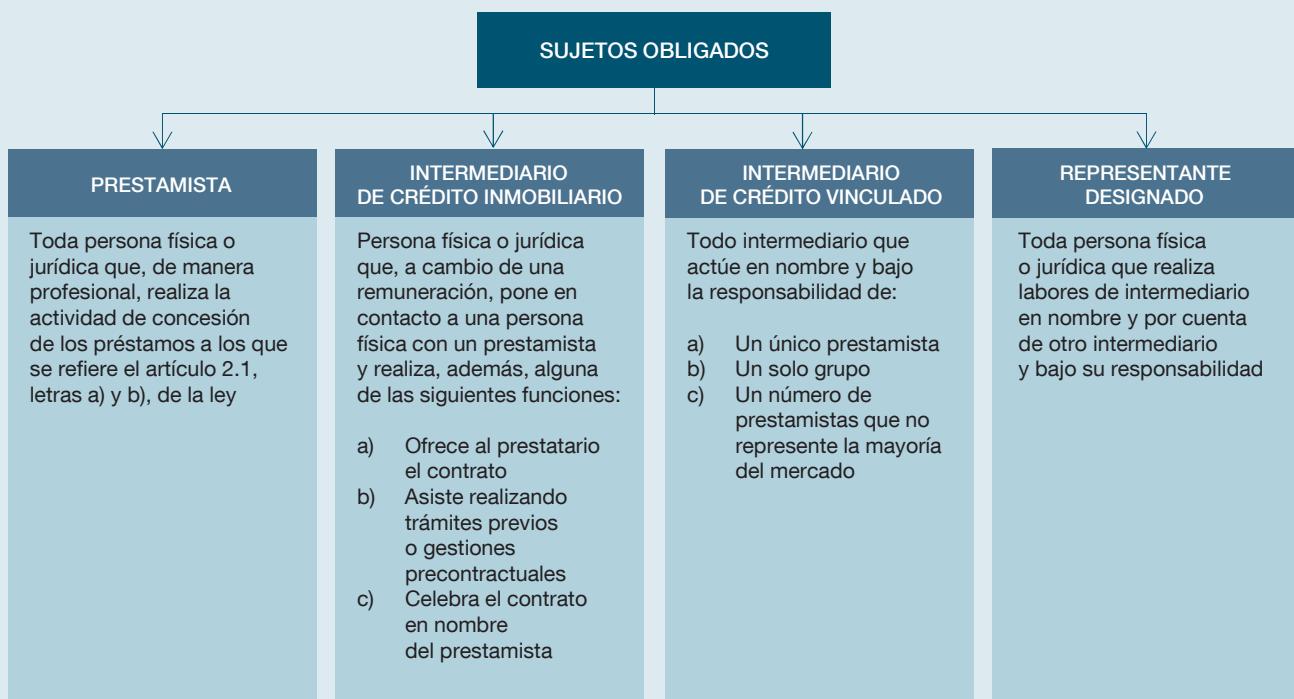
que no están específicamente previstos en la normativa europea, o que van más allá de su contenido, y cuya finalidad es incrementar el grado de protección de los prestatarios y reforzar las garantías durante el proceso de contratación.

La ley entra en vigor el día 16 de junio de 2019 y no será aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, salvo si son objeto de subrogación o novación con posterioridad o se produce su vencimiento anticipado.

2 Ámbito de aplicación

La ley regula las figuras del *prestamista*, del *intermediario de crédito inmobiliario* y de sus *representantes designados*, estableciendo que podrán ser personas físicas o jurídicas, y otorgando la competencia para el registro, la supervisión y la sanción de los que vayan a operar con prestatarios domiciliados en el ámbito de una única comunidad autónoma al órgano competente de la misma, y atribuyendo al Banco de España la competencia para el registro, la supervisión y la sanción de aquellos que vayan a operar con prestatarios domiciliados en todo el Estado o en más de una comunidad autónoma.

Esquema 1
SUJETOS OBLIGADOS (NUEVA LEY 5/2019)



FUENTE: Banco de España.

Recuadro 2.1

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

La ley, como ya hiciera la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha extendido su ámbito de aplicación a *todas las personas físicas*, por lo que va más allá de lo que establece la directiva, que solo otorga protección a los consumidores, es decir, a las personas físicas que actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

La ley se aplica a la concesión y a la intermediación de *contratos de préstamo*:

- Con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial elementos como trasteros, garajes y cualesquiera otros que, sin constituir vivienda como tal, cumplen una función doméstica.
- Cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o

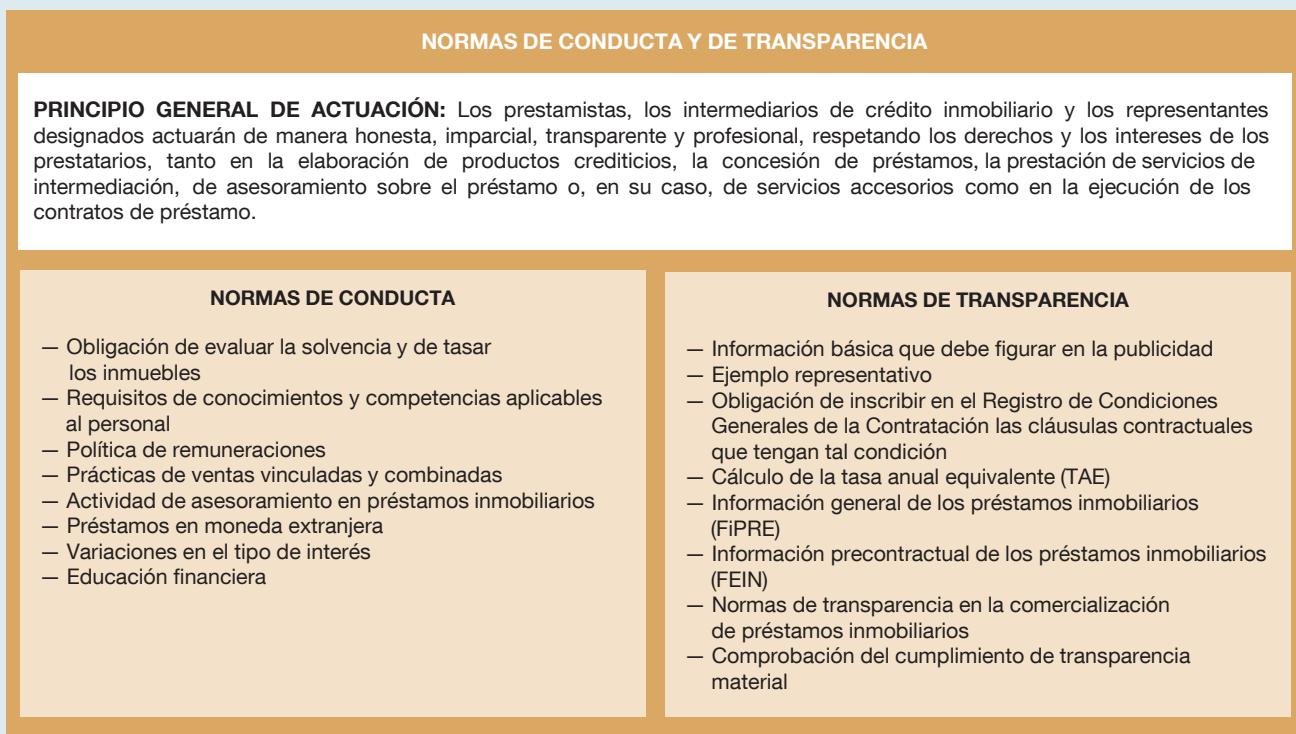
por construir, siempre que el prestatario, el fiador o el garante sea un consumidor.

3 Normas de conducta y de transparencia

El capítulo II de la ley establece las normas de transparencia y de conducta orientadas, en particular, a la concesión responsable de financiación que afecte a inmuebles, así como a favorecer la progresiva implantación de un mercado de crédito en el que las personas físicas que busquen financiación hipotecaria puedan hacerlo con la confianza de que las entidades prestamistas se comportarán de forma profesional y responsable.

Ese actuar de forma profesional y responsable se traduce, en primer lugar, en un principio general que ha de presidir la actuación de prestamistas y de intermediarios a lo largo de todo el ciclo de la operación y, a continuación, en una serie de novedosas normas de conducta y de transparencia. Algunas de estas últimas ya habían sido parcialmente trasladadas a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia

Esquema 2 NORMAS DE CONDUCTA Y DE TRANSPARENCIA



FUENTE: Banco de España.

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

y protección del cliente de servicios bancarios, por lo que su incorporación a este texto las dota de rango legal. Con todo, desde el punto de vista de la transparencia, quizás sean los artículos 14 y 15 de la ley los que suponen una mayor novedad. Nuestro legislador ha optado en este sentido por ir más allá de la estricta transposición de la directiva, con el objetivo de garantizar que el prestatario tiene a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.

3.1 Normas de transparencia

Publicidad: se regula la información básica que figurará en la publicidad, siempre que indique un tipo de interés o haga referencia al coste del préstamo. La publicidad deberá incorporar un ejemplo representativo, cuyos criterios se determinan en el artículo primero de la Orden ECE/482/2019.

Información general de los préstamos inmobiliarios: se trata de la información general, clara y comprensible que, de forma gratuita, debe facilitarse a los potenciales clientes sobre los contratos de préstamo. Esta información, que tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la ficha de información precontractual (FIPRE) regulada en la Orden EHA/2899/2011 con las modificaciones introducidas por la Orden ECE/482/2019.

TAE: la forma de cálculo de la tasa anual equivalente se regula íntegramente en la ley, que contiene un artículo específico sobre este particular y un anexo que establece la ecuación de base y otros supuestos adicionales.

Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios: la norma establece, en su artículo 14, una detallada regulación de la fase de información precontractual, con el objetivo de reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual. De este modo, la ley regula la información que, como mínimo diez días antes del momento de la firma del préstamo, es necesario entregar al prestatario, con el fin de que este pueda conocer, con la suficiente antelación, las condiciones que aplicarán a su contrato de préstamo.

Este artículo regula asimismo el reparto de los gastos, que queda establecido del siguiente modo:

- a) Los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario, y los de gestoría, al prestamista.
- b) El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario, y los de las copias los asumirá quien las solicite.
- c) Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.
- d) El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

Además, cuando el préstamo deba formalizarse en escritura pública y sin perjuicio de la obligación del prestamista y del intermediario de proporcionar al prestatario toda la información y las explicaciones que sean necesarias y adecuadas en relación con el préstamo, se le advertirá de la obligación que tiene de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario.

Comprobación del principio de transparencia material: en su artículo 15, la ley atribuye al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo.

De ese modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

3.2 Normas de conducta

Requisitos de conocimientos y de competencia aplicables al personal: el personal al servicio del prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado, así como aquellas personas que realicen la actividad

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

Esquema 3

NORMAS DE TRANSPARENCIA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS INMOBILIARIOS Y COMPROBACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

1.º ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN (MÍNIMO 10 DÍAS NATURALES) Y EXPLICACIONES ADECUADAS

- **Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN):** contiene la información personalizada sobre el contrato de préstamo para que el prestatario pueda comparar las distintas ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión informada. Tiene la consideración de oferta vinculante
- **Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE):** contiene información sobre determinadas cláusulas o aspectos relevantes del contrato. Su contenido y formato se regulan en la Orden ECE/482/2019
- **Cuotas y escenarios de evolución:** documento separado que habrá de facilitarse en caso de préstamos a interés variable
- **Copia del proyecto de contrato**
- **Información sobre el reparto de gastos**
- **Condiciones de las garantías del seguro que, en su caso, exige el prestamista** (garantía, daños)
- **Advertencia** al prestatario sobre la obligación de recibir asesoramiento del notario elegido

2.º ENVÍO DE LA DOCUMENTACIÓN AL NOTARIO

- Se envía la **documentación anteriormente mencionada, junto con una manifestación firmada** por el prestatario en la que declara haber recibido la documentación, así como explicaciones sobre su contenido
- El envío se realiza por **medios telemáticos seguros**, tal como se regula en el capítulo IV del Real Decreto 309/2019

3.º ASESORAMIENTO POR PARTE DEL NOTARIO (COMO TARDE, EL DÍA ANTERIOR AL DE LA AUTORIZACIÓN DE LA ESCRITURA)

El notario deberá:

- **Verificar** la entrega de la documentación y el cumplimiento de los plazos
- **Responder** a las cuestiones planteadas por el prestatario y, en todo caso, prestar asesoramiento personalizado sobre la FEIN y la FiAE
- **Realizar un test** al prestatario sobre la documentación entregada y la información suministrada
- Extender un **acta notarial** en la que haga constar los aspectos anteriores

Acta notarial:

- Su contenido se presume veraz e íntegro, y da prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos
- Se insertará una reseña identificativa del acta en la escritura de préstamo
- No genera coste
- En ausencia de esta acta, no podrá otorgarse la escritura

FUENTE: Banco de España.

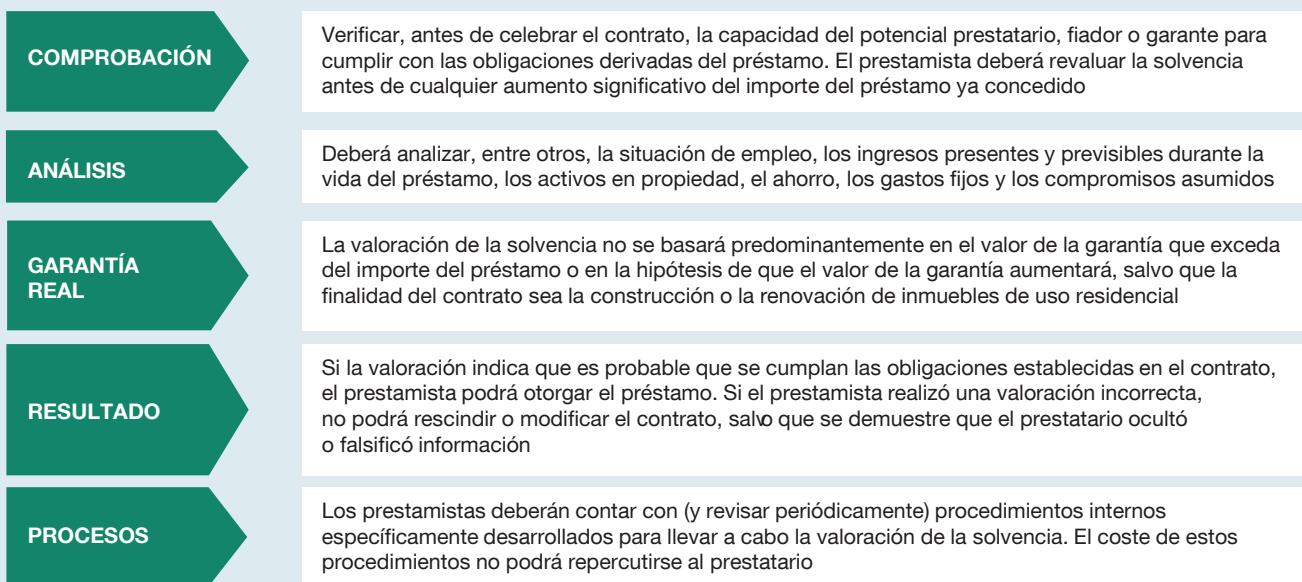
de asesoramiento, deberán contar, en todo momento, con los conocimientos y las competencias necesarios y actualizados sobre los productos que comercializan y los servicios accesorios. Los requisitos mínimos de conocimientos y de competencia han sido desarrollados por la Orden ECE/482/2019, que ha incorporado una nueva sección sobre esta materia en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta sección regula las materias, la formación en función del tipo de personal, la impartición y la certificación de la

formación, así como las políticas y los procedimientos internos que prestamistas e intermediarios deben establecer y aplicar.

Política de remuneración: se imponen límites a la política retributiva del personal responsable de la evaluación de la solvencia y de la concesión de los préstamos, evitando incentivos adversos que favorezcan una posible contratación excesiva en detrimento de una adecuada valoración del riesgo y de la provisión de la necesaria información al prestatario.

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

Esquema 4
OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO



FUENTE: Banco de España.

La norma establece que la política remunerativa será responsabilidad última del órgano de administración, debiendo contar los prestamistas con procedimientos internos para la aplicación de esta política.

Obligación de evaluar la solvencia del prestatario: la ley exige a los prestamistas que evalúen en profundidad la solvencia del prestatario, del fiador o del garante, teniendo en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

Práctica de ventas vinculadas y combinadas: si bien se prohíben, con carácter general, las prácticas de venta vinculada de préstamos, la norma permite la autorización por parte de la autoridad competente de prácticas de ventas vinculadas concretas cuando el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados acarrean un claro beneficio para los prestatarios, teniendo debidamente en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado.

Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera: cuando el préstamo esté denominado en moneda extranjera, el prestatario tendrá derecho a convertirlo a una moneda

alternativa. Esta moneda alternativa será: i) aquella en la que el prestatario reciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, o ii) la moneda del Estado miembro de residencia del prestatario en el momento de celebrar el contrato o cuando solicite la conversión.

La norma establece asimismo determinadas obligaciones de información previa y periódica en relación con este tipo de préstamos que persiguen que el prestatario esté informado, en todo momento, de las particulares circunstancias que concurren en un préstamo en moneda extranjera, así como del importe adeudado y del derecho que ostenta a convertirlo a una moneda alternativa.

4 Modificaciones normativas

Reembolso anticipado: la norma ha modificado el régimen del reembolso anticipado regulando el derecho del prestatario a reembolsar, con carácter general, todo o parte del préstamo sin tener que pagar comisiones o compensaciones al prestamista. Únicamente, cuando así se hubiera pactado en el contrato, se podrá establecer una comisión para que el prestamista se resarza del

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

PRÁCTICAS DE VENTAS VINCULADAS	EXCEPCIONES
<p>Son aquellas prácticas que conllevan un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros cuando el contrato de préstamo NO se ofrece al prestatario por separado</p> <p>Estas prácticas están prohibidas en términos generales</p>	<p>Autorización por la autoridad competente La autoridad competente podrá autorizar prácticas de ventas vinculadas concretas cuando el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos acarrean un claro beneficio para los prestatarios</p> <p>Suscripción de pólizas de seguro Prestamistas e intermediarios de crédito podrán exigir la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños</p> <p>Contratación de productos soporte El prestamista podrá vincular el préstamo a la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago por el prestatario, su cónyuge, su pareja de hecho o parientes por consanguinidad o afinidad hasta el 2.º grado en las condiciones previstas en la orden</p>
<p>Es toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, si el contrato de préstamo se ofrece también al prestatario por separado</p> <p>Estas ventas están permitidas</p>	<p>VENTAS VINCULADAS Y COMBINADAS: REQUISITOS DE INFORMACIÓN</p> <p>En ambos casos, el prestamista deberá informar al prestatario, de manera expresa y comprensible, de que está contratando un producto vinculado/combinado, y sobre el beneficio/riesgo de pérdidas, especialmente en productos de inversión, que supone su contratación.</p> <p>En las prácticas vinculadas autorizadas deberá informar asimismo de los efectos que la cancelación anticipada del préstamo o de los productos vinculados produciría sobre el coste del préstamo y los productos vinculados</p> <p>En las prácticas combinadas informará además sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios b) Los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste del préstamo y los productos combinados c) Las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado

FUENTE: Banco de España.

importe de la pérdida financiera que el reembolso le ocasione con los siguientes límites:

- Préstamos a interés variable: 0,15 % durante los cinco primeros años o 0,25 % durante los tres primeros años.
- Préstamos a tipo fijo: 2 % durante los primeros diez años y 1,5 % a partir del décimo año.

La norma ha optado asimismo por favorecer el cambio de tipo de interés variable a tipo fijo mediante la subrogación o novación modificativa del préstamo, estableciendo para ello que la comisión por reembolso o amortización anticipada no pueda superar el importe de la pérdida financiera con el límite del 0,15 % durante los tres primeros años.

Vencimiento anticipado: con el objetivo de garantizar que el vencimiento anticipado solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado, la ley ha modificado la regulación del vencimiento anticipado de los contratos de préstamo que regula.

De este modo, para poder dar por vencido anticipadamente un contrato de préstamo, será necesario que concurran conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga al menos:

LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

- Al 3 % del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales.
- Al 7 % del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales.
- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de, al menos, un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo.

Interés de demora: para préstamos o créditos concluidos por personas físicas y garantizados mediante hipoteca sobre inmuebles de uso residencial, se fija en el interés remuneratorio más tres puntos sobre el principal pendiente de pago. No podrán ser capitalizados.

Conviene recordar, de entrada, que en nuestro país la contratación está regida por el principio de libertad, consagrado en el Código Civil¹⁷. Por ello, la concesión de un préstamo por una entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan en la política de riesgos y en el ámbito discrecional de las entidades, con carácter general.

En esta situación, económica y legal, cuando el deudor hipotecario con dificultades en el pago se dirigía a su entidad en busca de una solución, se encontraba en una situación de desamparo, dado que no existía obligación alguna para la entidad de reestructurar la deuda ni tampoco, como en otras legislaciones extranjeras, de aceptar el bien hipotecado —la vivienda— como pago extintivo de ella. Debemos aclarar que en nuestro sistema hipotecario la responsabilidad por el impago del préstamo hipotecario no se limita a la responsabilidad real, al valor del bien, sino que, si el valor de este es insuficiente para el pago total de lo debido, se extiende a la responsabilidad personal del deudor, afectando a todos sus bienes presentes y futuros.

El legislador, sensible a esta realidad, ha promulgado diversas normas: unas preventivas, orientadas a la protección del consumidor solicitante de financiación hipotecaria, con anterioridad a la formalización de la operación; y otras paliativas, para intentar poner remedio a la situación ya creada y que, aunque en primer lugar iba dirigida a préstamos vigentes en el momento del estallido de la crisis, a partir de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se podrá aplicar a todos los préstamos, con independencia de su fecha de formalización.

17 Conforme al artículo 1091 del Código Civil: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley y deben cumplirse a tenor de los mismos.» De igual modo, el artículo 1166 dispone: «El deudor de una cosa no puede obligar al acreedor a que reciba una cosa diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida.» Y el artículo 1911: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.»

Del primer grupo de ellas —las preventivas—, ya se ha dado cuenta en otros epígrafes de esta Memoria. Así, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, consagran una serie de medidas que se han dado en llamar «de préstamo responsable»¹⁸, imponiendo 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 este apartado, y bajo el título de «Deudores hipotecarios sin recursos», nos vamos a centrar en el segundo bloque de medidas, las aprobadas por el legislador para paliar la situación financiera de los deudores hipotecarios que no pueden hacer frente a los compromisos de pago asumidos para la adquisición de su vivienda habitual. Estas medidas de protección deben conjugar el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, como consagra la Constitución en su artículo 47, con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los acreedores hipotecarios.

Igualmente debemos destacar los trabajos llevados a cabo por parte de la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) —institución dedicada, entre otras cuestiones, a la innovación financiera y a la protección de los consumidores a través

¹⁸ La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, 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.»

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, desarrolla estas medidas en su norma duodécima, «Políticas y procedimientos de préstamo responsable»; en su norma quinta, «Explicaciones adecuadas y deber de diligencia», y en su capítulo III, «Información precontractual».

de los subcomités en los que este DCMR participa—, que se han traducido en la publicación, el 1 de junio de 2015, de una directriz y de una opinión sobre esta cuestión¹⁹.

Así, la directriz publicada²⁰ sobre «Demoras y ejecución hipotecaria» prevé, entre otras cuestiones, que las entidades deben proporcionar una ayuda eficaz a los consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos derivados de sus créditos hipotecarios, a través de las siguientes vías:

- el establecimiento por parte de la entidad de políticas y procedimientos para detectar, tan pronto como sea posible, 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 sobre «Buenas prácticas para la evaluación de la solvencia crediticia de la hipoteca y demoras y ejecución hipotecaria, incluidas las dificultades esperadas en el pago de la hipoteca»²¹ 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.

19 Ambos textos normativos pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://www.eba.europa.eu/eba-issuesfinalguidelinesanditsopiniononmortgageworthinessassessmentsandarrearsandforeclosure>.

20 Esta directriz —*Guidelines on arrears and foreclosure*— surge por iniciativa de la EBA en el contexto de la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la finalidad de detallar la forma en que las entidades financieras podrían dar efectividad a lo previsto en el artículo 28 («Demoras y ejecución hipotecaria») de la citada directiva.

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

2.1.1 Evolución normativa

La normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos inicia su andadura 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)²², que contiene en el anexo el Código de Buenas Prácticas²³ para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Este Real Decreto-ley 6/2012 sigue vigente, si bien se han aprobado modificaciones que refuerzan progresivamente las medidas adoptadas mejorando el contenido del Código y extendiendo su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. Estas modificaciones, que serán objeto de análisis posteriormente, han sido incorporadas mediante las siguientes disposiciones:

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (*BOE* del 15)²⁴.
- 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)²⁵, que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, dio 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).
- Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social²⁶.
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* del 16).

Esta normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos, de carácter tuitivo, se ha configurado como un código de voluntaria adscripción para las entidades acreedoras, que renuncian, para los específicos deudores y préstamos contemplados en la normativa, y no para otros, a ciertos derechos que frente al deudor en general

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

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

24 En adelante, referida como Ley 1/2013.

25 En adelante, referido como RDL 1/2015.

26 En adelante, referido como RDL 5/2017.

les confiere el ordenamiento. Así, 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 cumplimiento.

2.1.2 Adhesión de entidades al Código de Buenas Prácticas

La adhesión de las entidades al Código se ha producido, para el caso de la versión original y la resultante de las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, mediante comunicación de las entidades a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Para las siguientes versiones del Código, es decir, aquellas que resultan de las modificaciones introducidas por el RDL 1/2015, el RDL 5/2017 y la Ley 5/2019, la propia norma —disposición adicional quinta, en el primer caso; disposición adicional primera, en el segundo, y disposición adicional undécima, en el tercero— indica que las entidades se considerarán adheridas a la última versión que en cada momento resulte vigente, salvo que, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la correspondiente versión, la entidad que así lo estime comunique expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

Por lo que se refiere a la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual, al tiempo de redacción de la presente Memoria no ha transcurrido el plazo marcado en la disposición adicional undécima de la Ley 5/2019 para que las entidades comuniquen su no adhesión a la versión introducida por la mencionada ley, siendo que la última resolución publicada es la de 5 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (*BOE* de 18 de septiembre), en virtud de la cual resulta que 90 entidades están adheridas al Código en la redacción dada por el RDL 5/2017, dos en la versión del RDL 1/2015 y tan solo una en la versión dada por la Ley 1/2013.

Las posteriores variaciones se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional y en el *BOE*, salvo que no hubiera modificación alguna.

Las adhesiones de las entidades serán por dos años, prorrogables automáticamente por períodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional con una antelación mínima de tres meses.

Así las cosas, y dada la coexistencia de distintas versiones del Código, el primer factor que cabe considerar a la hora de evaluar la actuación de una entidad, cuando

esta recibe una solicitud de aplicación de las medidas en él contenidas, será la determinación de si la entidad en cuestión se encuentra adherida a él, así como la fecha y la concreta versión a que haya mostrado su adscripción, lo cual determinará el conjunto normativo que resulta aplicable.

2.1.3 Medidas del Código de Buenas Prácticas

Dicho esto, tres son las medidas que el CBP contempla: reestructuración de la deuda hipotecaria, quita y dación en pago de la vivienda habitual. Su aplicación será obligatoria para las entidades conforme a la versión del CBP a que hayan mostrado su adhesión, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el solicitante se encuentre incluido en el umbral de exclusión, en los términos definidos por la norma.
- Que el precio de adquisición de la vivienda habitual que constituye la garantía del préstamo o crédito hipotecario se encuentre dentro de los límites establecidos en el artículo 5.2 del RDL 6/2012.

Cumplidas estas condiciones, la entidad no podrá reconducir la solicitud de su cliente a una cuestión de política comercial y deberá aplicar las medidas contempladas en el CBP en los términos establecidos en el RDL 6/2012.

Tres son las fases de actuación que contempla el Código, las cuales —es importante advertirlo— son necesariamente consecutivas, de forma que se ha de observar el orden indicado y, solo en caso de que alguna no resulte viable, procede el estudio de la siguiente:

- La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria. Esta medida no es aplicable cuando el deudor se encuentre demandado en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de la subasta.
- La segunda, y de no resultar factible la anterior, el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de la deuda. Esta es la única medida potestativa para la entidad.
- 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 de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda, la cual deberá ser aceptada por la entidad, tras la solicitud del deudor. La familia podrá permanecer en la vivienda durante un plazo de dos años en

concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 % del importe total de la deuda en el momento de la dación. Esta medida tampoco es aplicable a los préstamos en los que se esté tramitando un procedimiento de ejecución en el que ya se haya publicado el anuncio de subasta, ni puede imponerse a la entidad cuando el inmueble esté gravado con cargas posteriores. Además de estas medidas que contempla el CBP, el RDL 6/2012 recoge otras ventajas aplicables a los deudores sin recursos, a saber, la limitación de los intereses moratorios, el alquiler social y una serie de ventajas fiscales y notariales.

Por otro lado, hemos de referirnos a que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, que introdujo el artículo 15 en el RDL 6/2012 —dedicado al régimen sancionador—, la apreciación de incumplimiento por parte de las entidades de su deber de publicidad e información de la existencia del Código (art. 5.9 del RDL 6/2012), así como de su deber de aplicar las medidas en él previstas a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión (art. 5.4 del RDL 6/2012) y el deber de las entidades adheridas de remisión al Banco de España de la información que les requiera la Comisión de Control sobre el CBP (art. 6.5 del RDL 6/2012), merecen la consideración de que su conducta podría suponer quebrantamiento de la normativa de disciplina. Sobre esta cuestión incidiremos posteriormente al abordar el estudio de la «sanción por el incumplimiento».

Igualmente aludiremos a la importante labor interpretativa de la normativa de deudores hipotecarios sin recursos llevada a cabo por la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP, la cual procede a la publicación de un compendio de consultas en el que constan las respuestas a las principales cuestiones planteadas, al que se pueda acceder a través del siguiente enlace:

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/181121_Compredio_Consultas_CBPPUBLICAR.pdf

2.2 Requisitos para la aplicación del Código de Buenas Prácticas

Como ya hemos adelantado anteriormente, la aplicación de las medidas que el CBP recoge proceden cuando el cliente se encuentra en el umbral de exclusión y la vivienda que sirve de garantía cumple con los límites objetivos, ambos ámbitos —subjetivo y objetivo— definidos por el RDL 6/2012.

2.2.1 Ámbito subjetivo

Conviene precisar aquí que la exposición sobre el CBP que, para su difusión, se va a efectuar en la presente Memoria se centra en la última versión del RDL 6/2012,

fruto de las modificaciones introducidas en la versión originaria a través de la Ley 1/2013, el RDL 1/2015, el RDL 5/2017 y la Ley 5/2019.

Ahora bien, en la resolución de expedientes de reclamación en los que la solicitud de aplicación de las medidas del Código se hubiere presentado antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019²⁷, o bien la entidad prestamista se encontrara adherida a versiones anteriores del CBP, este DCMR procede al análisis del supuesto planteado conforme a la versión del CBP que corresponda, bien sea porque es la que está en vigor en el momento de la solicitud, o bien porque es la última a la que está adherida la entidad.

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».

El RDL 6/2012 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 los números 1 y 2 del artículo 3, las cuales han de ser acreditadas mediante la presentación de los documentos que se relacionan en el número 3 de dicho artículo²⁸. Por su relevancia, transcribimos los apartados 1 y 2 del artículo 3 del RDL 6/2012:

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

28 «3 La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

- a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:
 - 1 Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.
 - 2 Últimas tres nóminas percibidas.
 - 3 Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
 - 4 Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.
 - 5 En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.
- b) Número de personas que habitan la vivienda:
 - 1 Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
 - 2 Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
 - 3 Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

«1 Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran 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 Múltiples²⁹ anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

c) Titularidad de los bienes:

- 1 Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.
- 2 Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.
- d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.»

29 La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, dispone:

Disposición adicional centésima décima novena. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2018.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) tendrá las siguientes cuantías durante 2018:

- a) El IPREM diario, 17,93 euros.
- b) El IPREM mensual, 537,84 euros.
- c) El IPREM anual, 6.454,03 euros.
- d) En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.519,59 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.454,03 euros.

- b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

- 1 La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
 - 2 La unidad familiar monoparental con hijos a cargo.
 - 3 La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.
 - 4 La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para realizar una actividad laboral.
 - 5 La unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
 - 6 La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género.
 - 7 El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número.
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 % cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo de la letra a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2 Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos.

- a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.
- c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.»

Del texto transcritto resulta que los requisitos que enumera el RDL 6/2012 para considerar al deudor incluido en el umbral de exclusión son más restrictivos para el caso de quita o dación que para el caso de reestructuración de la deuda. Así, en el caso de reestructuración de la deuda es necesario que se reúnan los requisitos del apartado 1 del artículo 3 —en el que se tienen en cuenta los ingresos de la unidad familiar, que esta haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad y que la cuota hipotecaria en relación a los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar resulte superior a un determinado porcentaje, todo ello en los términos especificados en la norma antes expuesta—. Sin embargo, en el caso de la quita y la dación en pago de la vivienda habitual, además de los requisitos anteriores, es necesario que se reúnan los requisitos del apartado 2 —sobre carencia de bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda, que la financiación hipotecaria recaiga sobre la única vivienda en propiedad del/de los deudor/es y concedida para su adquisición y que no existan otras garantías, reales o personales o, en caso de existir estas últimas, que carezca

de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda—.

Este doble régimen de requisitos tiene como finalidad favorecer las medidas de reestructuración, posibilitando el pago de la deuda hipotecaria. Así, las medidas complementarias —la quita— y sustitutivas —dación en pago de la vivienda habitual— serán de aplicación en casos más restringidos, cuando el deudor cumpla unos requisitos más estrictos (en comparación a los exigidos para que proceda la reestructuración) que permitan considerarlo incluido en el umbral de exclusión y, a mayor abundamiento, cuando el plan de reestructuración resulte inviable.

Han sido numerosos los expedientes en los que los reclamantes, que se consideraban incluidos en el umbral de exclusión, discrepaban con la forma en que las entidades implicadas habían aplicado las previsiones contenidas en el artículo 3 del RDL 6/2012. Así, en el expediente R-201809468 la entidad denegó hasta en tres ocasiones la solicitud de reestructuración de deuda por considerar que los ingresos de la unidad familiar, en la que uno de sus miembros tenía declarada una discapacidad superior al 33 %, superaban el límite del IPREM establecido en la norma. En este supuesto se cuestionó si procedía aplicar el límite de cuatro o cinco veces el IPREM, ya que, de la documentación aportada, no quedaba constancia de si la situación de dependencia suponía, o no, la incapacidad permanente para realizar una actividad laboral. Se concluyó que la entidad pudo haber quebrantado la normativa de transparencia, al no haber motivado suficientemente la causa de rechazo de la solicitud de reestructuración en tanto no indicó los cálculos efectuados, ni especificó las causas por las que tomó como límite cuatro veces el IPREM, y no cinco.

En el expediente R-201809345, la entidad había denegado la solicitud de reestructuración de deuda porque la cuota hipotecaria resultaba inferior al 40 % de los ingresos netos que percibía la unidad familiar. En esa fecha, uno de los miembros de esta unidad dejó de percibir una prestación concedida por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por lo que sus ingresos netos disminuyeron de forma importante. Ello motivó que la parte reclamante considerara que entonces sí cumplía el requisito del artículo 3.1.c) del RDL 6/2012. No obstante esto, la entidad se ratificó en su anterior resolución e instó a su cliente a formular una nueva solicitud para proceder al estudio de nuevo de toda la documentación. Este DCMR no consideró adecuado que la entidad no hubiera tenido en cuenta la nueva situación que la parte reclamante había acreditado, lo cual suponía una dilación innecesaria del procedimiento.

La unidad familiar

Por otro lado, se ha de destacar la voluntad del legislador de favorecer aquellas situaciones en que hayan sobrevenido circunstancias familiares de especial

vulnerabilidad. Desde la versión del RDL 6/2012 dada por la Ley 1/2013, el legislador ha ido progresivamente aumentando los supuestos merecedores de protección especial en el ámbito que nos ocupa.

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. La norma define la unidad familiar en los siguientes términos: «Se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar».

Adicionalmente, el Código es aplicable al deudor hipotecario mayor de 60 años³⁰, aun en el caso de no reunir los requisitos para ser considerado como unidad familiar.

La delimitación del concepto de unidad familiar ha originado numerosas preguntas a las que la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP ha dado respuesta³¹. Así:

- En caso de que los cónyuges no estuvieran separados legalmente, existiendo pues una separación meramente de hecho, debe considerarse que el cónyuge no conviviente sigue formando parte de la unidad familiar.
- En caso de que en la unidad familiar convivan padres, hijo/s y también nietos de manera continuada en el tiempo, el concepto de unidad familiar no alcanzaría a los nietos, a no ser que existiera formalmente una relación de acogimiento familiar.
- En el caso de convivencia de los ascendientes (padres) del deudor, estos no serán considerados integrantes de la unidad familiar. Para el concepto de unidad familiar no se tienen en cuenta los ascendientes, sino el cónyuge o los descendientes del deudor.
- En caso de que en la vivienda estén empadronadas personas que no son titulares ni codeudores, sus ingresos solo serían tenidos en cuenta si forman parte de la unidad familiar.
- Respecto a los documentos que acreditan el número de personas que habitan la vivienda, se ha de estar al contenido de la letra b) del artículo 3.3 del RDL 6/2012.

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

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

En relación con estas cuestiones, se han planteado numerosas reclamaciones ante este DCMR. Por ejemplo, en el expediente R-201815978 el deudor hipotecario consideraba que cumplía los requisitos para estar incluido en el umbral de exclusión, si bien solo había tenido en cuenta sus ingresos. Al respecto, la entidad alegó, y este DCMR consideró correcto que, para calcular los ingresos de la unidad familiar, se debían tener en cuenta tanto los ingresos del reclamante —deudor del préstamo hipotecario— como los del resto de los miembros de la unidad familiar que residían en la vivienda, en particular, los de su hijo. Teniendo en cuenta aquellos, no se cumplían los requisitos para considerar a la unidad familiar en el umbral de exclusión.

No obstante, en otras ocasiones la entidad había rechazado la aplicación de las medidas del Código, al considerar los ingresos de un tercero no deudor hipotecario que, pese a figurar empadronado en la vivienda hipotecada, no formaba parte de la unidad familiar. Sin considerar esos ingresos, sí se cumplían los requisitos para que la unidad familiar estuviera en el umbral de exclusión. En estos casos, la falta de formulación de un plan de reestructuración mereció un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad.

Deudores hipotecarios en distinta unidad familiar

En la contratación de préstamos hipotecarios es habitual que sean varios los deudores que se obligan de forma solidaria con la entidad, lo cual supone que esta cuenta, como garantía para el cobro del préstamo, con la solvencia patrimonial de esas personas, no de una sola de ellas. La característica esencial de la solidaridad es que, siendo la deuda única, el acreedor cuenta con la posibilidad de dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores.

En este supuesto se encuentran, como norma general, los préstamos hipotecarios concedidos a los integrantes de un matrimonio o pareja de hecho inscrita, sujetos que forman parte de una unidad familiar en los términos establecidos por el propio RDL 6/2012, para cuya definición nos remitimos al apartado anterior.

Existiendo dificultades económicas para atender las cuotas del préstamo hipotecario, el estudio de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP implica necesariamente verificar que la unidad familiar, en sí misma, cumple los requisitos definidos en el artículo 3 del RDL 6/2012 para poder considerarla incluida en el umbral de exclusión.

Ahora bien, en caso de que los deudores hipotecarios no formen parte de la misma unidad familiar, bien sea por disolución del vínculo matrimonial —divorcio o separación legal—, bien sea por tratarse de una pareja de hecho no inscrita o cualquier otra circunstancia, todos los deudores hipotecarios —solidarios— han de

encontrarse en el umbral de exclusión en los términos definidos por el artículo 3 del RDL 6/2012. Así, en caso de dificultades de pago, si uno no puede responder de la deuda pero el otro sí, no podría entenderse que se cumple el requisito de «extraordinarias dificultades» que establece el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2012.

En este sentido se ha pronunciado la sentencia 187/2018 del Tribunal Supremo, de 5 de abril, que analiza un supuesto como el que nos ocupa, en el que existe una pluralidad de deudores que responden solidariamente de la deuda contraída. El Alto Tribunal ha entendido que, ante la pluralidad de deudores, todos ellos se han de encontrar en el umbral de exclusión para la aplicación del Código de Buenas Prácticas, aunque después de la separación o el divorcio hayan dejado de formar parte de una unidad familiar.

En la misma línea argumental, la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP³² ha señalado que «en el caso de que existan deudores hipotecarios solidarios que no formen parte de la unidad familiar, la aplicación de las medidas del CBP solo procederán cuando en ambos concurren las circunstancias para considerarlos incluidos dentro del umbral de exclusión».

Llegados a este punto, y por su estrecha relación con lo hasta ahora expuesto, hemos de referirnos al supuesto en que los propietarios de la vivienda que constituye la garantía del préstamo hipotecario proceden a la extinción del condominio, cualquiera que sea la razón para llevarla a cabo (divorcio, herencia, etc.). Es habitual que en estos casos las partes, que hasta ese momento eran propietarias de la vivienda, lleguen a un acuerdo sobre quién ostentará la propiedad de aquella y asumirá el pago del préstamo hipotecario pendiente. Ahora bien, siendo este pacto de carácter privado entre las partes, la novación subjetiva de dicho préstamo, en virtud de la cual uno de los prestatarios pasa a ser el único deudor, no se puede considerar efectuada si previamente no ha sido aceptada por el acreedor, es decir, el banco. En tanto no conste tal aceptación, no procede oponer a la entidad las vicisitudes de la relación particular de los prestatarios.

Cualquier cambio en la titularidad del inmueble ofrecido en garantía del préstamo en nada afecta a las obligaciones derivadas de este, pues, por la propia naturaleza de un préstamo hipotecario, el inmueble se configura como una garantía adicional a la propia solvencia del deudor o deudores, con independencia de quién sea su dueño en cada momento. Esa es precisamente la esencia de una garantía hipotecaria: permitir al acreedor, en caso de impago por el deudor o deudores, resarcirse a través del valor del inmueble hipotecado, aunque este se hubiese transmitido a un tercero.

32 Consulta 24 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

Una vez se formalizó el préstamo hipotecario, las partes contratantes quedaron obligadas en los términos recogidos en el propio contrato —en particular, en lo que se refiere a su carácter solidario—, y cualquier modificación de las condiciones pactadas requiere necesariamente el consentimiento de todas las partes contratantes (prestamista y prestatarios). Esto debe ser entendido así con independencia del cambio que pudiera experimentar, a lo largo del tiempo, el vínculo que originariamente ligaba a los deudores entre sí.

En el expediente R-201809285, la reclamante había solicitado la aplicación del CBP, explicando que, aunque el préstamo había sido formalizado por ella misma y su entonces marido, en 2013 obtuvo una sentencia de divorcio y procedió a la extinción del condominio sobre la vivienda, de forma que se le atribuyó la propiedad de esta y asumió en exclusiva la deuda hipotecaria pendiente. No obstante esto, no se llevó a cabo la novación subjetiva del préstamo hipotecario, excluyendo de él a su expareja, dado que no pudo asumir las exigencias de la entidad. Aunque ha aportado toda la documentación requerida de su unidad familiar para el estudio de su solicitud de reestructuración de deuda de conformidad con el RDL 6/2012, la entidad requiere la documentación del otro titular del préstamo —su exmarido— sin que ella lo considere necesario. Este DCMR consideró que la entidad se había ajustado a las buenas prácticas, dado que no se había acreditado que la parte reclamante hubiera presentado a la entidad la totalidad de la documentación requerida, incluida la de su exmarido, y aquella había sido diligente a la hora de solicitar a su cliente la entrega de los documentos necesarios para el estudio de la aplicación de las medidas del Código, los cuales había detallado en sus comunicaciones.

Los ingresos de la unidad familiar

Una de las condiciones que definen el umbral de exclusión se refiere a que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas. Sobre esta cuestión, la Comisión de Control sobre la aplicación del Código de Buenas Prácticas³³ señala que debe estarse a la literalidad de la norma, que se refiere expresamente a los cuatro años anteriores a la solicitud.

En algunas ocasiones, para determinar los ingresos de la unidad familiar, las entidades han tenido en cuenta los datos que constan en las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas de los miembros de la unidad familiar, las cuales, en el momento de solicitar las medidas del Código, se refieren al ejercicio fiscal precedente y a los tres anteriores. Sin embargo, este DCMR ha indicado que no solo las declaraciones de este impuesto muestran los ingresos de la unidad familiar, por lo que la entidad habrá de tener en cuenta los ingresos que existan en

³³ Consulta 16 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

el momento de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP, bien sea mediante la presentación de nóminas u otras, y de los cuatro años anteriores.

En el expediente R-201810141, la entidad denegó la reestructuración de deuda, indicando que no había habido una alteración significativa de las circunstancias de la unidad familiar. En su respuesta se especificaban los cálculos efectuados, de los que quedaba acreditado que se habían tomado en consideración los ingresos de la unidad familiar en el momento de la solicitud de reestructuración, la cual se había formulado en octubre de 2017, y en los cuatro años anteriores a esa fecha (2013), sin que se verificara que la parte reclamante cumpliera con el requisito del artículo 3.1.b) del RDL 6/2012. Por ello, se consideró que la entidad se había ajustado a la normativa de transparencia y a las buenas prácticas.

Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores

El artículo 2³⁴ del RDL 6/2012, en su párrafo segundo, establece que «las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario».

Por otro lado, el artículo 3 bis de dicho RDL contempla que «[l]os fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión».

En el expediente R-201805525, los reclamantes expusieron que eran avalistas e hipotecantes no deudores de un préstamo concedido a su hijo. Pese a que la entidad era conocedora de sus dificultades económicas, en ningún momento les informó sobre la existencia del CBP e inició un procedimiento de ejecución hipotecaria que finalizó con la adjudicación de los bienes y la pérdida de su vivienda. Este DCMR consideró que la entidad pudo haber quebrantado la normativa de transparencia por la falta de diligencia en relación con la publicidad acerca del Código y con la información sobre las medidas y requisitos que aquellos debían acreditar.

En esta misma línea, en el informe correspondiente a la reclamación R-201814525 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, al no haber acreditado que informase a los fiadores e hipotecantes de un préstamo, que había sido concedido a la mercantil que representaban, acerca del

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

contenido y funcionamiento del CBP, máxime cuando había iniciado un procedimiento ejecutivo que finalizó con la pérdida de su vivienda habitual.

En el expediente R-201740086, la reclamante, en su condición de hipotecante no deudora del préstamo hipotecario que había sido concedido a su hija como deudora principal, había solicitado la reestructuración de la deuda al amparo del CBP. Exponía que la entidad había iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria contra la deudora del préstamo, el cual había finalizado con la pérdida de su vivienda, quedando todavía subsistente parte de la deuda cuya satisfacción la entidad le reclamaba a ella como garante de la operación. Este DCMR apreció que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia por la falta de publicidad e información del Código tan pronto detectó dificultades para el pago, en lo referente tanto a la parte deudora como a la hipotecante no deudora, así como por denegar la reestructuración de la deuda garantizada con la vivienda habitual de la reclamante según una circunstancia no prevista en el RDL 6/2012 (al decir que los hipotecantes no deudores no pueden acogerse al CBP), en tanto la finalidad del artículo 2 del RDL 6/2012 no es otra que la de proteger a los garantes de operaciones hipotecarias respecto de su vivienda habitual y siempre que se den las condiciones para considerarlos incluidos en el umbral de exclusión, de conformidad con el artículo 3.

Por otro lado, en la reclamación R-201800638 la parte reclamante —deudora del préstamo hipotecario— exponía que no podía hacer frente a las cuotas mensuales y que sus padres, avalistas de la operación, habían fallecido. La entidad denegó la aplicación del CBP hasta conocer quiénes eran los herederos de los avalistas y se pudiese verificar la aceptación de la herencia por su parte, ya que ello resultaba imprescindible para determinar si se cumplían las circunstancias establecidas en el RDL 6/2012. Pese a la disconformidad de la parte reclamante, este DCMR manifestó que no podía emitir pronunciamiento sobre la cuestión planteada en tanto enmarcada dentro del ámbito del derecho privado. Al respecto se expuso que la fianza no se extingue con el fallecimiento del fiador, siendo que lo exigido por la entidad podría ser preciso para la conservación de las garantías personales que sirvieron de base para la concesión del préstamo.

2.2.2 Ámbito objetivo

La última versión del CBP³⁵ contempla la protección del deudor hipotecario, con independencia de la fecha de formalización del préstamo³⁶. Así el artículo 2 del

35 A partir de la reforma del RDL 6/2012 a través de la Ley 5/2019, la cual entra en vigor el 16 de junio de 2019.

36 El preámbulo de la Ley 5/2019, por lo que respecta a la motivación de la modificación del RDL 6/2012, indica que «con el fin de convertir el Código de Buenas Prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda hipotecaria contenidas en el mismo».

RDL 6/2012 queda redactado de la siguiente forma: «Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente.»

Hasta esta modificación, la aplicación del CBP se dirigía a aquellos contratos de préstamo o crédito que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 6/2012, lo cual se produjo el 11 de marzo de 2012, y sin que resultara de aplicación a los formalizados con posterioridad.

En todo caso, se recuerda que, al ser el CBP de voluntaria adscripción, las entidades deben mostrar su adhesión a la nueva versión, sin que a la fecha de elaboración de esta Memoria³⁷ consten datos al respecto.

Asimismo, el inmueble hipotecado ha de tener la condición de vivienda habitual de la unidad familiar del deudor hipotecario, todo ello porque el legislador ha considerado que es la vivienda habitual de las personas un bien de la importancia suficiente como para dotarla de un régimen de protección especial, el cual no puede exigirse de forma extensiva con respecto a supuestos distintos de los contemplados en la norma (p. ej., segunda residencia del deudor, local de negocio u otras).

El RDL 6/2012 establece unos parámetros de sujeción al CBP, señalando que procede la aplicación de este cuando el precio de adquisición de la vivienda no exceda de determinados valores, cuyo cálculo explica la propia norma.

Además, establece un doble régimen en cuanto a los requisitos exigibles para acceder a unas y otras medidas, más amplio para la reestructuración y la quita, y más restrictivo o exigente para la dación.

Dicho esto, la redacción dada por el artículo 5.2³⁸ del RDL 6/2012 es la siguiente:

«2 La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20 % del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 300.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.

³⁷ En *vacatio legis* de la Ley 5/2019.

³⁸ A partir de la redacción dada por el RDL 1/2015.

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 250.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.»

De conformidad con esta redacción, para la graduación de los límites de exclusión se han de tener en cuenta el precio y la fecha de adquisición de la vivienda, los metros cuadrados de esta, así como el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento³⁹ De esta forma, el precio de adquisición de la vivienda no puede exceder del valor que resulte de aplicar a los metros cuadrados de esta el importe del precio medio por metro cuadrado que figura en las tablas elaboradas por el Ministerio de Fomento en función de la provincia y de año de su adquisición, valor que ha de ser aumentado en un 20 % en el caso de reestructuración —con límite de 300.000 euros— o que no ha de sufrir ninguna alteración para el caso de la dación —con límite de 250.000 euros—.

Al respecto, la Comisión de Control del CBP ha precisado que el precio de adquisición debe entenderse sin IVA⁴⁰ y que, cuando la norma hace referencia a la extensión del inmueble, se refiere a los metros cuadrados construidos⁴¹.

Respecto a las cuestiones aquí contempladas, este DCMR ha emitido varios informes, en los que se ha valorado la conducta de las entidades al analizar el ámbito de aplicación de las solicitudes presentadas por sus clientes al amparo del CBP. Debemos precisar que el análisis de la presente Memoria se refiere a los expedientes resueltos en el ejercicio 2018, durante el cual estuvo vigente el RDL 6/2012 con las modificaciones introducidas por el RDL 5/2017. De esta versión, como de las anteriores, resulta que el artículo 2 limitaba la aplicación de las medidas del Código a aquellas operaciones hipotecarias vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 6/2012 —11 de marzo de 2012—.

En este contexto, se han planteado ante el DCMR dos tipos de reclamaciones. La primera de ellas se refiere a aquellos expedientes en los que los reclamantes, que habían suscrito un préstamo hipotecario con posterioridad al 11 de marzo de 2012, discrepaban con la negativa de la entidad a aplicar el Código de acuerdo con el artículo 2 del RDL 6/2012, como ocurrió con la reclamación R-201739399, en la que

39 Sepuedeconsultardichodatoenelsiguienteenclace:<http://www.fomento.es/BE2/?nivel=2&orden=35000000>.

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

41 Consulta 15 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP

quedó acreditado que el préstamo hipotecario había sido formalizado en el ejercicio 2016. Este DCMR confirmó que no resultaba de aplicación el CBP y cualquier decisión de la entidad se incardinaría dentro de su «política comercial y de riesgos».

El segundo bloque de reclamaciones se refiere a aquellas operaciones que habían sido suscritas con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 6/2012, si bien los clientes se habían subrogado en las mismas con posterioridad a esa fecha, como ocurrió en el expediente R-201813762. La entidad había rechazado la aplicación del Código alegando que el contrato había sido firmado con posterioridad al 11 de marzo de 2012. Este DCMR indicó que la norma no exigía que el deudor hubiera contratado inicialmente el préstamo o crédito hipotecario, sino tan solo que tuviera la condición de deudor en el momento de solicitar la aplicación del Código y que se encontrara dentro del umbral de exclusión que establece el RDL 6/2012. En este mismo sentido se había pronunciado la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP (en particular, en la resolución de la consulta 21 del compendio de consultas). Según esto, se consideró que la entidad reclamada podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela, al denegar la solicitud de su cliente basándose en una circunstancia que no impediría la aplicación de las medidas del CBP.

Otros han sido los pronunciamientos que se refieren a que es absolutamente inexcusable que el inmueble hipotecado tenga la condición de vivienda habitual de la unidad familiar del deudor. Así, el expediente R-201807273, en el que la parte reclamante había solicitado la dación en pago de un inmueble que resultó ser su segunda vivienda, concluyó que la reestructuración que pudiera haber procedido se incardinaba dentro de la «política comercial y de asunción de riesgos de la entidad». Igual pronunciamiento se alcanzó en la reclamación R-201724430, en la que la vivienda hipotecada era un local arrendado.

En otras ocasiones, como ocurrió en el expediente R-201808319, la entidad había emplazado a su cliente para realizar la tasación de la vivienda, si bien desde este DCMR se indicó que el RDL 6/2012 no exige como requisito para la aplicación de las medidas del CBP la tasación actualizada de la vivienda hipotecada, por lo que su no realización no podía ser un impedimento para aplicar lo dispuesto en el citado Código.

En el expediente R-201816692, la entidad había denegado la solicitud de reestructuración de deuda de su cliente en tanto se superaba el límite del artículo 5.2 del RDL 6/2012. Efectuados los cálculos de acuerdo con la documentación aportada, este DCMR pudo verificar que el precio de adquisición de la vivienda hipotecada —sin IVA— era mayor que el producto resultante de la extensión del inmueble —metros cuadrados construidos— por el precio medio por metro cuadrado para la vivienda libre que arroja el índice de precios de la vivienda para la provincia en que está radicado el bien según las tablas publicadas por el Ministerio de Fomento —obteniendo esta magnitud haciendo la media aritmética de los cuatro

valores trimestrales correspondientes al año en que se adquirió el bien y tomando los valores de la tabla «1. Valor tasado de vivienda libre», que recoge los valores trimestrales de todas las provincias (no del municipio)— e incrementado en un 20 %, es decir, multiplicado por 1,20. Dado que no se cumplía el límite objetivo impuesto por el artículo 5.2 del RDL 6/2012, la falta de aplicación del CBP por parte de la entidad no mereció reproche alguno por parte de este DCMR.

En otras ocasiones, como en el expediente R-201806348, las partes discrepaban por la extensión del inmueble —magnitud que se ha de tener en cuenta para el cálculo del límite del artículo 5.2 del RDL 6/20012— en tanto existía una importante diferencia entre los metros cuadrados construidos de la vivienda que constaban en el Catastro y los del Registro de la Propiedad. Este DCMR indicó que nuestro sistema jurídico inmobiliario pretende la concordancia de la realidad física del inmueble con los datos que obran en el Registro de la Propiedad y en el Catastro. Por ello, en caso de observarse diferencias entre estas magnitudes, el interesado debería, de considerarlo oportuno, instar el oportuno procedimiento para lograr la concordancia anteriormente indicada. En todo caso, este DCMR debe basar su pronunciamiento, siempre que ello sea posible, en los datos que figuren en las correspondientes oficinas públicas, ya fuere Registro de la Propiedad o Catastro, y sin que le corresponda determinar qué magnitud, de las indicadas por cada una de las partes, es la que ha de tomarse en consideración, en tanto debería ser aquella que se ajusta a la realidad física. Tal determinación requiere la valoración por parte de expertos con conocimientos especializados en esta materia técnica, la cual es ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas bancarias y usos financieros.

La finalidad del préstamo: la adquisición de la vivienda y el requisito de la exclusividad

Tras la modificación del RDL 6/2012 operado por la Ley 1/2013⁴², para el caso de reestructuración de la deuda derivada del préstamo hipotecario no es exigible que el destino de la financiación hubiera sido la adquisición de la vivienda habitual, de forma que la financiación puede tener por finalidad algo completamente ajeno a su compraventa (por ejemplo, un negocio o la reforma de la vivienda).

No ocurre lo mismo si la medida que se ha de aplicar es la dación en pago. En virtud de la existencia de un doble régimen de requisitos para determinar si el deudor se encuentra en el umbral de exclusión, los requisitos para la dación son más restrictivos

42 En la versión originaria del Código dada por el RDL 6/2012, para que se pudiera considerar al deudor dentro del umbral de exclusión era necesario que el préstamo hipotecario que 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 DCMR de los años 2012, 2013 y 2014, la financiación no tenía por qué tener como finalidad única y exclusiva la adquisición de la vivienda.

o exigentes, y sí que es exigible para el caso de dación que el préstamo tenga por destino la adquisición de la vivienda habitual, de conformidad con el artículo 3.2.b) del RDL 6/2012, aunque no tiene por qué financiar única y exclusivamente esta.

2.3 Tramitación

2.3.1 Publicidad

El punto número 5⁴³ del Código de Buenas Prácticas refleja la obligación de las entidades de hacer publicidad de este:

«5 Publicidad del Código de Buenas Prácticas.

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

A las entidades les incumbe realizar, en particular entre sus clientes, la debida publicidad del CBP, tanto de su existencia como de su contenido. Ello es así porque, ante situaciones de dificultad sobrevenida para el pago de la deuda hipotecaria, resulta de suma importancia su detección y solución tempranas. Una política activa por parte de las entidades frente al deudor en situación de crisis puede minorar el riesgo de incumplimiento, evitando que se genere una deuda hipotecaria —capital impagado, intereses de demora, costas y gastos— que dificulte su reestructuración, que es la medida fundamental perseguida por la norma.

Por ello, recibida del cliente la petición de que se flexibilice la deuda —el Código no tiene por qué ser invocado por el deudor explícitamente, pues muchos clientes desconocen su existencia—, o detectada por la entidad su dificultad para el pago, lo cual se 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 sobre las posibilidades que este ofrece.

Por su parte, el artículo 5.9⁴⁴ del RDL 6/2012 refuerza esta obligación de publicidad, señalando:

«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

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

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

contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.»

Y tal es la importancia de esta obligación de la entidad, que su incumplimiento podría constituir infracción de la normativa de ordenación y disciplina, toda vez que el artículo 15 del RDL 6/2012⁴⁵, sobre el «régimen sancionador», le atribuye tal condición. Al régimen sancionador dedicaremos un apartado propio, si bien, dada su relevancia en este concreto apartado, adelantamos aquí su contenido.

Son numerosos los pronunciamientos de este DCMR respecto a esta cuestión. Así en el informe correspondiente al expediente R-201809951 se concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia al no informar de la existencia y del contenido del CBP al deudor hipotecario tan pronto como detectó las dificultades para asumir la deuda hipotecaria, lo cual se produjo, al menos, desde el 30 de agosto de 2016 —fecha en la que la entidad comunicó a la reclamante la existencia de un saldo impagado derivado de aquél— y al no haber gestionado de forma diligente su solicitud, indicando la documentación que restaba por aportar o bien analizando la aportada e indicando, motivadamente, las razones por las que consideraba que no procedía la aplicación del CBP.

En el expediente 201735671, la parte reclamante había mostrado dificultades para el pago de su préstamo desde 2012, lo cual motivó que en febrero de 2015 la entidad declarara vencido anticipadamente el préstamo y presentara demanda de ejecución hipotecaria. No obstante, no constaba acreditado que durante dicho período la entidad hubiera informado a su cliente de su adhesión al CBP, de su contenido ni de los requisitos que habría de reunir para la aplicación de sus medidas. Ello mereció que este DCMR considerara que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina y se había apartado de las buenas prácticas bancarias.

Por otro lado, en el expediente R-201809348 el reclamante había solicitado la dación en pago de su vivienda, así como el alquiler social de ella, de conformidad con el RDL 6/2012, sin que la entidad hubiera resuelto diligentemente la solicitud presentada. La falta de información sobre el contenido del Código y, más en particular, sobre que las medidas contenidas en él son de aplicación sucesiva, mereció un pronunciamiento contrario a la actuación de la entidad.

Además, la información sobre el CBP ha de ser lo suficientemente clara y directa. En ocasiones, como en el expediente 201811646, las entidades indican que han publicado en el tablón de anuncios de sus oficinas o en su sitio web que se encuentran adheridas al CBP. Este DCMR considera que estas manifestaciones no resultan suficientes, sino que se precisa una actuación proactiva y diligente por

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

parte de la entidad tan pronto como tenga conocimiento de las dificultades de sus clientes para hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias.

Finalmente hemos de apuntar que este deber de información del CBP ha de extenderse a todas las fases en que se encuentre la solicitud de aplicación de las medidas del Código. Así, en el expediente R-201814887 el reclamante había solicitado hasta en dos ocasiones la reestructuración de su deuda, después de que la entidad hubiera formulado un plan de reestructuración de deuda —al amparo del CBP— y hubiera indicado que este resultaba inviable. Este DCMR consideró que la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia, al no advertir de forma clara y personalizada a su cliente de que, dadas sus circunstancias, tenía la posibilidad de solicitar, bien la quita, o bien la dación en pago de su vivienda, de conformidad con el apartado 2 o 3 del CBP. No obstante esto, había remitido un documento genérico con información sobre lo dispuesto en el RDL 6/2012 y procedió de nuevo al estudio de la solicitud de reestructuración presentada, la cual tuvo el mismo resultado que había tenido la anterior.

2.3.2 Solicitud del cliente y respuesta de la entidad

Cuando un cliente comunica a su entidad la dificultad o la imposibilidad de cumplir con sus compromisos de pago en los términos que fueron pactados en su día, esta ha de informarle 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 a las medidas que el Código contempla.

Una vez que la entidad recibe la petición expresa de aplicación del Código, junto con la documentación acreditativa de que el cliente se encuentra incluido en el umbral de exclusión y la vivienda dentro del ámbito objetivo del RDL 6/2012 —el artículo 3.3 del RDL 6/2012 detalla la documentación que se debe aportar—, una actuación de la entidad acorde con la diligencia debida pasaría por:

- A) Denegar su aplicación, de forma inmediata y motivada, cuando conozca de alguna circunstancia que, a simple vista, impida la aplicación del CBP

En el supuesto de que existiera alguna circunstancia conocida por las entidades que, sin necesidad de efectuar mayores análisis y acreditaciones, determinara, desde un primer momento, la no aplicación al supuesto de lo establecido en el Código, cabe exigir a aquellas que respondan a las solicitudes que les hubieran sido formuladas, informando a sus clientes y detallando la/s causa/s invocada/s, con

objeto de que estos puedan llevar a cabo cuantas actuaciones estimen convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

B) Analizar la solicitud presentada y darle contestación de forma inmediata

Como ya se ha dicho anteriormente, la solicitud de aplicación de las medidas contenidas en el CBP ha de ir acompañada de una serie de documentación (que el propio RDL 6/2012 especifica). La entidad ha de proceder a su análisis de forma inmediata, requiriendo aquella documentación no aportada y necesaria para la resolución, la cual ha de ser concretada. No resulta, pues, diligente que, tras recibir del cliente la documentación que este ha considerado suficiente, se le dé contestación solicitando de nuevo toda la documentación mediante un formulario estandarizado, como tampoco lo es que el requerimiento se formule después de varios meses desde la primera presentación y, en ocasiones, al recibir desde el DCMR la solicitud de alegaciones tras la presentación de una reclamación.

Por otro lado, la entidad ha de dar una respuesta integral a la solicitud presentada por el cliente. De ello resulta que, recibida una solicitud de dación en pago por parte de un cliente, la entidad debe reconducirla, informando al prestatario de que las medidas dispuestas por el Código no son simultáneas, ni alternativas, ni sujetas a la libre elección del cliente o de la entidad, sino que son sucesivas, debiendo orientar al cliente a la solicitud de una reestructuración que podría ser viable.

Asimismo, tampoco podría considerarse adecuado que se deniegue sin más una solicitud de reestructuración por considerarla inviable, sin justificar su resolución. En este sentido, la propia Comisión de Control sobre la aplicación del CBP ha dicho que «el rechazo de la solicitud deberá ser motivado en todo caso»⁴⁶.

La falta de la necesaria motivación mereció, en el expediente R-201816113, que la conducta de la entidad fuera calificada de mala práctica, y ello por cuanto pudo llegar a producir indefensión en la solicitante de las medidas, que no tendría información para, en su caso, poder enmendar su actuación lo antes posible y continuar así con el procedimiento o estudiar alternativas. Así, en este supuesto la entidad debió fundamentar por qué era necesario que los dos titulares del préstamo solicitaran la restructuración y aportaran, cada uno, su correspondiente documentación, toda vez que la reclamante argumentaba que se encontraban divorciados y que el otro deudor no convivía en la vivienda hipotecada. Igualmente, debió aclarar, en tanto la garantía del préstamo era la vivienda y tres locales comerciales, que las medidas del Código van dirigidas a la protección de la vivienda habitual y no otro tipo de inmuebles.

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

2.3.3 Aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas

Tres son las medidas que el CBP recoge, que son de aplicación sucesiva. La primera de ellas es la reestructuración de la deuda hipotecaria. De resultar esta inviable, procedería el estudio de la segunda medida —la quita—, que es facultativa para la entidad o, en su caso, la dación en pago de la vivienda habitual. Según establece al apartado 7 del artículo 5 del RDL 6/2012, «el contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-ley». Ahora bien, cabe la posibilidad de aplicar una reestructuración de forma graciable, en aplicación del artículo 5.8 del RDL 6/2012, en virtud del cual, «las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo».

Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias

El punto número 1 del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que, como ya se ha explicado, figura en el anexo del RDL 6/2012, se ocupa de la regulación de esta medida.

Previamente a proceder a su análisis, hemos de precisar que la medida de reestructuración de la deuda hipotecaria no es aplicable cuando el deudor se encuentre en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de la subasta.

El Código establece que «Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma».

Así, una vez que el cliente acredita su situación de exclusión y que la vivienda se encuentra dentro del ámbito objetivo de aplicación del Código, la entidad tiene la obligación de formular el plan de reestructuración, ya que el apartado 1 del CBP debe entenderse de obligado cumplimiento por parte de aquellas entidades que se han adherido al CBP⁴⁷.

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

Hasta tal punto, que el propio artículo 5.4 del RDL 6/2012, precepto este que merece la consideración de norma de ordenación y disciplina, establece que «Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas».

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

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

- «i. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese período podrá, o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo, o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.
- «ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- «iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euríbor + 0,25 % durante el plazo de carencia.
- «iv. En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario⁴⁸.»

Además, la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario, solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración, no conllevará costes por compensación.

Sin perjuicio de lo anterior, el deudor puede presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que será analizada por la entidad, la cual, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.

En todo caso, el plan de reestructuración debe comprender la completa deuda hipotecaria que tiene con el cliente en las condiciones reflejadas en el Código —incluso si el cliente tiene con la entidad deuda hipotecaria generada por dos préstamos o créditos hipotecarios, o si la deuda hipotecaria incluye capital vencido,

48 Medida introducida por el RDL 1/2015.

intereses de demora o gastos o costas: todo ello constituye la deuda hipotecaria, derivada del condicionado de la escritura—.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor —tarjeta, descubierto, préstamos o créditos personales—. Esta propuesta será adicional a la reestructuración, pero en ningún caso podrá resultar una condición *sine qua non*. Así, la posibilidad de reunificación de las deudas no debe ser considerada como una obligación para la entidad de crédito, sino como una medida más de las posibles dentro de las medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria⁴⁹.

Por otro lado, al proponer el plan de reestructuración la entidad advertirá sobre su carácter viable o inviable. La viabilidad del plan es objetiva y la determina la norma, de forma que «se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 %⁵⁰ de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar».

Los ingresos de la unidad familiar computables a efectos de calificar el plan de reestructuración como viable o inviable deben ser los actuales⁵¹. Así, para determinar la viabilidad del plan de reestructuración se han de poner en relación la cuota del período de carencia y los ingresos actuales de la familia —tanto cuota como ingresos se han de referir al momento «actual»⁵²—.

En caso de ser inviable el plan, la entidad debe informar al cliente de las sucesivas medidas que prevé el Código a las que, de cumplirse los requisitos que establece la norma, podrá acogerse.

Durante el ejercicio 2018 han sido numerosas las reclamaciones presentadas por la actuación de las entidades en la fase de formulación de un plan de reestructuración de la deuda hipotecaria respecto de aquellos clientes que presentaban dificultades para hacer frente a sus compromisos de pago, versando las reclamaciones, bien sobre deficiencias en relación con el plan mismo, bien en relación con la ausencia misma de formulación de un plan.

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

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

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

52 En los primeros expedientes de reclamación referidos a la aplicación del CBP, en su primera versión, se consideraba que se había de tener en cuenta la viabilidad a largo plazo del plan (criterio recogido en la *Memoria de Reclamaciones 2013*, p. 360). No obstante esto, siendo clara la voluntad legislativa mostrada en las modificaciones que progresivamente se han ido adoptando, de las que resulta la ampliación constante del ámbito subjetivo del Código, la existencia de un doble régimen de requisitos exigibles para la adopción de las distintas medidas—más amplio para la reestructuración y más restrictivo para la quita y la dación—, así como la resolución dada por la Comisión de Control del CBP, no sería razonable poner en relación los ingresos con una cuota futura —la que resultaría transcurridos los cinco años de carencia—.

En el expediente R-201803137, la entidad condicionó la firma del plan de reestructuración de la deuda hipotecaria conforme al CBP a que la parte reclamante previamente firmara un préstamo personal para reunificar las cuotas atrasadas. Por otra parte, en el expediente R-201805443 la entidad condicionó la formulación de plan de reestructuración al pago de la deuda pendiente. En estos casos, en los que la parte reclamante se encontraba en el umbral de exclusión, este DCMR concluyó que las entidades implicadas pudieron haber quebrantado la normativa de transparencia, al no haber formulado el correspondiente plan de reestructuración conforme al CBP, sin que resulte correcto que la entidad condicione su aprobación a que su cliente firme un préstamo personal para refinanciar la deuda que no reúne las condiciones previstas en el Código o que exija la puesta al día del préstamo.

En el expediente R-201816276, el reclamante exponía las graves dificultades que tenía para atender las cuotas hipotecarias tras haber contraído un miembro de su unidad familiar una enfermedad que le impedía trabajar. Aun cuando se acreditó que la unidad familiar se encontraba en el umbral de exclusión y la entidad formuló un plan de reestructuración, el reclamante solicitó la quita de la deuda, ya que consideraba que la reestructuración era insuficiente y que, una vez finalizado el período de carencia, no podría atender sus compromisos financieros. No obstante esto, la entidad se ratificó en sus actuaciones anteriores, en tanto el plan propuesto resultaba viable. Este DCMR confirmó que las medidas que recoge el CBP son de aplicación sucesiva, lo cual implica que, siendo viable la reestructuración de la deuda, no cabe el análisis de medidas complementarias (quita) o sustitutivas (dación en pago). Sentado lo anterior, este DCMR igualmente analizó el plan presentado por la entidad, resultando que no se ajustaba al contenido del CBP, en tanto: i) no retrotraía sus efectos al momento en que la parte reclamante acreditó estar en el umbral de exclusión, que es precisamente el momento en el que presenta la solicitud con la totalidad de documentación acreditativa de su situación; ii) la entidad no había formulado el plan de reestructuración en el plazo de un mes desde la acreditación de estar en el mencionado umbral, y iii) la entidad había condicionado la reestructuración de la deuda a la inexistencia de cargas posteriores o a la puesta al día de las cuotas vencidas, siendo que el plan debe comprender la completa deuda hipotecaria. Todo ello mereció que se considerara que la entidad pudo haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina. Finalmente, en el informe de referencia se aclaró que, pese a las manifestaciones del reclamante sobre la inviabilidad del préstamo una vez finalizada el período de carencia, los ingresos de la unidad familiar computables a efectos de calificar el plan como viable o inviable debían ser los actuales.

En otras ocasiones, sucedió que, estando la parte reclamante en el umbral de exclusión, la entidad había presentado un plan de reestructuración que no contenía las previsiones del CBP. Así, en el expediente R-201808319 el reclamante expuso que, habiendo acreditado su situación de exclusión en octubre de 2017, la entidad

no le notificó que procedía la aplicación de un plan de reestructuración hasta diciembre de 2017, sin que las propuestas de reestructuración presentadas —hasta tres— reunieran los requisitos del CBP, por cuanto: i) se fijaba un tipo fijo durante los cinco años de carencia, y ii) se establecía como fecha de efectos de aplicación de las medidas del Código la «fecha de formalización de esta escritura» y los intereses moratorios «desde el día 30 de abril de 2018». Este DCMR aclaró que el CBP establece que durante el período de carencia el tipo de interés debe ser el euríbor más 0,25 puntos y que los efectos del plan de reestructuración, así como la aplicación de los intereses de demora conforme al artículo 4 del RDL 6/2012, deben retrotraerse al momento en que el interesado acreditó estar en el umbral de exclusión, es decir, aquel en que presentó la solicitud con la completa documentación, lo cual en este supuesto se había producido el 6 de octubre de 2017. La actuación de la entidad llevó a considerar que esta pudo haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, al no haber formulado un plan de reestructuración conforme al CBP tras reconocer que el reclamante se encontraba dentro del umbral de exclusión.

En otra ocasión —expediente R-201727481—, el reclamante manifestaba que cumplía todos los requisitos para estar en el umbral de exclusión, pese a lo cual la entidad le ofreció únicamente la formalización de préstamos personales para satisfacer la deuda pendiente. Asimismo, indicaba que se le estaban cobrando unos intereses de demora que ascendían al 19 %. Este DCMR indicó que el plan de reestructuración debe alcanzar la completa deuda hipotecaria y retrotraer sus efectos al momento en que la unidad familiar acredita estar en el umbral de exclusión, lo cual se habría producido en diciembre de 2016. Por lo que se refiere al cálculo de los intereses de demora, desde que el cliente acredita que se encuentra dentro del umbral de exclusión, pueden ascender, como máximo, al resultado de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 %. El incumplimiento por parte de la entidad de estas premisas mereció que su conducta fuera calificada de posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

Asimismo, hemos de referirnos al expediente R-201801779, en el que se concluyó que la actuación de la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia por denegar la aplicación de las medidas del CBP, al considerar que el plan de reestructuración resultaba inviable —sin formularse dicho plan— y sobre la base de unos ingresos y unas cuotas que no se correspondían con los actuales. Por un lado, la entidad consideró que la parte reclamante no se encontraba en el umbral de exclusión al no cumplirse el artículo 3.1.c) del RDL 6/2012, sin informar de los cálculos efectuados. Por otro, en contradicción con lo anterior, igualmente señaló que el plan era inviable teniendo en consideración que la cuota hipotecaria mensual era superior al 50 % de los ingresos que percibían conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar —que indicaba que eran cero—. Ahora bien, este DCMR aclaró que, por un lado, si la parte prestataria estaba fuera del umbral de exclusión, se había de motivar y comunicar esta circunstancia (sin necesidad de formular el

plan) y, por otro, que, para determinar si el plan resultaba o no viable —lo cual implicaba necesariamente que la unidad familiar se encontraba en el umbral de exclusión y que se había formulado el plan de reestructuración—, se había de tener en cuenta la cuota que resultaba al formular el plan —cuota actual— y no la cuota futura, esto es, la pagadera al finalizar el período de carencia.

Escríptura de novación, inscripción en el Registro y rango de la hipoteca

Por otro lado, desde el momento en el que resulta que la entidad ha de formular un plan de reestructuración, y por lo que a su elevación a escritura pública se refiere, el propio artículo 5.4 del RDL 6/2012 dispone que «cualquiera de las partes podrá compelir 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».

La Comisión de Control del CBP se ha pronunciado respecto a la obligatoriedad o no de elevación a escritura pública del acuerdo de modificación del préstamo hipotecario. Al respecto, señala⁵³: «no cabe sino entender que resultan de plena aplicación las reglas generales sobre la forma de los contratos. En tal sentido, lo dispuesto es conforme con lo establecido en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil, que, en esencia, vienen a establecer la obligatoriedad del contrato entre las partes, cualquiera que sea su forma; la facultad de cualquiera de ellas, no obstante lo anterior, de compelir a la otra a darle la forma que requieran las leyes o que se hubieran pactado; y el establecimiento legal de la escritura pública para los contratos relativos a derechos reales, lo cual, conforme a lo anterior, ha de entenderse como necesario solo para que surta efectos contra terceros. En el caso de la hipoteca, dejando de lado la cuestión doctrinal de su existencia o no extraregistralmente, su elevación a escritura pública será necesaria para la inscripción.

Por lo anterior, la Comisión estima que la elevación a escritura pública es potestativa, pero, en ausencia de la misma, los terceros de buena fe no podrán verse perjudicados por la modificación y la misma no podrá acceder al registro».

Dicho esto, el gasto de la elevación a pública de la escritura novada lo debe asumir la parte a la que le interese; si no fuera el deudor, este no tendrá obligación alguna de asumirlo.

Por lo que se refiere a los efectos de la novación del contrato, el artículo 5.5 del RDL 6/2012 establece:

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

«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.»

El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, se refiere a la «escritura pública» y recoge en los apartados 1 y 2⁵⁴ el alcance de la escritura de subrogación y modificación. Por su parte, el apartado 3 se centra en la alteración o pérdida del rango registral de la hipoteca, con el siguiente literal:

«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.»

Llegados a este punto, en ocasiones las entidades han excusado la no aplicación de la reestructuración prevista en el Código por la pérdida de rango registral que comportaría aquella.

Sobre la pérdida de rango registral y, en particular, si puede condicionarse la aplicación práctica de las medidas previstas en el apartado 1 del CBP a la posible pérdida de rango registral de la eventual novación, la Comisión de Control del CBP⁵⁵ ha establecido que «la entidad financiera adherida al CBP tiene, por tanto, la obligación de plantear un plan de reestructuración al deudor que se encuentre en el

54 «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.

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.»

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

umbral de exclusión sin que en la norma se establezca ninguna previsión que lo exceptúe y sin que sea competencia de la Comisión pronunciarse sobre en qué supuestos de modificación de un préstamo hipotecario tiene lugar la pérdida de rango registral, si es que efectivamente se produce», postura que este DCMR ha seguido en las reclamaciones planteadas sobre esta cuestión.

En estos casos, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, la entidad deberá procurar, en beneficio del cliente, una solución proactiva, no bastando con invocar dicha cuestión y archivar, sin más, la solicitud recibida. Ante la obligación voluntariamente asumida de realizar la reestructuración, la entidad podrá evaluar la mejor forma de cumplirla, apuntando desde este DCMR, a modo de ejemplo, la posibilidad de abordar una quita, o reunificar la deuda, o, como prevé la Ley 2/1994, solicitar la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior.

En el expediente R-201804808 se concluyó que la entidad pudo haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina, al condicionar el plan de reestructuración a la cancelación de cargas posteriores o al consentimiento del acreedor posterior a mantener el rango de las hipotecas constituidas en garantía de la operación. Este DCMR indicó que no existe en la norma previsión alguna que declare la inviabilidad del plan por la excusa alegada, todo ello sin prejuzgar en qué caso concreto se produce la efectiva pérdida del rango de primera hipoteca, que da a la entidad acreedora un mejor derecho respecto a la finca hipotecada sobre los demás deudores, calificación que corresponde al registrador que inscriba la escritura de novación. Por otro lado, la entidad no acreditó haber tenido una actuación proactiva y a satisfacción de su cliente para soslayar, en su caso, la pérdida de rango registral que alega que se produciría.

Préstamos hipotecarios titulizados

En otras ocasiones, como motivo para no aplicar el Código, las entidades han señalado la circunstancia de que el préstamo hipotecario está titulado. Al respecto, este DCMR, siguiendo la línea marcada por la Comisión de Control del CBP⁵⁶, ha resuelto que el hecho de que un préstamo hipotecario haya sido objeto de titulización no excluye, de entrada, la aplicación del Código, ya que no hay amparo legal para la exclusión de estos préstamos.

Así, las cuestiones vinculadas con la titulización deben tratarse en el ámbito privado de los contratos de titulización celebrados entre las entidades de crédito y las entidades gestoras de fondos.

56 Consulta 18 del compendio de consultas a la Comisión de Control sobre la aplicación del CBP.

Igualmente, en otros expedientes las entidades alegaban que el préstamo hipotecario cuya reestructuración se solicitaba había sido cedido por la entidad a una sociedad, remitiendo a su cliente a esta para cualquier reclamación al respecto. En lo que se refiere a la cesión realizada, este DCMR señaló que considera inadecuado que, sin haber dado la debida publicidad al Código de forma previa ni haber informado a su cliente de la existencia de este, de sus medidas y de las ventajas de orden fiscal, notarial, etc., que comporta, la entidad hubiera cedido la operación. Asimismo, se consideró igualmente inapropiado que la escritura de cesión no previera el régimen aplicable y al que la entidad se había obligado para el caso en el que el prestatario se encontrara dentro del umbral de exclusión.

En el expediente R-201806032, la parte reclamante manifestó que tenía dificultades para atender las cuotas de su préstamo hipotecario, el cual se encontraba titulado, y que la entidad se había desentendido de la tramitación de su solicitud. Este DCMR pudo verificar que, en el momento en que el cliente formuló la primera solicitud de reestructuración, en noviembre de 2017, la entidad le había enviado una carta con información sobre el contenido y el funcionamiento del CBP, así como el detalle de la documentación que se debía aportar para su aplicación. No obstante esto, la entidad no contestó sobre la procedencia o no de la reestructuración solicitada, de forma que el cliente se vio obligado a presentar una nueva reclamación ante el SAC de la entidad. Fue entonces cuando esta remitió al reclamante al fondo de titulización encargado de la gestión del préstamo. Esta actuación no puede considerarse adecuada, en tanto la entidad debió gestionar diligentemente la posible aplicación de las medidas del CBP, pues es a ella a la que le corresponde, al haber mostrado su adhesión voluntaria a dicha normativa, lo cual implica analizar si se ha aportado toda la documentación que exige el RDL 6/2012, requerir la pendiente y estudiar la ya aportada para verificar si el cliente se encuentra en el umbral de exclusión. Por este motivo, se consideró que la entidad pudo haber quebrantado la normativa de transparencia por la falta de información a su cliente de forma proactiva y diligente en relación con la solicitud presentada.

Medidas complementarias: la quita

De resultar inviable el plan de reestructuración, los deudores podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en el apartado 2 del CBP.

Dicha medida es discrecional para la entidad, de forma que esta tiene la facultad de aceptarla o rechazarla.

El Código señala que, para determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo:

- «i. Reducción en un 25 %.
- ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.
- iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.»

En todo caso, la entidad notificará al deudor los resultados obtenidos.

A diferencia de lo que ocurre con la elaboración de un plan de reestructuración de la deuda y de la medida de dación en pago, la quita puede 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, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual

Como ya se ha dicho anteriormente, las medidas recogidas en el CBP son de aplicación sucesiva, de forma que solo cuando el plan de reestructuración resulte inviable, se procederá al análisis de la segunda, la quita. En tanto esta es discrecional, si la entidad optara por su no aplicación, se podría solicitar la tercera de ellas: la dación en pago de la vivienda habitual.

Ahora bien, la adopción de la dación en pago de la vivienda habitual como medida extintiva de la deuda hipotecaria requiere el cumplimiento de unos condicionantes —subjetivos, objetivos y temporales— mucho más estrictos que los que se requieren para la reestructuración y la quita.

Ámbito subjetivo de la dación

Así, en primer lugar, para poder considerar a los deudores de un préstamo o de un crédito en el umbral de exclusión a los efectos de aplicar la medida de dación en pago, además de los requisitos establecidos en el artículo 3.1 del RDL 6/2012 (al que nos hemos referido al tratar el umbral de exclusión), cuyo cumplimiento se exige

respecto de la primera medida recogida en el Código —el plan de reestructuración—, se han de cumplir los que figuran en el artículo 3.2 del RDL 6/2012, que establece:

- «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.»

Ámbito objetivo de la dación

En segundo lugar, y por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación del Código, para que resulte posible la dación en pago de la vivienda habitual se ha de cumplir el párrafo 2 del artículo 5.2 del RDL 6/2012, que establece que el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no debe exceder del que resultaría de multiplicar la extensión de este 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 la que esté radicado este. Así, aunque, al igual que ocurre con el caso de reestructuración de la deuda, el precio de adquisición no puede exceder de determinado valor, el límite en el caso de la reestructuración se aumenta en un 20 %, y en el de la dación, no. Además, el límite absoluto en el caso de la dación es de 250.000 euros, frente a los 300.000 euros de la reestructuración.

Cuándo puede solicitarse la dación

Por otro lado, la dación en pago no resulta aplicable en los supuestos en los que el deudor se encuentre en un procedimiento de ejecución en el que se haya producido

el anuncio de subasta, al igual que ocurre con la reestructuración de la deuda, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Por otro lado, existe otro límite temporal para solicitar esta medida de dación en pago de la deuda, de conformidad con el apartado a) del punto 3 del CBP, que dice: «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.»

En este contexto, compete a la entidad tramitar la solicitud de su cliente de dación en pago extintiva de la deuda con la máxima diligencia y urgencia.

Transcurrido el plazo de 12 meses desde que se hubiera presentado la solicitud de reestructuración, no procederá la dación en pago de la vivienda habitual al amparo del CBP. Ello no es óbice para que la entidad pueda, en un momento posterior a los 12 meses desde la solicitud de reestructuración, aceptar una dación en pago extintiva de una deuda hipotecaria como una decisión dentro de su política comercial y de riesgos operativos, operación a la que en última instancia no le resultarían de aplicación las ventajas —fiscales, notariales, etc.— que la aplicación de las medidas del CBP lleva aparejadas.

Respuesta de la entidad

En todo caso, si formulada una solicitud de dación en pago de la vivienda habitual esta no procediera por no cumplir con los condicionantes anteriormente indicados, la entidad deberá dar respuesta a su cliente motivando con suficiente concreción la causa del rechazo.

En caso de cumplirse con los requisitos, la procedencia y aplicación de la dación en pago suponen la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por esa deuda.

Arrendamiento tras la dación. «Alquiler social»

Por otro lado, el Código recoge la posibilidad de que el deudor, si así lo solicita al pedir la dación, pueda permanecer durante dos años en la vivienda en concepto de arrendatario. La renta que habrá de satisfacer será del 3 % del importe total de la

deuda en el momento de la dación. Ahora bien, si se produjera el impago de la renta, se devengaría un interés de demora del 10%⁵⁷.

Asimismo, el Código recoge que «las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión».

Son numerosas las reclamaciones que se han planteado tomando como eje la solicitud de dación en pago de la vivienda habitual. A modo de ejemplo, en el expediente R-201806411 la reclamante había solicitado la dación en pago de su vivienda, de conformidad con el RDL 6/2012. Al encontrarse en el umbral de exclusión, la entidad presentó un plan de reestructuración que habría de formalizarse en una escritura de novación. No conforme con esta opción, la cliente reiteró su solicitud originaria de dación en pago de la vivienda. Este DCMR expuso que la entidad debió informar de inmediato a su cliente de que las medidas del CBP no son de aplicación potestativa por ninguna de las dos partes, sino que son de aplicación sucesiva, razón por la que, si el plan de reestructuración resulta viable, debe aplicarse esta medida —el análisis de la quita o la dación en pago solo proceden cuando la reestructuración de la deuda resulta inviable—. Por ello, la concesión de cualquier alternativa distinta a la formalización de la escritura de novación propuesta —dado que la reestructuración resultaba viable— (en particular, la dación en pago en la que se insistía) se enmarcaría dentro de lo que se denomina esfera de la «política comercial y de riesgos» de la entidad. En tanto que no constaba esta información, se concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias.

En otras ocasiones, la solicitud de dación fue acompañada de otra de alquiler social de la vivienda al amparo del CBP —letra c) del apartado 3 del CBP—. Así ocurrió en el expediente R-201809348, en el que, resultando el plan de reestructuración inviable, la entidad indicó que había aprobado la dación en pago solicitada, si bien sin el alquiler social. Este DCMR concluyó que tal actuación podría haber quebrantado la normativa de transparencia, al no haber acreditado que hubiera aceptado la solicitud de dación en pago con alquiler, de conformidad con el CBP.

En el expediente R-201815743, la reclamante, a quien se había reestructurado la deuda conforme al CBP en octubre de 2013, manifestó que su situación no había mejorado y que, tras la finalización del período de carencia de la reestructuración —en 2018—, no iba a poder hacer frente a las cuotas de su préstamo. Por ello, solicitaba la quita con extinción de un porcentaje de la deuda. Este DCMR consideró que, aprobado el plan en 2013, si este deviene inviable —en los términos explicitados por el párrafo segundo del apartado 2.a) del CBP: cuando la cuota hipotecaria mensual sea superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar—, y en tanto las medidas del Código son de aplicación

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

sucesiva, el cliente podrá solicitar las medidas complementarias (quita) —la cual es de aplicación discrecional para la entidad— o bien las sustitutivas (dación en pago de la vivienda habitual), en los términos impuestos por la norma.

Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual

El RDL 5/2017 introdujo el punto 4 en el CBP, cuyo tenor literal es el siguiente:

«4 Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 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, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 % de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad.

Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.»

En el expediente R-201806950, la reclamante solicitaba el alquiler, al amparo del apartado 4 del CBP, respecto de la vivienda que había adquirido —y financiado— en enero de 2006 y que había sido adjudicada a la entidad en diciembre de 2016, tras un procedimiento de ejecución hipotecaria. En tanto dicho inmueble no era ya la vivienda habitual de la parte reclamante, y tampoco lo había sido con anterioridad a su adjudicación, se estimó que esta no podía acogerse o haberse acogido a las medidas previstas en el CBP y, por consiguiente, no procedía la concesión del alquiler social solicitado. No obstante esto, la falta de una pronta respuesta y una gestión deficiente de la solicitud presentada por parte de la entidad fueron calificadas de malas prácticas bancarias.

En el expediente R-201805213, el reclamante explicó que su vivienda habitual había sido ejecutada y, dada su situación de exclusión social, el lanzamiento había sido suspendido. En tanto su situación de vulnerabilidad social y económica persistía, solicitaba el alquiler de la vivienda de acuerdo con el apartado 4 del CBP. La entidad, por su parte, denegó la solicitud presentada indicando que no se había realizado en los términos del artículo 1 de la Ley 1/2013, sin que, por otra parte, se encuentre obligada a aceptar el importe mensual ofrecido por el reclamante. Este DCMR concluyó que la entidad podría haber quebrantado la normativa de ordenación y disciplina por cuanto no constaba acreditado que informara a su cliente, de forma proactiva y diligente, en relación con la solicitud presentada, requiriendo la documentación que faltara por aportar para acreditar que aquel se encontraba en el umbral de exclusión, todo ello con la finalidad de ofrecer a su cliente, en su caso, el correspondiente alquiler social de la vivienda ejecutada. Por otro lado, se apartó de las buenas prácticas bancarias al no haber motivado con suficiente concreción los motivos del rechazo de la solicitud planteada por su cliente al amparo del RDL 6/2012, siendo que, además, debió especificar el importe al que debían ascender las cuotas del alquiler social.

En el expediente R-201813470, los reclamantes explicaron que, después de un largo procedimiento de ejecución hipotecaria y de la adjudicación de la vivienda a una empresa del grupo de la entidad, firmaron con esta un contrato de alquiler. Transcurrido el plazo de dicho contrato, solicitaron el alquiler de la vivienda de conformidad con el apartado 4 del CBP. Este DCMR consideró que no solo no acreditaba su situación de vulnerabilidad, sino que tampoco se hubiera suspendido el lanzamiento conforme al artículo 1.1. de la Ley 1/2013, lo cual resulta presupuesto necesario para aplicar el alquiler conforme al CBP. Por ello, no fue posible emitir un pronunciamiento sobre la solicitud presentada, siendo que, en última instancia, la renovación del arrendamiento sería una cuestión encuadrable dentro del ámbito del derecho privado.

Otras ventajas

Además de procurar el pago de la deuda hipotecaria, el RDL 6/2012 recoge una serie de medidas aplicables al deudor hipotecario al que resulte de aplicación el CBP que tratan de aliviar su situación y facilitar el cumplimiento de sus obligaciones.

La limitación de los intereses moratorios

El artículo 4 del RDL 6/2012 se refiere a la moderación de los intereses moratorios, con el siguiente tenor literal⁵⁸:

58 Texto vigente tras la modificación introducida por la Ley 1/2013.

«1 En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del Código de Buenas Prácticas y acrelide ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 %⁵⁹ sobre el capital pendiente del préstamo.

2 Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley.»

Así, la moderación de los intereses de demora se aplica al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión a partir del momento de la presentación de la solicitud de cualquiera de las medidas del CBP con la documentación completa. Por tanto, la entidad debe ajustarse en el cálculo de la demora, con carácter inmediato, 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 en tanto 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 la deuda teniendo en consideración la referida moderación de los intereses de demora.

El alquiler social

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, como se ha dicho, 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.

Ventajas fiscales y notariales

Asimismo, aquellos deudores que se acogen a cualquiera de las medidas del Código se ven beneficiados por las siguientes ventajas:

- Las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del Real Decreto-ley 6/2012 quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos

⁵⁹ En la versión originaria del RDL 6/2012, este porcentaje ascendía al 2,5 %.

jurídicos documentados del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados⁶⁰.

- Por lo que se refiere al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, están exentas las transmisiones en caso de dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante de este, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre dicha vivienda, de conformidad con la letra c) del apartado 1 del artículo 105 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo⁶¹.
- Por lo que se refiere al impuesto sobre la renta de las personas físicas, están exentas las ganancias patrimoniales en el caso de dación en pago

60 El artículo 8 del RDL 6/2012 introdujo una modificación en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en virtud de la cual se añadió el número 23 al artículo 45.I.B) de dicho texto.

61 El artículo 9 del RDL 6/2012 estableció una modificación en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que afectaba al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, añadiendo un apartado 3 al artículo 106 de dicho texto refundido. No obstante esto, mediante el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y la posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se suprime el artículo 106.3 del texto refundido al que nos estamos refiriendo. Pese a esto, con estas disposiciones se introdujo una exención al impuesto ahora estudiado, sin que esta se refiera en exclusiva al ámbito del RDL 6/2012, sino que alcanzará a aquellos supuestos en los que se verifique lo dispuesto en el artículo 105.1.c), cuyo tenor literal dice:

«1 Estarán exentos de este impuesto los incrementos de valor que se manifiesten como consecuencia de los siguientes actos:

[...]

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

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

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

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

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

Respecto de esta exención, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta Ley.»

de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante de este, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre dicha vivienda, de conformidad con la letra d) del apartado 4 del artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio⁶².

- En los casos de dación en pago conforme al CBP, se bonificarán en un 50 % los derechos arancelarios notariales y registrales derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca. El deudor no soportará ningún coste adicional de la entidad financiera, que adquiere libre de carga hipotecaria la titularidad del bien antes hipotecado⁶³.

Expuesto el régimen de las ventajas fiscales y notariales que la aplicación de las medidas del CBP pueden llevar aparejadas, hemos de llamar la atención sobre la necesidad de que la redacción de las cláusulas contenidas en los contratos sea clara y transparente, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse.

62 El artículo 10 del RDL 6/2012 estableció una modificación en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, añadiendo la disposición adicional trigésima sexta a la Ley 35/2006. No obstante esto, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, a través de su artículo 1.79 modifica la indicada disposición adicional trigésima sexta, sin que su redacción actual afecte al ámbito en que se desenvuelve el RDL 6/2012. Por otro lado, con efectos desde el 1 de enero de 2014 y ejercicios anteriores no prescritos, por el artículo 122.1 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y el posterior artículo 122.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se añade la letra d) del apartado 4 del artículo 33 de la Ley 35/2006, sin que la exención establecida se refiera en exclusiva al ámbito del RDL 6/2012, sino que alcanzará a aquellos supuestos en los que se verifique lo dispuesto en esta norma, cuyo tenor literal dice:

- «4 Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto: [...]
- d) Con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor o garante del deudor, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias, judiciales o notariales.

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

63 Artículo 11 del RDL 6/2012.

En alguna ocasión, ante este DCMR se ha planteado reclamación en la que, habiendo solicitado el deudor una dación en pago de la vivienda habitual extintiva de la deuda, se formalizaron una escritura de compraventa en la que la compradora era una sociedad gestora —tercero designado por la entidad— y otra de cancelación del préstamo hipotecario. La parte reclamante había solicitado al Ayuntamiento la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la norma. Sin embargo, el Ayuntamiento denegó la exención, alegando que la escritura describía una compraventa, y que no era su competencia la calificación de si el verdadero negocio jurídico subyacente era, o no, una dación en pago al amparo del CBP. La citada exención ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Dirección General de Tributos en la consulta vinculante V026116. Este DCMR apreció la existencia de una práctica bancaria incorrecta, en tanto que la entidad, que debió velar por el buen fin de la operación, no se aseguró de que la escritura reflejase de forma clara que la operación se formalizaba conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012 y que la parte reclamante cumplía con todos los requisitos para la dación en pago, al amparo del CBP.

2.4 Tipos infractores y actuación supervisora

2.4.1 Tipos infractores

Como se ha explicado, el RDL 6/2012 nace con vocación de solucionar la difícil situación en que se encuentran aquellos deudores hipotecarios que carecen de recursos suficientes para hacer frente a la deuda hipotecaria sobre su vivienda habitual. Ahora bien, la aplicación de esta normativa requiere el cumplimiento de determinadas condiciones por parte del deudor hipotecario e implica una serie de obligaciones para la entidad prestamista. De ahí que el propio RDL 6/2012 recoja el régimen aplicable cuando cualquiera de las partes incumple las disposiciones que les atañen.

Así, y por lo que se refiere a la figura del deudor hipotecario, el artículo 7 del RDL 6/2012 dispone que, en caso de fraude en el procedimiento, el deudor será responsable de los daños y perjuicios que se hubieran producido, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización. La redacción de este artículo es la siguiente:

«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.»

Por lo que se refiere al régimen sancionador aplicable a la entidad, el artículo 15⁶⁴ del RDL 6/2012 dispone:

«Artículo 15. Régimen sancionador

Lo previsto en los apartados 4 y 9 del artículo 5, y en el artículo 6.5 tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha Ley⁶⁵.»

Tres son los supuestos contemplados en la norma:

1 El incumplimiento del deber de la entidad de publicidad e información de la existencia del Código, que recoge el artículo 5.9 del RDL 6/2012, cuyo tenor literal es el siguiente:

«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

64 Artículo introducido por la Ley 1/2013.

65 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.»

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.»

2 El incumplimiento del deber de aplicar las medidas previstas en el Código a un deudor que esté dentro del umbral de exclusión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.4 del RDL 6/2012, que dice:

«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 compelir 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 por la entidad de su obligación de remitir la información que debe al Banco de España, establecida en el artículo 6.5 del RDL 6/2012, que establece:

«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.»

En tanto las disposiciones indicadas —artículos 5.9, 5.4 y 6.5 del RDL 6/2012— tienen la consideración de normativa de ordenación y disciplina⁶⁶, las reclamaciones en las que se aprecie su incumplimiento por parte de las entidades merecen 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.

2.4.2 Actuación supervisora del DCMR

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

Como resultado de esta labor supervisora, que ha alcanzado a un significativo número de entidades adheridas, se han apreciado deficiencias y debilidades que han motivado la adopción de las correspondientes medidas supervisoras para asegurar que estas cumplieran adecuadamente con las obligaciones contenidas en el RDL 6/2012. Estas deficiencias y debilidades, así como las medidas correctoras consiguientes, se comunican a las entidades mediante escritos de requerimientos o de recomendaciones. Adicionalmente, se han adoptado cuatro resoluciones sancionadoras contra tres bancos y una cooperativa de crédito.

66 Esta condición deriva de la modificación introducida por la Ley 1/2013, de forma que, cuando resulte de aplicación la primera versión del Código —la correspondiente al RDL 6/2012, de 9 de marzo—, la actuación de la entidad no tendría la consideración de posible quebrantamiento de la normativa de disciplina.

Estas medidas supervisoras han tenido principalmente por objeto cuestiones relativas a las obligaciones de información sobre el CBP y a la aplicación efectiva de sus previsiones, recogidas en los artículos 5.9 y 5.4 del RDL 6/2012, respectivamente. Se exponen a continuación las medidas supervisoras adoptadas con más frecuencia en respuesta a las deficiencias y debilidades más recurrentes:

a) En relación con el artículo 5.9 del RDL 6/2012:

— Información a deudores hipotecarios sobre el CBP:

- Garantizar que se facilita de un modo proactivo, que no requiera de la iniciativa del deudor, información por escrito (sin perjuicio de que se haga también por otros medios) sobre la existencia del CBP, su contenido y las posibilidades de acogerse, tan pronto como un cliente manifieste, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda o haya incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria. En concreto, a propósito de la reclamación de cuotas impagadas, facilitar información sobre el CBP, así como un vínculo a la información disponible en la web de la entidad.
- Mantener permanentemente actualizada la información que se transmite al personal de la entidad sobre el contenido del CBP, instándoles a una actuación proactiva.
- Utilizar terminología fácilmente comprensible por la clientela en la información que se facilite sobre el CBP, sin perder el rigor.
- Asegurar que, cuando un deudor solicite directamente las medidas complementarias (quita) o sustitutivas (dación), sin haber mediado previamente una solicitud de reestructuración que haya sido denegada por inviable, la entidad no se limite a denegar esta medida, sino que informe de que estas medidas son de aplicación sucesiva y de la posibilidad de solicitar la medida previa de reestructuración.
- Facilitar la localización de la información sobre el CBP disponible en el sitio web de la entidad.

— Tramitación diligente y control de las solicitudes:

- Establecer los mecanismos que garanticen la tramitación diligente de cada solicitud de acogimiento a las medidas del CBP, lo que incluye responderlas en plazo, de forma motivada y habiendo recabado previamente de los solicitantes toda la documentación que se precise para poder determinar con certeza si el cliente se

encuentra o no en el umbral de exclusión, si la reestructuración resulta o no viable, o si procede, en su caso, aplicar las medidas complementarias (quita) o sustitutivas (dación).

- Contar con mecanismos que garanticen el seguimiento y el control continuo del estado de las solicitudes del CBP para su correcta resolución en plazo.
- Disponer de un documento normalizado de solicitud del CBP con información clara y transparente sobre los requisitos que se han de cumplir y la documentación necesaria para acreditarlos, así como un modelo de solicitud al cliente de la documentación pendiente de aportación.
- Dejar constancia de la fecha en la que es presentada por el deudor toda la documentación, pues, en caso de que esta documentación acredite que está situado en el umbral de exclusión, deberán aplicarse las previsiones del CBP desde dicho momento.
- Facilitar información detallada sobre las causas por las que se deniega la solicitud de aplicación de las medidas del CBP, pronunciándose expresamente sobre si se considera al deudor incluido en el umbral de exclusión y las causas que lo determinan.
- No denegar la aplicación de las medidas del CBP por motivos diferentes a los contemplados en el RDL 6/2012.
- Garantizar la adaptación de los procedimientos y de la documentación de la entidad relativa al CBP a las modificaciones legales que se vayan produciendo.

b) En relación con el artículo 5.4 del RDL 6/2012:

- Aplicar las entidades adheridas las previsiones del CBP a los deudores que acrediten estar situados en el umbral de exclusión de forma imperativa.
- Notificar, ofrecer y presentar, en el plazo de un mes desde que se acredite estar situados en el umbral de exclusión, un plan de reestructuración en el que se concreten las medidas que se han de aplicar y las condiciones financieras concretas e individualizadas derivadas de su aplicación, así como su calificación de viable o inviable.
- Valorar la viabilidad del plan de reestructuración poniendo en relación la cuota del período de carencia con los ingresos actuales de la unidad familiar.

- Asegurar que los efectos de la medida previa de reestructuración se aplican desde el momento en que el deudor ha acreditado estar situado en el umbral de exclusión, sin que se pueda condicionar su aplicación a la aceptación de otras condiciones distintas a las previstas en el RDL 6/2012.
- Acompañar a la comunicación de inviabilidad el plan de reestructuración, informando de los cálculos que determinan la inviabilidad y de la posibilidad de solicitar las medidas sucesivas.
- Aplicar la moderación de los intereses moratorios desde el momento en que el deudor acredita estar situado en el umbral de exclusión, con independencia de la viabilidad de la medida de reestructuración.
- No repercutir al cliente gastos de novación al amparo del RDL 6/2012, cuando es la entidad la que solicita su formalización en escritura pública.
- Aplicar a la medida de dación las previsiones fiscales, notariales y registrales recogidas en la normativa fiscal y en el propio RDL 6/2012.

2.5 Seguimiento del Código de Buenas Prácticas

Hemos de partir de la competencia del DCMR para conocer las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas, indicando a este respecto el artículo 6.6 del RDL 6/2012 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, de conformidad con el artículo 6.1 del RDL 6/2012.

Entre las funciones de la Comisión, figuran recibir y evaluar la información que le traslade el Banco de España⁶⁷ y publicar semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Este informe debe

⁶⁷ Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter mensual, la información que les requiera la Comisión de Control. Esta información incluirá, entre otras, la relativa a las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas, y la relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de personas físicas. Además, también informarán al Banco de España sobre las reclamaciones tramitadas.

remitirse a la Comisión de Economía, Industria y Competitividad —antes denominada de Economía y Competitividad— del Congreso de los Diputados. Asimismo, corresponde a esta Comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable. El apartado referente a la Comisión de Seguimiento, publicado en el sitio web del Ministerio de Economía y Empresa —antes denominado de Economía, Industria y Competitividad—, refleja datos de interés en la materia, como la lista de entidades adheridas a cada una de las versiones del Código, los diferentes informes semestrales de la Comisión, el modelo normalizado de declaración responsable, y un compendio de contestaciones interpretativas de la normativa de deudores hipotecarios sin recursos, formuladas por la Comisión ante las consultas que le han sido sometidas.

En cuanto a su composición, la Comisión, tras la reforma operada en el RDL 6/2012 por la Ley 1/2013, está integrada por once miembros: uno nombrado por el Ministerio de Economía y Empresa —antes denominado de Economía, Industria y Competitividad— con al menos rango de director general, que preside la Comisión y tiene voto de calidad; uno designado por el Banco de España, que actúa como secretario; uno designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; un juez; un secretario judicial; un notario; un representante del Instituto Nacional de Estadística; un representante de la Asociación Hipotecaria Española; uno designado por el Consejo de Consumidores y Usuarios, y dos designados por las asociaciones no gubernamentales —que son determinados por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, antes denominado de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad— que realicen labores de acogida.

3 Préstamos personales

Los préstamos con garantía personal son aquellos en los que no existe una garantía real, es decir, una que recaiga sobre un bien inmueble (hipoteca) o sobre un bien mueble (prenda, hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento), incluidas cantidades dinerarias (pignoración de depósitos), de modo que la única garantía de reembolso del préstamo concedido es la solvencia del deudor prestatario y, en su caso, de los fiadores o avalistas de la operación.

Desde el punto de vista subjetivo, podemos diferenciar entre préstamos personales concedidos a:

- Personas físicas: la mayoría de los concedidos a personas físicas se encuadran dentro de la modalidad de crédito para consumo, regulación que se desarrolla en detalle en siguiente epígrafe. Cuando se trate de préstamos personales a personas físicas a los que no resulte de aplicación la Ley de Contrato de Crédito al Consumo, habrá de estarse principalmente a lo establecido en la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección

del cliente de servicios bancarios, y en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

- Pymes: dentro de este apartado haremos referencia a las operaciones concedidas a pymes y a los préstamos subvencionados.

3.1 Préstamo para consumo

Como ya hemos avanzado, una parte muy importante de los préstamos personales a las personas físicas son los llamados préstamos o créditos para consumo, que se regulan en la actualidad en la Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, también referida como LCCC). Esta ley entró en vigor el 25 de septiembre de 2011, derogando la anterior Ley 7/1995, de crédito al consumo⁶⁸.

Para que resulte de aplicación la LCCC, los préstamos concedidos deben cumplir con los requisitos objetivos y subjetivos recogidos en la citada ley. Así, en cuanto al ámbito objetivo de aplicación, los préstamos deben reunir las siguientes características:

- El prestatario es una persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional, con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo.
- 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 único del capital deba realizarse en un plazo máximo de tres meses, siempre que hayan sido concedidos libres de intereses y gastos, o con gastos que no excedan en su conjunto del 1 % del importe total del crédito.
- El crédito es oneroso. Se excluyen los contratos en los que su TAE sea nula, salvo en el caso de «contratos vinculados» (aquellos en los que el

⁶⁸ 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.

crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos, constituyendo ambos contratos una unidad comercial), en los cuales se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de bienes o servicios han pactado una retribución por la que este abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato.

Por su parte, en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, la norma señala que el prestamista puede ser cualquier persona física o jurídica que concede crédito en el ejercicio de su actividad, lo que incluye a las entidades de crédito, mientras que el prestatario es una persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional, con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo.

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

Por último, cabe señalar que en materia de transparencia bancaria, en lo no previsto en la LCCC, a los préstamos o créditos de esta naturaleza les será de aplicación lo previsto en el título I y en el capítulo I del título III de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, según preceptúa su artículo 33 («Normativa de transparencia de los créditos al consumo»).

3.1.1 Información precontractual y prácticas previas a la contratación

En cuanto al contenido de la citada normativa, comenzaremos por decir que la LCCC recoge en su capítulo II la «Información y actuaciones previas a la celebración del contrato de crédito», regulando la publicidad —condiciones que se recogerán de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo—; la obligación de entrega —y el contenido— de la información precontractual; la obligación de facilitar, ante la solicitud del cliente, la oferta vinculante; y el deber de los prestamistas y, en su caso, de los intermediarios de prestar asistencia al consumidor con carácter previo a la formalización del contrato (artículo 11), facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, incluidas las consecuencias en caso de impago.

En cuanto a la información precontractual, el artículo 10 de la vigente LCCC impone al prestamista la obligación de entregar información precontractual que deberá especificarse dentro de un formulario estandarizado denominado «Información normalizada europea sobre el crédito al consumo» (en lo sucesivo, «INE»), especificando que dicho documento deberá facilitarse al consumidor «con la suficiente antelación».

En este sentido, una de las cuestiones que se presentan de forma recurrente ante este DCMR es qué se considera «suficiente antelación», entendiendo este DCMR que tal expresión debe interpretarse como el margen de tiempo que permite al futuro prestatario identificar las condiciones financieras esenciales de la operación y compararla fácilmente con otras ofertas disponibles en el mercado, de manera que el cliente pueda adoptar una decisión informada sobre la suscripción del contrato de crédito.

De esta forma, no solo la omisión de acreditación de la entrega de la INE, sino incluso la falta de prueba en cuanto a la antelación con la que fue puesta a disposición del prestatario, podrían suponer un quebrantamiento de la normativa de transparencia informativa y protección de la clientela. Así sucedió, por ejemplo, en el expediente R-201815445, en el que el documento INE presentaba idéntica fecha a la del contrato.

Otra de las cuestiones que cabe destacar sobre la información precontractual es que la carga de la prueba del cumplimiento de estas obligaciones legales corresponde al prestamista. Hasta tal punto, que no se considera acreditación suficiente de la puesta a disposición de la INE la mera inclusión en el contrato de una cláusula⁶⁹ por la que su titular declare, bien que se le ha suministrado aquella, sin que se aporte el documento en sí, o bien haber quedado informado de que se encuentra accesible en la página web de la entidad.

Resulta ocioso añadir que las entidades de crédito han de cumplir con estas obligaciones de información precontractual también en el caso de:

- Que se empleen fórmulas de contratación a distancia, ya sea telefónica o a través de Internet, incluso cuando la entidad se vale para ello de los llamados «terceros de confianza», los cuales vienen emitiendo certificaciones de la contratación en las cuales no solo habrá de constar el contenido de la documentación preceptiva, sino también cuál fue la secuencia cronológica de los acontecimientos, esto es, la fecha y la hora en las que tuvieron lugar cada uno de los hitos en el proceso de información previa y formalización de la operación crediticia.
- Que la contratación se efectúe a través de los denominados «prescriptores», establecimientos comerciales donde el prestatario adquiere los artículos

69 A este respecto, procede traer a colación la sentencia del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, en la que se dictaminaba que la cláusula estandarizada que suele encontrarse incluida en los contratos de crédito para consumo por la cual el prestatario reconoce haber recibido la ficha de INE no puede invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. En opinión del Tribunal, corresponde al prestamista aportar la prueba del pleno cumplimiento de las obligaciones precontractuales prescritas en el artículo 5 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, ya que, de lo contrario, podría vulnerarse el principio de efectividad, razón por la que una cláusula como la indicada no debe permitir que el prestamista eluda sus obligaciones, constituyendo únicamente un indicio que este, en todo caso, tiene que confirmar con los medios de prueba pertinentes.

de consumo que se dispone a financiar mediante los correspondientes créditos. Como no podría ser de otro modo, aun cuando sea este tercero el que recabe del comprador y prestatario la documentación precisa para el análisis de riesgos, esto no exime a la entidad de asegurarse de que su cliente conoce las condiciones de financiación con carácter previo a la firma de la operación. Así, el expediente R-201814774 tenía por objeto un crédito para consumo celebrado fuera de establecimiento, vinculado a una compraventa de la que el cliente desistió por teléfono, sin que el vendedor aceptase el desistimiento. Del análisis de la documentación, se concluyó que la reclamada podría haber incurrido en un quebrantamiento normativo, al no haber acreditado haber incluido en la información precontractual (INE) todas las menciones necesarias; en concreto, el derecho a desistir de la financiación.

Por último, debe destacarse que la ley también regula la información precontractual en casos específicos, como, por ejemplo, los créditos en forma de descubiertos, en los que se exime del cumplimiento de los requisitos de información precontractual a los intermediarios de crédito a título subsidiario.

3.1.2 Contratación

Los contratos de crédito para consumo, que deberán estar debidamente firmados, cumplirán, necesariamente, con los requisitos previstos en el artículo 16 («Forma y contenido de los contratos») de la LCCC. Además, las entidades deberán conservar convenientemente el contrato de préstamo, conforme a la normativa mercantil vigente.

La LCCC regula así la forma de los contratos, disponiendo que se harán constar —por escrito, en papel⁷⁰ o en otro soporte duradero y de manera exhaustiva, clara y precisa— las menciones preceptivas que deben contener: entre otros, el tipo de crédito; los contratantes; la duración del contrato; el importe total del crédito y las condiciones de disposición; el tipo deudor y sus condiciones de aplicación; la TAE, y el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá realizar el consumidor. Además, deberá contener, cuando proceda, los gastos de mantenimiento

70 El TJUE, el 9 de noviembre de 2016, resolviendo la cuestión prejudicial C 42/15, en la que se señaló que, aun cuando la normativa comunitaria no exige la firma de los contratos de crédito establecidos en papel, no se opone a una regulación nacional que supedite la validez de tales contratos al cumplimiento de ese requisito, estimando, por lo tanto, que los Estados miembros podrán sancionar con la privación del derecho a los intereses y gastos la omisión por parte del prestamista de mencionar en el contrato de crédito todos los datos que deban incluirse obligatoriamente en él, siempre y cuando el hecho de no especificar esos datos pueda menoscabar la posibilidad de que el consumidor valore el alcance de su compromiso, haciéndose expresa mención de algunos, como la tasa anual equivalente, el número y la periodicidad de los pagos que debe efectuar el consumidor, los gastos de notaría y las garantías y los seguros exigidos por el prestamista.

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; la información sobre los derechos derivados de los contratos de crédito vinculados; el reembolso anticipado, etc.

Especial interés presentan, a nuestro juicio, determinados derechos que la LCCC concede a los consumidores y a los que el documento contractual habrá de hacer expresa referencia, como sucede con:

- El derecho de desistimiento, regulado en su artículo 28, como la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándoselo así a la otra parte contratante en un plazo de 14 días naturales desde la fecha de suscripción del contrato de crédito, o bien, si fuera posterior, desde la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales, sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna —salvo el pago de los intereses devengados hasta el reembolso del préstamo y la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública—.
- El derecho de reembolso anticipado, que el artículo 30 de la ley concede al consumidor para su ejercicio de forma total o parcial y en cualquier momento, sin justificación, dando lugar a una reducción del coste total del crédito (no solo por intereses), si bien el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que este se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo y con un límite máximo.

Además, este DCMR ha venido entendiendo que, sin perjuicio del imperativo legal de hacer constar en el contrato sus elementos esenciales y condiciones financieras en los términos exigidos por los preceptos de aplicación, las exigencias de claridad en la redacción se extienden a la totalidad de su contenido, máxime en aquellos aspectos que pudieran afectar a la inteligibilidad por parte del cliente de las obligaciones asumidas por su parte. A título de ejemplo, en el expediente R-201814202 la parte reclamante denunció que la entidad había procedido al cobro de varias cantidades derivadas de «servicios accesorios», sin que estos fueran especificados en el contrato y cuya contratación le fue impuesta por la entidad. A la vista de la documentación aportada al expediente, este DCMR concluyó que, no haciendo referencia en el contrato de la necesidad de contratar esos «servicios accesorios», ni de su coste, la entidad podría haber quebrantado la normativa de transparencia; en concreto, el artículo 16 de la LCCC, debido a la falta de claridad del contrato.

Por otro lado, al igual que sucedía con la información precontractual, la LCCC contempla un régimen de información específico para determinados contratos —en particular, para los contratos de crédito en forma de posibilidad de descuberto y los excedidos y descubiertos tácitos (artículos 17 a 20)—. También se regulan el derecho a poner fin a contratos indefinidos (artículo 27) y la cesión de los derechos del prestamista a un tercero (artículo 31).

Conviene insistir en que las obligaciones relativas a la forma y al contenido de estos contratos resultan de obligado cumplimiento, obviamente, con independencia de que su formalización se efectúe directamente con la entidad de crédito, haciendo uso de su red de oficinas o de los medios telemáticos dispuestos para su clientela a tal fin, o, de forma indirecta, a través de los ya mencionados «prescriptores» —los establecimientos comerciales que venden al futuro prestatario los bienes objeto de financiación—.

Por último, este DCMR también ha tenido la oportunidad de analizar las formas de contratación electrónica con el concurso de una «tercera parte confiable» o «tercero de confianza», el cual se ocupa de poner a disposición del cliente las condiciones contractuales, a la luz de la propia LCCC y de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, tomándose asimismo en consideración el contenido de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

Al amparo de la citada normativa, este DCMR ha declarado que no existe impedimento alguno a la contratación de un préstamo o crédito para consumo a través de una técnica de contratación a distancia, incluidos los medios telemáticos y electrónicos, siempre y cuando se dé pleno cumplimiento a las exigencias de las normas de transparencia informativa con las adaptaciones que procedan en atención al medio empleado para la formalización de la operación, normas de entre las que destacarían la necesidad de que el contrato conste en un soporte duradero (artículos 7 y 16.1 de la LCCC) y de que contenga las condiciones financieras de la operación y otros elementos esenciales tasados (artículo 16.2).

3.1.3 Penalización por falta de forma y omisión de cláusulas obligatorias

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

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

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

3 En el supuesto de que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h)⁷¹ 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.»

Ahora bien, en este punto debemos incidir en que la declaración de ineeficacia, total o parcial, inexistencia o nulidad de un contrato de financiación, ya sea derivada de la ineeficacia del contrato de consumo del que traiga su causa, ya tenga otro fundamento, excede ampliamente el ámbito de competencia de este DCMR, debiendo obtenerla el interesado, si lo estima oportuno, de quienes únicamente y exclusivamente tienen competencias para ello, esto es, de los tribunales de justicia.

3.1.4 Liquidación e información al prestatario durante la vida de la operación

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 del 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 anexo 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

71 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.»

amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos previstos en el anexo, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

Lo expuesto es predecible de cualesquiera liquidaciones de la operación de financiación, se encuentre esta en situación regular o irregular —impago—. Así, 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 permitirles que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario constituiría un impedimento a la transparencia informativa que quebrantaría las buenas prácticas y usos financieros.

Resulta particularmente problemática la satisfacción del derecho de los clientes cuando sus posiciones deudoras con la entidad con la que en su día contrataron han sido cedidas a un tercero, en especial cuando, como suele suceder, este último no ostenta la condición de entidad de crédito supervisada por esta institución. El criterio que ha venido siendo difundido a este respecto por el DCMR es el de que, cuando el titular de una deuda solicite aclaración sobre los conceptos e importes en los que aquella se concreta, su entidad debe aportarle un detalle lo más completo posible del saldo exigible, de modo que pueda verificar la procedencia del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses y comisiones, tratándose de una obligación que no se extingue por el mero hecho de que el crédito en cuestión haya sido cedido a un tercero, pues, aunque sea a este a quien deba dirigirse el deudor para obtener información sobre los movimientos que puedan afectar al saldo deudor a partir del momento de la cesión, es a la cedente a la que seguirá correspondiendo facilitarle la que precise para determinar cómo se procedió a la liquidación de dicho saldo hasta su cesión.

Intereses ordinarios

Respecto a los intereses ordinarios que se han de aplicar en los créditos para consumo, debemos comenzar diciendo que en el artículo 32 de la LCCC se define de forma clara el coste total del crédito para el consumidor, con objeto de garantizar la comparabilidad de la información relativa a las TAE en toda la Unión Europea. Se establecen, así, parámetros armonizados para el cálculo de la TAE, que incluyen todos los gastos (entre ellos, las primas de seguro, si la obtención del crédito está condicionada a su contratación, y los costes de mantenimiento de la cuenta, salvo en caso de que la apertura sea opcional).

Otro punto destacable en relación con el cálculo de intereses que ya venimos aclarando en las memorias de años anteriores —y que hemos explicado al abordar esta materia en relación con los préstamos hipotecarios— es que, aunque tradicionalmente se había venido aceptando en la fórmula de cálculo de intereses la

utilización de una base de cálculo distinta en el numerador (el año natural de 365 días o de 366 si el año es bisiesto) y en el denominador (el año comercial de 360 días) como un «uso bancario» establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras, en la actualidad, este DCMR reputa contraria a una buena praxis financiera la utilización de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de intereses.

A modo de ejemplo de la problemática que puede presentar el empleo de días comerciales o naturales como base de cálculo, podemos citar la R- 201809543, en la que la parte reclamante solicitaba, entre otras cosas, aclaración sobre el cálculo de los intereses mensuales devengados por el uso de su tarjeta *revolving*. En este caso, tras la realización de los pertinentes cálculos por parte de este DCMR, se comprobó que la entidad operaba como si la TAE correspondiera al año comercial —360 días— y no al año natural. De esta forma, tanto la TAE como el tipo de interés nominal (TIN) aplicados realmente eran superiores a lo acordado por las partes, por lo que se declaró la conducta de la entidad contraria a las buenas prácticas y usos financieros.

Intereses de demora

En relación con los intereses de demora aplicables en las operaciones de financiación del consumo, es preciso mencionar que, en virtud de la sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril, confirmada por las sentencias 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, el Tribunal Supremo fijó como doctrina jurisprudencial la declaración del carácter abusivo de aquel interés de demora que suponga un incremento de más de 2 puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en préstamos sin garantía real concertados con consumidores, al considerar que dicho incremento de 2 puntos, previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal, es el criterio legal más idóneo para indemnizar de un modo proporcionado los daños que sufre el acreedor por el retraso del deudor en el cumplimiento de su obligación de pago.

Consecuentemente, el Tribunal Supremo estima que dicha cláusula, por abusiva, debe tenerse por no puesta, sin que quepa moderarla, de forma tal, que la deuda continuará devengando intereses ordinarios según el tipo de interés remuneratorio fijado en la póliza de préstamo.

Al amparo de la doctrina jurisprudencial citada, este DCMR entiende que, aunque la competencia para declarar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales reside en los órganos jurisdiccionales, no constituye una buena práctica bancaria el mantener, con posterioridad al 22 de abril de 2015, la aplicación de una cláusula sobre intereses de demora que no tenga en cuenta la citada doctrina jurisprudencial.

Comisiones y gastos

Como es sabido, junto con los intereses asociados a la financiación bancaria, también las comisiones constituyen una contraprestación que reciben las entidades de crédito a cambio de los servicios prestados a sus clientes. Las más usuales de estas comisiones resultan comunes a la financiación hipotecaria, por lo que, en aras de la brevedad, nos remitimos a lo expuesto al respecto en apartados anteriores de esta Memoria.

Sí cabe significar, con respecto a los contratos regidos por la LCCC, que, en caso de reembolso anticipado, su artículo 30.2 dispone que el prestamista tendrá derecho a una compensación justa y justificada objetivamente por los costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro del período en el cual el tipo deudor sea fijo. Dicha compensación no podrá ser superior al 1 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente si el período restante entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito es superior a un año. Si el período no supera un año, la compensación no podrá ser superior al 0,5 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente. Este DCMR tiene declarado que, por lo demás, dentro de estos límites, la comisión por cancelación parcial o total anticipada aplicable será la que se haya pactado en el contrato correspondiente, lo que no supone sino una nueva manifestación del principio de autonomía de la voluntad que rige, en general, en la contratación bancaria.

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

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

Ahora bien, procede insistir en que no es ante el DCMR, sino ante los tribunales de justicia, ante los que la parte prestataria debe hacer valer su derecho de desistimiento con respecto al contrato de suministro subyacente, y así lo hemos venido declarando en numerosos expedientes.

En este sentido, cabe hacer especial mención a las numerosas reclamaciones que este DCMR ha recibido durante el ejercicio 2018 solicitando la cancelación de contratos de crédito vinculados a la prestación de servicios dentales debido al cierre de sus clínicas. En dichas reclamaciones, este DCMR concluye que tales peticiones de cancelación del contrato financiero corresponde realizarlas, tras analizar lo sucedido con el contrato principal de prestación de tratamientos dentales, en sede judicial. A título de ejemplo, podemos citar los expedientes R-201817092, R-201815714 y R-201815768, entre otros.

3.2 Préstamos a pymes

Otra de las modalidades de financiación con garantía personal objeto de reclamación ante este departamento son las concedidas a pymes. Hay que tener en cuenta que las entidades bancarias constituyen una de las principales fuentes de financiación para pymes. Productos como préstamos, cuentas de crédito, descuento comercial, etc., forman parte del funcionamiento operativo de este tipo de empresas.

En este orden de cosas, procede hacer mención a las mejoras en la financiación bancaria destinada a las personas físicas que ejercen actividades económicas (art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo), microempresas y pymes introducidas por la Ley 5/2015⁷², de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que persigue el objetivo que le da título a través de dos vías complementarias, como son el hacer más flexible y accesible la financiación bancaria y el desarrollar medios alternativos de financiación.

Resulta, asimismo, de aplicación a estos préstamos la Circular del Banco de España 6/2016, de 30 de junio, a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento «Información financiera-Pyme» y se especifica la metodología de calificación del riesgo prevista en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

El texto íntegro de esta última norma puede consultarse en: http://app.bde.es/clf_www/leyes.jsp?id=155613&tipoEnt=0.

⁷² La mayor parte de los preceptos de esta norma se encuentran vigentes desde el 29 de abril de 2015. Sin embargo, su título primero, concerniente a la financiación propiamente bancaria, entró en vigor el 11 de octubre de 2016.

Así, conscientes de que una información deficiente, insuficiente o poco fiable de los demandantes de financiación puede traducirse en una restricción o encarecimiento de aquella, se establecen distintas obligaciones a cargo de los finanziadores, tendentes a facilitar la búsqueda de otras fuentes de financiación por parte de sus clientes, obligaciones cuyo incumplimiento podrá tener la consideración de infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Estas obligaciones, que se han de incluir en todo caso dentro de la información contractual, consistirían en:

- el preaviso con una antelación mínima de tres meses de la intención de no prorrogar el flujo de financiación que vengan concediendo a una pyme o de disminuirlo en una cuantía igual o superior al 35 %, y
- la entrega a dicha pyme de un documento denominado «Información financiera-Pyme», basado en toda la información que hubiere recabado de ella en relación con su flujo de financiación, obligación que deberá cumplir dentro de los 10 hábiles a contar desde el siguiente al preaviso de cese o reducción del indicado flujo, o bien en los 15 días hábiles siguientes a su petición por el deudor o acreditado si no se diera esa circunstancia —en este segundo caso, la entidad podrá cobrar un precio por el servicio—.

En el expediente R-201802711, la empresa reclamante era titular en la entidad de dos contratos de descuento, un contrato de gestión de cobro y uno de anticipo de facturas. Exponía en su reclamación que la entidad le había interrumpido unilateralmente y sin comunicación previa el flujo de financiación. Añadía que tampoco se le había proporcionado el documento «Información financiera-Pyme» en el que constase su situación financiera y la valoración del riesgo crediticio. La entidad, por su parte, si bien reconocía la ausencia de notificación previa, amparaba su actuación en la excepción contenida en el artículo 1. 4.^ºf) de la Ley 5/2015, que alude, en resumen, a que la entidad está exenta de realizar el preaviso cuando justifique de forma objetiva que las condiciones financieras de la pyme han empeorado de manera sobrevenida y significativa durante los tres meses posteriores a la fecha en la que se debería haber realizado la notificación. No obstante, este DCMR consideró que, según los términos de la Ley 5/2015, el empeoramiento que hay que justificar debía haberse producido precisamente en los tres meses posteriores a la fecha en la que se debería haber realizado la notificación, esto es, con tres meses de antelación a la interrupción del flujo de financiación. Sin embargo, los datos comunicados por la entidad, o bien carecían de contraste temporal, o bien estaban referidos a la comparativa de la situación de la pyme entre 2016 y 2017 —resultando que el flujo de financiación se interrumpió en noviembre de 2017—, por lo que este DCMR declaró que la entidad podría haber

quebrantado la normativa de transparencia; concretamente, el artículo 1 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, por falta de notificación previa de la decisión de suspensión del flujo de financiación a la pyme, y el artículo 2 de la misma ley, por falta de entrega del documento denominado «Información financiera-Pyme».

Otra fuente de financiación a la que pueden acudir las empresas son los préstamos subvencionados. Respecto de ellos, es criterio de este DCMR que 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 facilitar la distribución y la puesta en marcha de las normas de financiación promulgadas, el ICO y el resto de las Administraciones Públicas precisan de las entidades bancarias, quienes actúan como mediadoras de los productos financieros subvencionados. Para ello, las entidades, de forma voluntaria, han tenido que solicitar al ICO su adhesión a las distintas líneas, firmando los correspondientes convenios. Ahora bien, hay que señalar que la firma del convenio por parte de una entidad no obliga a esta a la formalización de la operación de crédito con un cliente, aun cuando la solicitud esté efectuada de forma correcta y se cumplan todas las condiciones exigidas, y ello porque las decisiones que adoptan las entidades de crédito de cara a las condiciones exigibles en las operaciones son cuestiones que se enmarcan dentro de su política comercial y de asunción de riesgos, y su fiscalización excede de las competencias del DCMR, por incardinarse en su esfera discrecional de actuación.

4 Avales y garantías

4.1 Introducción

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con la figura del aval, la garantía, la fianza⁷³ o el afianzamiento⁷⁴, fundamentalmente en dos condiciones:

73 El artículo 1822 del Código Civil define la fianza como aquel negocio jurídico en virtud del cual se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este último.

74 Avales, fianzas y garantías son tres términos que reflejan una misma realidad: el negocio jurídico de garantía. Representando «garantía» la denominación más amplia y genérica, «aval» por antonomasia es la garantía cambiaria, aplicándose también a las garantías plasmadas en pólizas mercantiles, de donde se ha extendido a las garantías emitidas por entidades de crédito, al tiempo que ha servido igualmente para denominar las garantías prestadas a favor de la Administración Pública, o las creadas por leyes especiales. Por su parte, la «fianza» o «afianzamiento» constituye la denominación legal clásica de la garantía en el ordenamiento jurídico privado, civil y mercantil.

- En la de avalistas, en aquellos casos en que emiten esas garantías a favor de sus clientes (avalados). En estos supuestos, dichas garantías cubren el eventual incumplimiento de las condiciones pactadas en un contrato entre partes distintas a la entidad —obligación principal—, siendo una de las partes el obligado principal y la otra parte el beneficiario del aval.
- En la de beneficiarios de tales garantías, situación común en los supuestos de concesión de determinadas operaciones de financiación a sus clientes, a fin de disminuir el riesgo de solvencia asociado a dichas operaciones.

En los casos en los que la entidad actúa como avalista, las reclamaciones presentadas por los obligados principales suelen centrarse en el pago de comisiones por riesgo a las entidades —resulta natural que se acuerde el pago de una serie de comisiones a la entidad por el servicio de garantía prestado—. En particular, en cuanto a en qué momento se produce la cancelación y el cese de efectos del aval —y, en consecuencia, el cese del pago de las comisiones por riesgo—.

En el caso de reclamaciones formuladas por los beneficiarios de la garantía, la controversia, con cierta frecuencia, versa sobre las condiciones que deberán concurrir para que el aval sea ejecutable.

Por lo que respecta a los casos en los que las entidades de crédito actúan como beneficiarias de las garantías, los expedientes tramitados suelen tener origen en la denuncia de los avalistas, al considerar que la información recibida en cuanto a la deuda exigida es insuficiente.

4.2 Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología

Las garantías se asientan en un terreno que no es otro que el de la relación jurídica de base garantizada, siendo así un negocio jurídico superpuesto al negocio jurídico principal subyacente. La concepción causal de nuestro Derecho, que hace de la causa un elemento esencial del contrato, impone la necesaria vinculación entre garantía y obligación garantizada. Esa vinculación puede darse en mayor o en menor grado, pero nunca puede existir una desvinculación absoluta.

Otro elemento fundamental de la arquitectura jurídica de las garantías se encuentra en los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos, por lo que el texto de la garantía resulta esencial para identificar su naturaleza y determinar sus efectos. Así, el régimen jurídico de cada garantía vendrá establecido por su propio contenido y, en último término, por el contenido de la relación jurídica garantizada —en cuanto a su existencia, validez, vigencia, exigibilidad y efectos que conciernan a la esfera de lo garantizado—.

De este modo, el texto de la garantía debe:

- Permitir su calificación jurídica inequívoca, posibilitando, en su caso, la identificación segura del régimen legal aplicable, en particular cuando se trate de garantías sujetas a normas de Derecho especial (como es el caso de las ya citadas garantías de entregas a cuenta del precio de compra de viviendas).
- Determinar y concretar la obligación garantizada.
- Señalar el plazo de duración, vigencia y, eventualmente, exigibilidad de la garantía. A este respecto, en los avales de duración determinada es posible que su plazo de duración se configure como:
 - plazo de garantía, de tal modo que, nacidas las obligaciones garantizadas durante la fecha de vigencia del aval, la reclamación correspondiente a su cumplimiento pueda llevarse a cabo una vez finalizado este, durante el plazo general de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones de carácter personal, o
 - plazo de caducidad, de manera tal que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado quedarían extinguidos los efectos de tal aval⁷⁵.
- Establecer, también eventualmente, determinados requisitos para su exigibilidad, normalmente de acreditación por medios documentales, que debe cumplir el beneficiario al reclamar la ejecución de la garantía.

Entrando ahora en lo que podría establecerse como un criterio clasificatorio que atiende a la mayor o menor extensión de los derechos y facultades del beneficiario, tradicionalmente se viene distinguiendo entre garantías simples, garantías solidarias y garantías independientes o autónomas.

Así, podríamos calificar como garantías «simples» aquellas en las que concurren las características típicas (que no esenciales) del negocio jurídico de fianza y a las que, por lo tanto, es aplicable su régimen jurídico básico.

Propios de este régimen común son los llamados «beneficios del fiador»: el de excusión, el de división y el de orden, a los que puede agregarse, siempre de forma pactada, el de plazo.

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

- El beneficio de excusión supone que el fiador no pueda ser compelido a pagar mientras el obligado principal sea titular de bienes o derechos suficientes para hacer frente a la obligación garantizada (art. 1830 del Código Civil).

Según el artículo 1831 del mismo texto legal, la excusión no tiene lugar:

- 1 Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.
 - 2 Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.
 - 3 En el caso de concurso del deudor.
 - 4 Cuando este no pueda ser demandado judicialmente en España.
- El beneficio de división, por su parte, se aplica cuando hay una pluralidad de fiadores, disponiendo el artículo 1837 del Código Civil lo siguiente: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.»
 - El beneficio de orden implica que el fiador ha de ser reclamado después de haberlo sido el obligado principal.
 - Conforme al beneficio de plazo, que ha de ser expresamente pactado, al fiador no le afectará la pérdida del derecho a beneficiarse de dicho plazo que pueda sufrir el deudor, pérdida que puede deberse, bien a una estipulación contractual (a través de las conocidas como «cláusulas de aceleración», que establecen distintos supuestos de vencimiento anticipado en financiaciones a plazo), bien a cualquiera de las causas que enumera el artículo 1129 del Código Civil, relacionadas todas ellas con el incremento del riesgo de incumplimiento.

Otras características relevantes del régimen básico de las garantías simples son:

- Las normas reguladoras de los efectos de la pluralidad de fiadores, representadas por el ya reproducido artículo 1837 del Código Civil y el artículo 1850 del mismo código, según el cual, «La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado».

- Las causas de extinción de la fianza, que, de acuerdo con los arts. 1847 y 1851 del Código Civil, son:
 - La extinción de la obligación principal garantizada.
 - Las mismas causas generales de extinción de las obligaciones (art. 1156 del Código Civil).
 - La prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador.
- La prueba del incumplimiento del obligado principal, que es el presupuesto base para la reclamación de la garantía, y que corresponde, con arreglo a las reglas generales, al beneficiario a cuyo favor está otorgada aquella y que alega tal incumplimiento.

Continuando con la clasificación de las garantías, podríamos señalar, además de las garantías simples, las garantías solidarias, que surgen cuando, como se deriva lógicamente del concepto de solidaridad, se excluyen los beneficios de exclusión, división y orden del fiador, lo que potencia las acciones del beneficiario contra el garante. Dichos beneficios quedarán excluidos, de hecho, sin necesidad de renuncia expresa en los documentos contractuales por el hecho mismo de constituir la garantía como solidaria.

Por lo que respecta a las garantías conocidas, en terminología impropia, como «autónomas» o «independientes», su nota distintiva consiste en la inversión de la carga de la prueba que llevan aparejada: de corresponderle al beneficiario en las garantías simples y en las solidarias, en las autónomas es el fiador quien ha de probar el cumplimiento del afianzado para oponerse a la ejecución de la fianza, bastándole a dicho beneficiario con declarar o comunicar la existencia de un incumplimiento del garantizado.

Por otra parte, es frecuente, aunque no constituye un elemento esencial de la garantía independiente, que esta se otorgue a primer requerimiento, encontrándose en tal caso ante un contrato atípico en el que el acreedor debe satisfacer la obligación garantizada cuando este simplemente se la reclame.

4.3 Competencia del DCMR

En ocasiones, las entidades avalistas han opuesto excepciones procedimentales a los expedientes instruidos en este DCMR a instancias de los beneficiarios de los avales con base en una supuesta falta de competencia por nuestra parte para conocer de tales reclamaciones, al considerar aquellas que estos beneficiarios no son propiamente «clientes» de las entidades de crédito, ni tampoco «usuarios» de

ningún servicio de los que estas prestan a quienes sí son sus clientes, sino titulares de derechos derivados de garantías prestadas por las entidades a quienes sí ostentan la condición de clientes de ellas.

Sin embargo, este DCMR no comparte ese criterio, considerando que, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, le corresponde conocer de cualesquiera reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios financieros, incluyendo en este concepto a los beneficiarios de avales que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras reclamadas que supongan para quien las formula un perjuicio para sus derechos o intereses legítimos, siempre y cuando, claro está, tal perjuicio derive de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

Por supuesto, lo anterior no es óbice para que la valoración y la interpretación últimas del contenido del aval y de las obligaciones de avalista y avalado pertenezcan al ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el Derecho privado y, consecuentemente, deban ser abordadas por los tribunales de justicia.

Asimismo, en lo concerniente a la competencia de este DCMR para la resolución de reclamaciones relativas a contratos de aval, cabe mencionar el caso particular en el que las Administraciones Públicas instaban, como beneficiarias, la ejecución de los avales concedidos a su favor por distintas entidades de crédito, siendo que, adicionalmente, se habían iniciado actuaciones para su ejecución por el procedimiento específico establecido al efecto por la normativa administrativa de aplicación (el específico de ejecución de garantías regulado en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Con carácter general, en estos supuestos se alcanzó la conclusión de que el DCMR carecía de competencias para emitir un pronunciamiento como el interesado por la Administración reclamante, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.a) de la Orden ECC/2502/2012, que establece que serán causas de inadmisión por falta de competencia por parte de los servicios de reclamaciones o quejas «Cuando se pretenda tramitar como reclamaciones o quejas reguladas en este procedimiento recursos o acciones distintas cuyo conocimiento sea competencia de los órganos administrativos, arbitrales o judiciales, o aquellos se encuentren pendientes de litigio ante estos órganos.»

4.4 Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación

Este DCMR se ha hecho eco en reiteradas ocasiones del acento que pone la vigente normativa de transparencia financiera en la trascendencia de la información previa

a la contratación. La figura jurídica del aval o la fianza no constituyen una excepción a esta exigencia.

Así, por lo que respecta a la información precontractual y a las explicaciones adecuadas que han de hacerse accesibles a quienes avalan a un cliente de la entidad de crédito ante esta última con ocasión de la concesión de una operación de financiación a dicho cliente, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, establece en su norma quinta ciertas obligaciones a cargo de las entidades cuando se dispongan a iniciar una relación contractual con clientes o clientes potenciales personas físicas, que incluyen la de facilitarles tales explicaciones adecuadas (en el sentido contemplado en artículo 9 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se haya establecido legalmente una información precontractual específica, con especial referencia a los supuestos en que se contemple la existencia de avalistas en operaciones de préstamo o de crédito, hipótesis en la que «estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

Por otra parte, en los casos en que las entidades de crédito han actuado como emisoras de avales y garantías, este DCMR ha venido formulándoles la recomendación de que, con anterioridad o al tiempo del otorgamiento de dichos documentos, informen suficientemente a su contraparte negocial —los avalados— de la naturaleza y efectos de la garantía emitida en cada caso, de modo que puedan conocer, con la mayor precisión posible, el alcance de sus derechos y obligaciones en relación con la garantía. Esto conlleva, por supuesto, la exigencia de una redacción clara de las cláusulas que regulen el negocio jurídico.

Con respecto a los avalados, la citada Circular del Banco de España 5/2012⁷⁶ recogió el criterio mantenido por este DCMR, y lo hizo estableciendo lo siguiente sobre la

76 La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en la norma sexta, «Informaciones exigibles», del capítulo III, sobre «Información precontractual», que, con carácter general, señala:

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

En todo caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente y en la normativa reguladora de los servicios de pago, antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y todos los gastos que se le repercutirán [...]»

información precontractual específica que debe ofrecer la entidad con ocasión de la contratación de este tipo de operaciones:

«[...] 2.7 Avales, fianzas y garantías prestados por la entidad. Se indicará, al menos:

- a) La delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar la entidad, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada.
- b) El contenido y extensión de la garantía otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma. En particular, se informará expresamente sobre si se reconocen o no a la entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias. También se informará, en su caso, sobre la exigencia y las formas de acreditar el incumplimiento del afianzado cuando ello constituya un requisito para la ejecución de la garantía.
- c) La duración de la garantía. Cuando se prevea una duración determinada, deberá indicarse expresamente si el plazo de duración se configura como plazo de vigencia de la garantía, de forma que, nacidas las obligaciones garantizadas durante ese plazo, la reclamación correspondiente a su cumplimiento por la entidad garante podría llevarse a cabo una vez finalizado el mismo, durante el plazo general de prescripción que establezca la normativa aplicable, o si se configura como plazo de exigibilidad o caducidad de la garantía, de manera que, automáticamente, al transcurrir el mismo, quedarían extinguídos los efectos de esta.
- d) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la garantía, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otros serán aplicables. En particular, cuando se permita que el cliente pueda cancelar anticipadamente la garantía, se informará, si procede, de los costes que dicha cancelación suponga, sin perjuicio del derecho del cliente a que se le retroceda la parte no devengada de la comisión que, en su caso, se le hubiera cobrado por anticipado.
- e) Las causas de extinción de la garantía. En las garantías de duración indefinida, o de duración determinada pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, la entidad deberá indicar expresamente si, para la cancelación de la garantía y la subsiguiente cesación del devengo de la comisión por riesgo, es requisito obligatorio la devolución del original del documento de garantía.

- f) Los requisitos necesarios para cancelar la garantía en caso de haberse extraviado o destruido el original del documento en que aquella se hubiese constituido.»

Así, no es infrecuente que surjan conflictos en relación con las siguientes circunstancias:

- La oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afecten a su calificación, a la identificación del régimen legal aplicable (en el caso de garantías reguladas por leyes especiales), a la necesaria claridad en cuanto a la concreción de la obligación garantizada, a la duración y/o al plazo de exigibilidad de la garantía y a los requisitos para su ejecución.
- También dentro del terreno de la claridad que les es exigible a las entidades para con sus clientes, ámbito de actuación propio de este DCMR, se han planteado reclamaciones atinentes a la información facilitada a los garantes durante la vida del aval.

A título de ejemplo, podemos citar el expediente R-201817655, en el que la mercantil reclamante, en calidad de fiadora solidaria de un préstamo hipotecario, discrepaba con el cargo en su cuenta del importe pendiente de pago de dicho préstamo. En concreto, manifestaba que la entidad no le había comunicado, de forma previa y con antelación suficiente al cobro, el vencimiento anticipado del préstamo, entendiendo que, como fiador, ostenta el derecho a conocer el estado de la deuda y a hacer frente a ella en un plazo de tiempo prudencial. La entidad, por su parte, amparaba su actuación en el pacto expreso de renuncia a los beneficios de división, excusión y orden. Frente a estos hechos, el DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos bancarios, al no comunicar a la fiadora reclamante con la suficiente antelación que, al producirse el impago de las cuotas del préstamo y haberse declarado el vencimiento anticipado de la operación, procedería al adeudo en su cuenta de la referida cantidad.

- En supuestos en que se han planteado controversias en torno a la liberación por el beneficiario del aval de uno de los cofiadores sin el consentimiento de los demás (siendo que, de conformidad con las normas de Derecho Civil, existiendo varios fiadores solidarios, la liberación de uno de ellos sin el consentimiento de los demás reduciría la responsabilidad de estos en la parte correspondiente al fiador excluido), en tanto en cuanto tal situación supondría que la entidad vería reducida la extensión de su garantía, este DCMR ha manifestado que la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en cuanto afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca en la política comercial y de

asunción de riesgos de las entidades de crédito, por lo que su fiscalización excede el ámbito de nuestras competencias.

- Naturalmente, resulta una importante fuente de conflictos la ejecución de las garantías. A este respecto, cabe señalar que la prueba del incumplimiento del afianzado —a cargo del beneficiario en las garantías simples y solidarias— o la de su cumplimiento —carga del fiador en las obligaciones independientes— es una materia ajena a las atribuciones de este DCMR, debiendo plantearse estas cuestiones ante los tribunales de justicia.

Sin embargo, al margen de otras valoraciones, como quiera que se considera que el texto del aval es determinante para establecer los derechos y obligaciones de avalista y beneficiario, y, por consiguiente, los presupuestos necesarios para la ejecución de la garantía, lo que sí ha dado lugar a pronunciamientos contrarios a las entidades de crédito por considerarlas responsables de una mala práctica financiera ha sido el que hayan exigido para dicha ejecución requisitos no contenidos ni explicitados en los documentos de aval, como, en su caso, la obtención por el beneficiario de la resolución convencional o judicial del contrato principal garantizado, incluso con la exigencia de que, si el afianzado se halla en situación concursal, dicha resolución sea autorizada por los órganos del concurso. En un sentido análogo, se ha calificado como mala praxis el comportamiento de las entidades cuando, requeridas para el pago de las cantidades avaladas, han omitido toda respuesta al beneficiario, mostrando un total desinterés hacia la petición recibida, y ello aun cuando, posteriormente, en el seno de la instrucción de un expediente de reclamación ante este DCMR, hayan podido poner de manifiesto la existencia de motivos susceptibles de llegar a justificar una negativa.

- Igualmente problemáticos resultan los supuestos en los que se pretende la cancelación de una garantía que no ha llegado a ser ejecutada o, con mayor precisión, se solicita que, a resultas de dicha cancelación, la entidad emisora del aval cese en el cargo de comisiones por riesgo.

En definitiva, como lo que fundamenta la percepción de una comisión es que responda a un servicio efectivamente prestado, en el supuesto de que todavía subsista riesgo para la entidad de crédito avalista tras la finalización del plazo del aval —es decir, cuando se configure como plazo de garantía, y no de caducidad—, el cobro por la entidad de crédito avalista de una comisión por riesgo resulta justificable, al menos en tanto no se acredite la inexistencia de tal riesgo, por la devolución del documento original, por la prestación de una garantía equivalente, por renuncia expresa del beneficiario del aval, o acreditando convenientemente a la entidad avalista

la extinción de todas las obligaciones principales garantizadas por el aval o del propio aval, sea cual sea el motivo de esa extinción.

Por lo que respecta a la devolución del original del documento de fianza o aval, viene considerándose exigible cuando se pacta expresamente como requisito para la cancelación de la usual póliza de contragarantía y para el cese de la percepción por la entidad fiadora de la comisión periódica por la prestación de la fianza, lo que resulta una exigencia perfectamente lógica en el caso de avales de duración indefinida o indeterminada, o cuyo plazo de exigibilidad o caducidad no ha vencido, siendo considerada una buena praxis la de las entidades que renuncian a la entrega de dicho original cuando la extinción del riesgo resulta plenamente acreditada por otros medios, como podría ser el caso de la renuncia formal y expresa a la fianza por parte del beneficiario de esta.

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

4.5 Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas

La exigencia de avalar las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas fue específicamente creada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, la cual ha resultado derogada con efectos de 1 de enero de 2016, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras. No obstante, un régimen análogo, contenido en la mencionada Ley de 1968, sigue siendo de aplicación por razón de su incorporación, con ciertas variaciones, a la disposición adicional primera de la vigente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Así, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2015, los promotores y vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas deberán garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas, y, en caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga.

Asimismo, de la regulación contenida en la vigente Ley 20/2015, cabe destacar lo siguiente:

- La obligación de garantizar surge con la obtención de la licencia de edificación.
- Se ha de garantizar la devolución, cuando proceda, de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega del anticipo hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda.
- Si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades, y, si este no procede a su devolución en el plazo de 30 días, se podrá reclamar al avalista la devolución.
- Si la reclamación previa al promotor no es posible, se puede reclamar directamente al avalista.
- Si transcurren dos años desde el incumplimiento del promotor de la obligación garantizada sin que se haya requerido por el adquirente la rescisión del contrato y devolución de las cantidades, se producirá la caducidad del aval.
- No se establece el carácter ejecutivo del aval o el contrato de seguro, que se determinaba anteriormente en el artículo 3 de la Ley 57/1968.
- En cuanto a la cancelación de la garantía, se producirá, además de con la expedición de la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la acreditación de la entrega de la vivienda al adquiriente, cuando, cumplidas esas condiciones, el adquirente rehúse recibir la vivienda.

Se determina además que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto tanto general como autonómica.

Las reclamaciones relacionadas con esta materia que han sido tramitadas por el DCMR durante el ejercicio 2018 se refieren y explican en el apartado 3.6.4.23,

«Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción», del epígrafe 3.6, «Depósitos a la vista».

5 Depósitos bancarios. Introducción y aspectos comunes

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.

5.1 Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación

Las entidades de crédito, al aceptar en sus cuentas el depósito de fondos de sus clientes, han de cumplir, entre otras, una serie de obligaciones derivadas de la normativa de transparencia bancaria y de prevención del blanqueo de capitales.

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, y por lo que ahora nos ocupa, para abrir una cuenta y ser titular de ella, en tanto actos de administración, se necesita tener, además, capacidad de obrar (aptitud que se presupone, salvo en las excepciones a que nos referiremos, a todas las personas mayores de edad).

5.1.1 Cuentas de incapaces

Pueden existir situaciones especiales que determinen que una persona sea declarada incapaz en sentencia judicial —en virtud de las causas establecidas en la Ley— recaída en el correspondiente procedimiento de incapacitación, la cual determinará el nombre de la persona que se designe como tutor o curador, en su caso, y establecerá los límites de ella, según se trate de una incapacitación total o parcial. Por tanto, para la apertura de un depósito y la disposición de este, la entidad tendrá que ajustar su actuación en estos supuestos al contenido de la sentencia de incapacitación.

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 sino por sentencia judicial. Por lo tanto, para la apertura y disposición, 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, si está emancipada).

En ocasiones, los reclamantes denunciaron ante el DCMR que las entidades no habían actuado con diligencia, en la medida en que habían permitido disponer de fondos a personas que, bien por razón de su avanzada edad, o bien por padecer alguna enfermedad, en su opinión no estaban capacitadas para efectuar actos de disposición, y que la entidad debería haber denegado tales operaciones. El DCMR ha venido señalando que, de conformidad con lo establecido en los artículos 199 y siguientes del Código Civil, nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial.

En el expediente R-201809235, la parte reclamante manifestaba, entre otras cosas, que no entendía cómo la entidad había podido permitir que una persona de 84 años abriera una cuenta de su única titularidad. El DCMR indicó que, dado que no había quedado acreditado que existiera declaración judicial de incapacitación, debía presumirse su capacidad de obrar.

5.1.2 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 o progenitores (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 ellas, pudiendo ser realizados dichos actos por ambos progenitores o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que nos encontrremos ante actos relativos a derechos de la personalidad que el menor pueda realizar por sí mismo, aquellos en los que exista conflicto de intereses o los relativos a determinados bienes que quedan excluidos de la administración paterna, de acuerdo con lo establecido en la Ley. Sin embargo, los padres o progenitores pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia judicial; no obstante, en casos de separación o divorcio, puede suceder que los progenitores acuerden en el convenio regulador, o que se decida judicialmente, que la custodia sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, lo que quiere decir que el otro, pese a ostentar la patria potestad, se vea privado de algunos aspectos relativos a su ejercicio. En ocasiones, las reclamaciones planteadas ante el DCMR traen causa de las discrepancias existentes entre los progenitores en relación con las distintas interpretaciones que se efectúan de los términos del convenio regulador. En estos casos, el DCMR ha señalado que corresponde a los jueces y a los tribunales de justicia determinar el alcance de lo acordado.

No obstante, y hasta que dicha controversia fuera resuelta, en su caso, por la autoridad judicial, no resultaría contrario a las buenas prácticas el que las entidades, persistiendo las discrepancias y siéndoles cursadas órdenes contradictorias, procedieran a adoptar alguna medida cautelar; por ejemplo, requerir el consentimiento de ambos progenitores para efectuar operaciones con cargo a la cuenta, consignar los fondos, etc., en espera del correspondiente pronunciamiento judicial que resolviera el conflicto entre los interesados. Véase a estos efectos lo recogido al respecto en los casos de modificación del régimen de disposición.

También 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). En estos casos, el DCMR estimó que las entidades se habían apartado de las buenas prácticas financieras.

En otros casos, el DCMR ha emitido pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades, por cuanto:

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

5.1.3 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, siendo recomendable, por otra parte, que la sociedad, en su propio beneficio, comunique a la entidad, de manera inmediata, cualquier modificación en su representación.

Además, la entidad debe proceder al bastanteo, asimismo, de todos los documentos que presenten. Como ejemplo de un expediente que guarda relación con esta problemática, cabe citar la R-201811967, en la que este DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias porque, habiendo procedido al bastanteo de documentación que permitía comprobar la revocación de los poderes aportados en su momento para abrir la cuenta en

nombre de la persona jurídica titular, había mantenido al reclamante como autorizado en aquella.

5.1.4 Cuentas de comunidades. Caso de las comunidades de propietarios

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

Se han planteado ante este DCMR algunas controversias que venían motivadas por el cambio de las personas que representaban a la comunidad o que estaban autorizadas para la apertura y disposición de las cuentas, existiendo discrepancias en el seno de la comunidad de propietarios sobre la legitimidad de tales personas para ostentar su representación, lo cual impedía que aquella pudiera llevar a cabo su operativa bancaria habitual.

Sobre el particular, el DCMR señaló que las entidades deben valorar los documentos que se le entreguen para acreditar el nombramiento o el cambio de apoderados o autorizados en la cuenta de la comunidad con la máxima diligencia, a la luz de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y, en su caso, de los estatutos de la comunidad de propietarios y que, de persistir las discrepancias entre los comuneros, no podía considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias la adopción de medidas de bloqueo y, en su caso, la consignación del saldo, comunicando a los interesados dichas medidas, y ello ante la situación de conflicto interno de la comunidad, que es ajena a su actividad, y que la entidad debe actuar en defensa de los intereses de su cliente, que es la comunidad de propietarios. Asimismo, indicó que solo el pronunciamiento de los tribunales de justicia podría establecer la validez de los acuerdos de la junta de propietarios y la legitimidad de los cargos directivos de la comunidad, excediendo de la competencia del DCMR la determinación de estas cuestiones.

5.1.5 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 el 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 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 debe ser confirmada 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 departamento 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 justificar 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.

5.1.6 Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

La normativa de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo —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 a la conservación de

documentos. La identificación deberá realizarse mediante documentos fehacientes. A tal efecto, el reglamento⁷⁷ establece 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 adoptarán medidas de seguimiento continuo de 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 que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

En el expediente de reclamación R201730296, un potencial cliente explicaba que había abierto una cuenta y reclamaba porque automáticamente después se la habían cerrado. Este DCMR no apreció vulneración de las buenas prácticas en la conducta de la entidad, ya que consideró justificado el motivo que alegaba la entidad para no mantener la cuenta abierta, en particular que no había podido aplicar las medidas de diligencia previstas en la Ley. Recordábamos a las partes que el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, que introdujo la obligación de ofrecer cuentas de pago básicas, en su artículo 4 permite la denegación del acceso a una cuenta de pago básica en caso de que el potencial cliente no aporte la información que le requiera la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo —si bien advertíamos de que citábamos esta norma a título informativo, porque aún no estaba en vigor en el momento del hecho reclamado—.

No obstante, la competencia del DCMR no alcanza a la valoración sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las entidades en cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Ahora bien, el hecho de que la competencia de este DCMR no alcance, con carácter general, al pronunciamiento sobre la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas en cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales no impide que el DCMR pueda analizar la conducta de la entidad a la luz de las buenas prácticas bancarias y, en su caso, valorar si la gestión de la entidad financiera con su cliente ha sido diligente.

Específicamente, nos referimos a los casos en los que la adopción de la medida de bloqueo de posiciones o cancelación de estas deriva, no ya de un eventual examen especial de la operación o cliente, o de la posible sospecha de una operativa de

⁷⁷ Artículo 6 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

blanqueo de capitales o de financiación de terrorismo, sino de la aplicación por parte del sujeto obligado de las medidas de diligencia debida y de la realización de los controles y procesos rutinarios destinados al conocimiento de nuevos clientes y a la actualización de los antiguos, tanto respecto de su actividad como del origen de sus fondos (lo que se ha venido a llamar *know your customer* —KYC— en el mundo anglosajón).

En estos casos, desde la perspectiva de las buenas prácticas, este DCMR puede analizar:

- si la entidad ha cursado, con antelación razonable, la correspondiente solicitud de información, especificando con claridad su objeto;
- si la entidad ha advertido expresamente a su cliente de la posible adopción de una medida restrictiva de la operativa —como pudiera ser el bloqueo de la cuenta— en caso de que la solicitud sea desatendida, así como los plazos en que podría adoptarse aquella;
- tratándose de cuentas plurales, la entidad debe ser capaz de acreditar que las notificaciones relativas al eventual bloqueo o cancelación de la cuenta en ausencia de atención de la solicitud de información por parte del cliente fueron comunicadas de acuerdo con lo contractualmente establecido y, en cualquier caso, de manera que todos los cotitulares que pudieran resultar afectados por el bloqueo tengan conocimiento de este antes de su efectiva adopción.

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

En relación con las comisiones e intereses, se debe recordar que la vigente normativa de transparencia, al igual que lo hacía la anterior —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—, establece 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 (arts. 3 y 4 de la orden en relación con la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio), 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), y estar a disposición de los clientes en cualquier momento, 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), y gratuitamente (art. 3.2 de la orden). La información que las entidades deben poner a disposición de los clientes, en la forma expuesta y debidamente actualizada trimestralmente, se refiere con carácter general al tipo de interés anual modal (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.

5.3 Tipos de cambio. Información al público

La operativa con divisas está liberalizada en España. Es decir, los tipos de cambio son libres y pueden variar 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.

5.4 Comunicaciones a clientes e información periódica sobre depósitos mantenidos

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

5.4.1 Comunicaciones a clientes. Requisitos

En relación con las comunicaciones con los clientes, la Orden de Transparencia 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— y suficiente, y no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante).

5.4.2 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, comisiones, cualquier otro gasto incluido, impuestos retenidos y cuantos antecedentes sean necesarios para comprender la liquidación y calcular el coste del servicio).

Asimismo, en determinados casos establecidos en la Circular del Banco de España 5/2012, deberá 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 anexo 4, de obligada entrega desde el 1 de julio de 2013.

5.4.3 Modelo de documento-resumen anual de comisiones e intereses

Desde enero de 2014, las entidades de crédito 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 ajustar dicha comunicación al modelo establecido en el anexo 5 de la circular (modelo de documento resumen anual de comisiones e intereses).

En el caso de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares), dicho documento debe comunicarse de forma individualizada a cada uno de ellos, en lo que respecta a las operaciones que les afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación, debiendo indicarse el número total de cotitulares.

A la anterior obligación de información anual se añade la novedad introducida por el artículo 17 de la Ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, que prevé que los proveedores de servicios de pago deben facilitar a su clientes, al menos con periodicidad anual y gratuitamente, un estado de todas las comisiones en que hayan incurrido para los servicios asociados a una cuenta de pago.

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, sobre los requisitos del «Documento Informativo de las Comisiones y del Estado de Comisiones» y los sitios web de comparación de cuentas de pago, la información sobre el Estado de Comisiones deberá ser facilitada a sus clientes por los proveedores de servicios de pago durante el mes de enero de cada año, de forma gratuita, y en ella se incluirán todas las comisiones en que

hayan incurrido durante el año natural anterior por los servicios asociados a una cuenta de pago.

5.5 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».

Ante determinadas reclamaciones en las que la parte reclamante pretende que este DCMR emita un pronunciamiento acerca del alcance de algunas 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 expresarlos 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 a la entidad financiera emisora de la oferta la cesación o rectificación de la publicidad financiera que no se ajuste a la normativa reguladora de los productos y servicios bancarios.
- Por el contrario, de estimarse que las propagandas o comunicaciones promocionales 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.

Por otra parte, la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, afecta, entre otros productos bancarios, a los depósitos a la vista, de ahorro y a plazo. Su pretensión es que los clientes tengan una información estandarizada —que ocupará un lugar destacado en la publicidad y en la entrega de información precontractual— y que dicha información, de forma fácilmente comprensible y visual, se ofrezca en el mismo formato, clasificando los productos con una escala de colores y numérica, que puede ser sustituida por una sola numérica, que indique su posible riesgo y alerte sobre su liquidez y complejidad, y advierta sobre la identidad y cobertura máxima del fondo de garantía de depósitos al que la entidad esté adscrita.

5.6 Embargos de saldos de depósito en las 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 cumplimentar las entidades —en estos casos— las diligencias de embargo ajustándose al procedimiento que establece la propia Ley.

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, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias las entidades deberían comunicar 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 ellos, 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 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 —traba—. Si el saldo fuese inferior a la cantidad fijada, la entidad bancaria debería tratar todo el saldo disponible, sin que se encuentre legitimada para ampliar la retención en el supuesto de que aquél 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. No obstante, 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, a excepción del importe trabado, y efectuar el resto de las operaciones por los procedimientos correspondientes. Efectivamente, la traba 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 cantías 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. En estos casos, podría ser exigible a las entidades que, si sus clientes les señalan la concurrencia de las condiciones necesarias para considerar aplicables estas limitaciones, desarrollasen alguna actuación frente al organismo embargante para advertir de ello, no siendo en ningún caso responsables del resultado de dicha actuación ante el referido organismo.
- 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 apartado 5.6.3, en relación con los embargos judiciales).

- Se hace preciso que las entidades aporten la orden de embargo (si se trata de embargo telemático, al menos impresión del «detalle de las operaciones practicadas» en el que figure el órgano emisor de la orden y la fecha de esta), así como comunicación a su cliente de la retención que de dicha orden se deriva y, en su caso, acreditación de que el efectivo adeudo en cuenta se hizo respetando el plazo que pudiera existir para que el interesado tuviera la posibilidad de 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 del 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).

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

5.6.1 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 el hecho de que es el organismo embargante el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, como se ha indicado con anterioridad, las entidades —desde la óptica de las buenas prácticas bancarias— deberían comunicar a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo

que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución. La Administración debe notificar la diligencia de embargo no solo al obligado tributario, sino también a los terceros cotitulares.

La presentación de la diligencia de embargo en la oficina donde esté abierta la cuenta implicará la retención inmediata del importe embargado, si existe en ese momento saldo suficiente, debiendo ser ingresado en el Tesoro en el plazo de los 20 días naturales desde el día siguiente a la fecha de la traba si la oficina correspondiente no recibe comunicación en contrario del órgano de recaudación. El embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, al resto de los bienes y derechos de los que sea titular el obligado al pago existentes en dicha entidad de crédito, dentro del ámbito estatal, autonómico o local que corresponda a la jurisdicción respectiva de cada Administración Tributaria ordenante del embargo, de acuerdo con la modificación del Reglamento General de Recaudación introducida por el Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2018.

Habrá que estar en cada caso al tipo de deuda con la Administración de la que parta 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.

Una particularidad en cuanto a la aplicación de los criterios relativos a los embargos anteriormente expuestos se presentó en el expediente R-201812151. En efecto, en este expediente, la diligencia de embargo emitida por la Agencia Tributaria debía alcanzar a «...los créditos nacidos y no extinguidos al tiempo de la notificación, así como otros que en el futuro surjan derivados de la relación financiera existente entre el deudor y los distintos emisores de tarjetas legibles por su datáfonos...»

Dadas las especiales circunstancias que concurrían en el expediente, en particular el hecho de que el embargo se dirigía sobre créditos de determinadas operaciones a favor del embargado de ventas realizadas mediante TPV y pendientes de liquidar, el DCMR estimó que en el caso analizado, por razón de justificadas razones operativas alegadas por la entidad, resultaba ajustado al proceder de la entidad la generación de determinados apuntes en descubierto como consecuencia de la ejecución de dicho específico embargo.

5.6.2 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 artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; y, por otra parte, respecto al embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito, lo establecido en el artículo 96 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

5.6.3 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 el depósito embargados.

Una vez que la entidad financiera recibe la orden judicial de embargo emitida por el juez competente, lo primero que debe hacer para cumplir eficazmente dicha orden es la retención e inmediata puesta a disposición del juzgado del saldo de la cuenta cuya titularidad ostenta el deudor y, más concretamente, de las cantidades que sean objeto del embargo⁷⁸. La entidad financiera ha de consignar, pues, sin dilación alguna, la cantidad retenida en la cuenta de depósitos y las 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, como imponen tanto el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 591 de la LEC, sin que pueda calificarse su actuación como contraria a 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 del embargo.

⁷⁸ 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.

6 Depósitos a la vista

6.1 Cuestiones generales

Mediante el contrato de depósito a la vista, se permite al cliente ingresar dinero en una entidad de crédito, y esta queda obligada a su devolución en el momento en que el titular lo solicite, así como a prestar el denominado «servicio de caja», en virtud del cual la entidad se obliga a realizar pagos y cobros a terceros en ejecución de órdenes que recibe del cliente, de forma que se convierte en mandataria singular del cliente y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de este. Por lo general, la entidad suele ofrecer al cliente una remuneración o tipo de interés por el dinero depositado y puede cobrar comisión por las operaciones incluidas en el servicio de caja. Es habitual que el contrato de apertura de cuenta se concierte con duración indefinida y con facultad de las partes de darlo por terminado en cualquier momento (al estar basado, como el de comisión, en la mutua confianza); para su cancelación, deberá seguirse el procedimiento establecido en el propio contrato y/o en la normativa de aplicación.

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (también referida en este documento como LSP), y de idéntica manera el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (también referido como el RDL cuando nos referimos a la novedosa normativa en materia de pagos), definen la cuenta de pago como «una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago». La cuenta de pago es el equivalente al depósito o cuenta a la vista bancaria (bajo la forma tanto de cuenta corriente como de libreta de ahorros), en la que se practican diversos adeudos (ordenante) y abonos (beneficiario). La ley fue desarrollada por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (también denominada en adelante OSP). Ambas normas son aplicables también a no consumidores, salvo que se pacte lo contrario.

6.2 Cuentas de pago básicas

El ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas y comparabilidad de comisiones, se extiende a todos aquellos clientes o potenciales clientes personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, estableciendo el derecho de estos consumidores al acceso a cuentas de pago básicas, que se definen como aquellas cuentas denominadas en euros y abiertas en entidades de crédito, que permiten prestar al menos los servicios de apertura, utilización y cierre de la cuenta, así como el de depósito de fondos, la retirada de dinero en efectivo en euros en las oficinas o cajeros automáticos de la entidad

situados en la Unión Europea y las siguientes operaciones de pago en dicha zona: adeudos domiciliados, pagos mediante tarjeta de débito o prepago y transferencias.

Esta norma establece la obligación, dirigida a todas las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago, de brindar este tipo de cuentas a los potenciales clientes indicados en la norma⁷⁹, sin que pueda supeditarse su acceso a la adquisición de otros servicios y quedando restringida su denegación a tres motivos: que el cliente ya sea titular en España de una cuenta de esta tipología, que la apertura de la cuenta sea contraria a los intereses de la seguridad nacional o de orden público, o que el cliente no aporte la información requerida por la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

En desarrollo del real decreto-ley fue dictada la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación, con entrada en vigor en fecha 25 de marzo de 2019. En este mismo contexto fue publicada la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, sobre los requisitos del Documento Informativo de las Comisiones y del Estado de Comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, vigente desde el 5 de abril de 2019.

La orden determina que la comisión máxima, única y conjunta que la entidad podrá cobrar al cliente titular de una cuenta de pago básica será de 3 euros al mes, cantidad que el Banco de España podrá actualizar cada dos años, de conformidad con los criterios del artículo 9.3 del real decreto-ley. Además, establece que dicho importe de 3 euros mensuales cubrirá un número de 120 operaciones de pago anuales en euros dentro de la UE (adeudos domiciliados y transferencias en oficina y mediante servicios en línea). En el supuesto de que el cliente realizara un mayor número de estas operaciones, la entidad no podrá repercutirle una comisión o gasto superior en cómputo anual a las comisiones o gastos medios que aplique para cada tipo de operación, que son comunicados trimestralmente al Banco de España y que se pueden consultar en el sitio web www.bde.es.

Cabe destacar las condiciones más ventajosas introducidas por el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, de manera que la entidad no podrá exigir comisión alguna en los casos en que todos los titulares y autorizados de una cuenta de esta tipología se encuentren en esa situación. La gratuidad se mantendrá durante

79 En particular, la norma refiere los consumidores: i) que residan legalmente en la Unión Europea, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo; ii) que sean solicitantes de asilo, y iii) que no tengan un permiso de residencia pero su expulsión sea imposible por razones jurídicas o de hecho.

períodos de dos años, salvo que la entidad pueda acreditar que el cliente ha dejado de pertenecer al colectivo de vulnerabilidad. En todo caso, se deberá notificar al usuario la pérdida o la prórroga de tal derecho.

Al respecto de lo anterior, véase el recuadro 2.2, sobre cuentas de pago básicas.

6.3 Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia

Mediante el contrato de depósito a la vista, se permite al cliente ingresar dinero en una entidad de crédito, y esta queda obligada a su devolución en el momento en que el titular lo solicite, así como a prestar el denominado «servicio de caja», en virtud del cual la entidad se obliga a realizar pagos y cobros a terceros en ejecución de órdenes que recibe del cliente, de forma que se convierte en mandataria singular del cliente y administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor de este. Por lo general, la entidad suele ofrecer al cliente una remuneración o tipo de interés por el dinero depositado y puede cobrar comisión por las operaciones incluidas en el servicio de caja. Es habitual que el contrato de apertura de cuenta se concierte con duración indefinida y con facultad de las partes de darlo por terminado en cualquier momento (al estar basado, como el de comisión, en la mutua confianza); para su cancelación, deberá seguirse el procedimiento establecido en el propio contrato y/o en la normativa de aplicación.

En el expediente R-201810900, la entidad en la que el reclamante había abierto una cuenta corriente indicó que no se podía solicitar la cancelación a distancia, sino que debía solicitarla físicamente en la oficina bancaria. El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no acreditar que dicha exigencia estuviera prevista en el correspondiente contrato en el que, además, estaba pactada la operativa en banca a distancia mediante usuario y claves sustitutivos de la firma manuscrita.

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP), define la cuenta de pago como «una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago». La cuenta de pago es el equivalente al depósito o cuenta a la vista bancaria (bajo la forma tanto de cuenta corriente como de libreta de ahorros), en la que se practican diversos adeudos (ordenante) y abonos (beneficiario). La ley fue desarrollada por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (*BOE* del 18). Ambas normas son aplicables también a no consumidores, salvo que se pacte lo contrario.

La apertura de una cuenta requiere el consentimiento expreso y la aceptación de sus condiciones por todas las partes que la formalizan, siempre dentro del principio

CUENTAS DE PAGO BÁSICAS

En aras de garantizar una máxima inclusión financiera y que los consumidores europeos no vean mermadas sus posibilidades de elección de proveedor de cuentas de pago en cualquiera de los países de la Unión, la Directiva 2014/92/UE contempla el derecho de acceso a una cuenta de pago básica y el principio de no discriminación por razones de nacionalidad en la apertura de cuentas de pago.

Así pues, el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, contempla el derecho de los consumidores al acceso a cuentas de pago básicas, definida como aquella cuenta de pago, denominada en euros, abierta en una entidad de crédito, que permite prestar al menos los servicios de apertura, utilización y cierre de la cuenta; depósito de fondos; retirada de dinero en efectivo; y las siguientes operaciones de pago en la UE: adeudos domiciliados, operaciones de pago mediante una tarjeta de débito o de prepago, incluidos los pagos en línea y transferencias, incluidas las órdenes permanentes.

En la opción legislativa nacional, todas las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago estarán obligadas a ofrecer cuentas de pago básicas a aquellos potenciales clientes que: i) residan legalmente en la Unión Europea, aunque no tengan domicilio fijo; ii) sean solicitantes de asilo, y iii) no tengan un permiso de residencia pero su expulsión sea imposible.

Las entidades de crédito podrán denegar el acceso a las cuentas de pago básicas por tres motivos:

- i. si el cliente no aporta la información requerida, en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de dicho cliente;
- ii. su apertura es contraria a los intereses de la seguridad nacional o de orden público, y
- iii. el cliente ya es titular en España de una cuenta.

En cuanto al *régimen de comisiones* previsto para este tipo de cuentas, el legislador ha optado por establecer un sistema estructurado en dos niveles, en función del colectivo al que se aplique: *un primer nivel*, de comisión ordinaria, establecida con carácter general para aquellas personas que cumplan los requisitos previstos para tener derecho de acceso a una cuenta de pago básica, y *un segundo nivel*, de carácter más ventajoso que el anterior, para el colectivo de personas que, además, se encuentren en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera.

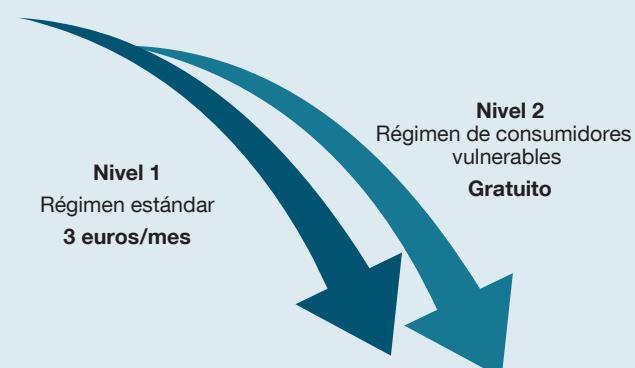
Para las *cuentas de primer nivel*, la Orden ECE/228/2019 establece una comisión máxima mensual de 3 euros, por el uso ilimitado de determinados servicios (apertura, utilización y cierre de la cuenta, depósito de fondos en

efectivo en euros, retiradas de efectivo en euros de cajeros y operaciones de pago mediante tarjeta de débito o prepago) y la realización de hasta 120 operaciones de pago anuales dentro de la Unión Europea (adeudos domiciliados, transferencias y órdenes permanentes). Además, la Orden ECE/228/2019 establece que las entidades podrán repercutir al cliente de este tipo de cuentas las comisiones o gastos que deba satisfacer a otra entidad como consecuencia de lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (comisión por retiradas de efectivo en cajero ajeno).

En relación con las *cuentas de segundo nivel*, el Real Decreto 164/2019 establece los requisitos que el colectivo de población más vulnerable debe cumplir para poder acceder a cuentas de pago básicas de forma gratuita, durante el plazo de dos años.

La opción utilizada a la hora de determinar el colectivo de personas que se benefician de la gratuidad es la de emplear el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM). Un nivel de renta inferior al umbral determinará la gratuidad de la cuenta de pago básica, siempre y cuando no se cuente con inmuebles adicionales a la vivienda habitual, ni titularidad real en sociedades mercantiles. El Real Decreto 164/2019 también configura la forma de acreditar ante las entidades el nivel de renta y de patrimonio, así como la composición de la unidad familiar, y el procedimiento concreto para llevar a cabo la correspondiente solicitud.

Esquema 1
ESQUEMA DE COMISIONES APLICABLES



FUENTE: Banco de España.

fundamental de la libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de dicho principio, la normativa actual establece una serie de requerimientos que las entidades deben observar, en relación tanto con la información y con las explicaciones previas al contrato como con el contenido del contrato. La letra que se ha de utilizar en cualquier documento de información al cliente, en fase tanto precontractual como contractual, debe tener un tamaño apropiado para facilitar su lectura, y, en todo caso, la letra minúscula que se utilice no podrá tener una altura inferior a 1,5 mm.

Por otra parte, la normativa de servicios de pago atribuye la carga de la prueba, del cumplimiento de los requisitos de información en ella establecidos, a las entidades proveedoras de servicios de pago (art. 20 de la LSP).

El 5 de febrero de 2016 entró en vigor la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros (*BOE* del 5 de noviembre), ya citada, conocida como «Orden de los semáforos» u «Orden de los números», por cuanto establece una clasificación de los productos financieros mediante una escala de seis colores y seis números (del 1 al 6), que puede ser sustituida por una escala solo numérica. Por ejemplo, el número 1 sería de aplicación a los depósitos bancarios a la vista o a plazo en euros, mientras que las cuentas denominadas en moneda distinta del euro entrarían en la clase 6. De ella interesa destacar que:

- Obliga a las entidades de crédito comercializadoras de depósitos a incluir, tanto en sus comunicaciones publicitarias como en la información previa que ha de facilitar al cliente según el artículo 6 de la Orden EHA 2899/2011, un indicador del riesgo y, en su caso, unas alertas por liquidez y complejidad.
- Resulta de aplicación a depósitos a la vista, de ahorro y a plazo, si bien se excluyen de su ámbito los depósitos estructurados⁸⁰. En el expediente R-201813020, la reclamación tenía como objeto una imposición a plazo en libras esterlinas. El DCMR, una vez resaltado el hecho de que los depósitos bancarios en moneda distinta del euro están clasificados en la clase 6 o de máximo riesgo de acuerdo con la citada «Orden de los semáforos», estimó que se había producido un quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias, puesto que la entidad no acreditó que hubiese facilitado a su cliente información sobre todas las condiciones del depósito en libras.

80 La exclusión se justifica en la norma porque, a partir del 31 de diciembre de 2016, los depósitos estructurados disponen de regulación específica coordinada a escala europea, tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) n.º 1286/2014, de 26 de noviembre —más conocido por su denominación en inglés, Key Information Documents (KID) for Packaged Retail and Insurance-based Investment Products (PRIIPS)—, que también contempla incluir en la información relativa a las principales características del producto un indicador de riesgo.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de su no aplicabilidad durante 2018, resulta de interés señalar, como cierre de este epígrafe, que, en el trámite de apertura de cuentas de pago, el Real Decreto-ley 19/2017, desarrollado mediante Circular del Banco de España 2/2019, introduce la obligación de entrega de un documento informativo sobre comisiones estandarizado. Sobre el contenido y el formato específicos de este documento, puede consultarse el recuadro 2.2, sobre el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, y su normativa de desarrollo.

6.3.1 Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Ni el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011, ya citada, ni la norma quinta de la también citada Circular del Banco de España 5/2012, que la desarrolla, 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.

Según el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011, las explicaciones deberán incluir, entre otras aclaraciones, las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios puede tener para el cliente. Además, en caso de que la relación contractual vaya a girar sobre operaciones que, como el depósito a la vista, se hallan incluidas en el anexo 1 de la Circular del Banco de España 5/2012, las explicaciones deberán hacer mención de la existencia del anexo 1, de su contenido —«Información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas»— y del lugar en que el cliente puede consultarlos⁸¹.

En el supuesto de que la comercialización de un producto —en este caso, el depósito a la vista— se acompañe de una recomendación personalizada, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva, las entidades deberán extremar la diligencia en las explicaciones que han de facilitar al cliente. A tal fin, recabarán de este la información adecuada sobre sus necesidades y su situación financiera, y ajustarán la información que le suministren a los datos así recabados.

81 La información sobre comisiones y tipos más habituales puede ser consultada en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus sitios web y en el sitio web del Banco de España. Además, esta información deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

En general, este DCMR ha manifestado que es obligación de las entidades, desde el punto de vista de las buenas prácticas, explicar a sus clientes de manera veraz las características de las promociones que ofrecen y la forma de verificar los requisitos para su obtención, de modo que tengan un conocimiento claro y preciso de las prestaciones que pueden recibir, para evitar que alberguen falsas expectativas al respecto. Consideramos que las entidades deben estar en condiciones de acreditar que facilitaron a sus clientes información precontractual y explicaciones adecuadas (personalizadas, para su concreta situación particular), de modo que se justifique que estos, antes de contratar, estuvieron en condiciones de conocer con exactitud las condiciones o los requisitos que debían cumplir para la obtención de determinada promoción, vinculada a la apertura o mantenimiento de una cuenta y/o la domiciliación de ciertos ingresos y pagos.

En la práctica bancaria reciente, numerosas entidades han desarrollado campañas o programas de captación o fidelización de clientes, consistentes en ofrecer a los titulares de cuentas a la vista determinadas ventajas (véanse exención de comisiones, bonificaciones, especial remuneración, etc.), siempre que cumplieran ciertos requisitos (los más frecuentes: domiciliación de nómina, pensión o ingresos recurrentes, domiciliación de recibos, cierto número de pagos con tarjeta, etc.), y, así, durante 2018 se nos han presentado numerosas reclamaciones en las que los clientes, de algún modo, cuestionaban la exactitud o corrección de las explicaciones facilitadas en la oficina bancaria: en unos casos, mostraban su sorpresa porque no se les habían aplicado las ventajas que esperaban obtener, a pesar de que, entendían, habían cumplido los requisitos acordados con los empleados de la entidad; en otros casos, manifestaban expresamente que en la oficina se les habían facilitado información o explicaciones poco claras, o engañosas, sobre los requisitos necesarios para disfrutar de especiales condiciones.

6.3.2 Información precontractual

Tanto la normativa de servicios de pago como la normativa general de transparencia regulan la exigencia de que sea entregada al cliente de forma gratuita la oportuna información precontractual, con carácter previo al momento en que quede vinculado por el contrato u oferta, de manera que pueda comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada sobre cualquier producto bancario. La información precontractual deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañoso; para los depósitos o cuentas a la vista, la obligación de información previa podrá ser cumplida proporcionando al cliente una copia del borrador del contrato.

En la mayoría de los expedientes de reclamación presentados en el ejercicio 2018 en los que, en cierto modo —en alguno de los escritos incorporados al expediente que fueron remitidos a la entidad para que formulase alegaciones—, el reclamante puso de manifiesto la deficiencia en la información o en las explicaciones que la

entidad le facilitó, con anterioridad a la contratación, en relación con las condiciones de la cuenta que se proponía contratar (o sobre los requisitos necesarios para la aplicación de tales condiciones) —bien porque acusó expresamente a la entidad de no informarle correctamente, bien porque puso de manifiesto su interpretación o su conocimiento discrepantes respecto a los de la entidad sobre la aplicación a su cuenta de las condiciones o ventajas, o sobre el cumplimiento de los requisitos—, este DCMR consideró imprescindible que la entidad financiera hubiera aportado al expediente de reclamación una copia de la información precontractual que facilitó al cliente en su día, fechada y con la firma del cliente en señal de su recepción.

6.3.3 Formalización del contrato

La entrega y el contenido mínimo obligatorio de los contratos de depósitos a la vista se recogen en el artículo 12 de la Orden EHA/1608/2010, a la cual nos remitimos, que resulta aplicable cuando el cliente sea un consumidor o cuando, no siéndolo, no se haya pactado otro régimen. Las entidades deberán entregar al cliente un ejemplar del documento contractual con suficiente antelación a la fecha en que quede vinculado por el contrato marco u oferta o, si esto no es posible porque el contrato se haya celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia, inmediatamente después de su celebración. El titular del contrato tendrá derecho a recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales en cualquier momento de la relación contractual.

6.3.4 Cuentas en divisas

Este DCMR estima que, en este tipo de cuentas, las entidades deben velar por que el contenido de los contratos formalizados se adapte a lo establecido en la normativa de servicios de pago en relación con su utilización y, sobre todo, recoja expresamente las condiciones particulares de estas cuentas en cuanto a la forma de disposición de la divisa, su conversión y los costes que ello podría suponer, según la modalidad de reembolso elegida (transferencia, obtención de billetes de esa moneda o conversión a otras divisas). Véase más adelante, a este respecto, la comisión de manipulación.

En el expediente se pudo comprobar que la documentación que recogía las condiciones de un contrato de cuenta en divisas no incluía ninguna previsión con respecto a la forma de disposición de la divisa, su conversión y los costes que ello pudiera suponer, según la modalidad de reembolso elegida (transferencia, obtención de billetes o conversión a otras divisas), por lo que el DCMR concluyó que podría haberse producido un quebrantamiento de la normativa de transparencia.

6.3.5 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 suceder a lo largo de cada relación. De no ser así, las buenas prácticas exigen que, en el momento de constatarse la ausencia de un pacto contractual preciso, las entidades traten de llegar a un acuerdo con sus clientes para que estos presten su consentimiento a alguna de las posibles formas de actuación en esos casos.

6.3.6 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 jueces o tribunales de justicia), el DCMR considera —en línea con lo previsto en el artículo 1288 del Código Civil— que, en caso de cláusulas oscuras susceptibles de diversas interpretaciones, debe considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias la actuación de las entidades consistente en efectuar interpretaciones de los contratos que les resulten más favorables, sin haber tratado de llegar a un acuerdo previo con sus clientes titulares de cuenta sobre el alcance de lo pactado.

6.3.7 Entrega de documento contractual y conservación de documentos

Como hemos dicho, en cualquier momento de la relación contractual el cliente tiene derecho a solicitar y a recibir una copia del documento contractual en el que se formaliza el depósito a la vista, en papel o en soporte duradero. De acuerdo con ello, las entidades están obligadas a conservar copia del contrato firmada por aquel (así como el recibí, que podrá constar en el propio documento), debiendo estar en condiciones de ponerla a disposición del cliente siempre que este lo solicite, bien en papel, bien en soporte duradero si la contratación se efectuó por medios electrónicos. Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido; en estos casos, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo del envío.

Este DCMR entiende, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, que las entidades han de conservar toda aquella documentación relativa al

nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, no solo durante el plazo de seis años, sino al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas⁸². Este criterio ha adquirido rango legal en virtud del Real Decreto-ley 19/2018, en relación con los documentos y registros que permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones de las entidades relativas a la prestación y utilización de servicios de pago.

Cuando los reclamantes denuncian no haber sido informados de las condiciones que se aplican en sus contratos (tipo de interés, comisiones, posibilidad de descubierto...), son las entidades las que deben acreditar que sus clientes las conocían y las aceptaron. En los casos en los que no se ha acreditado adecuadamente ante este DCMR la debida formalización de los contratos, se ha apreciado posible quebrantamiento de la normativa y de las buenas prácticas bancarias, por entender que estos pudieron no haberse formalizado, o pudo existir falta de la debida diligencia en la custodia de los documentos justificativos de las relaciones jurídicas mantenidas con sus clientes, o, en su caso, falta de colaboración con el propio DCMR en la resolución de la reclamación.

Además, entendemos que el contrato y las condiciones deben facilitarse a los clientes tan pronto como lo soliciten, pues no se considera una buena práctica bancaria demorar la respuesta hasta que se plantea reclamación ante este DCMR, ya que en tales casos la actuación de la entidad evidencia un desinterés que contradice los principios de lealtad hacia su cliente, así como de claridad y transparencia, que deben regir las relaciones entre las partes.

Durante 2018, el DCMR ha tramitado expedientes de reclamación cuyo objeto fue que la oficina bancaria no había atendido la solicitud de su cliente de entrega de copia de su contrato de cuenta. En muchos casos, las entidades han alegado la antigüedad de los contratos o su extravío a consecuencia del cierre de sucursales o, en general, como resultado de procesos de fusión de entidades. Este DCMR ha insistido en la importancia de custodiar adecuadamente los documentos que recojan las condiciones contractuales según prevé la normativa de aplicación. Hay que recordar, además, que las entidades deben estar en condiciones de facilitar a sus clientes, en el momento en que lo soliciten, copia de los contratos formalizados, según se prevé en la norma novena de la Circular del Banco de España 5/2012. Por este motivo, el DCMR concluyó apreciando posible quebrantamiento de la normativa cuando la entidad reconocía que no había podido localizar el contrato suscrito con el cliente.

82 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 7 de octubre de 2015, modifica el plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado plazo especial, reduciéndolo de quince a cinco años, y su disposición transitoria se refiere a la prescripción de acciones nacidas antes de su entrada en vigor.

6.4 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 percepción de comisiones, intereses, gastos, etc.

6.4.1 Disposición de fondos. Posibles incidencias

El titular de un depósito de dinero en una entidad de crédito es acreedor de esta en cuanto al saldo resultante, pudiendo disponer de los fondos por los medios expresamente acordados en el contrato, 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, que se encuentran más adelante en el epígrafe 8, «Servicios de pago».

Además, en el caso de la prestación de consentimiento a operaciones de pago por el usuario en el ámbito de la banca electrónica, se ha de acreditar con carácter previo que el cliente tiene firmado, además del específico de la cuenta, un contrato de adhesión a los servicios de banca electrónica (tanto a través de Internet como por teléfono). Lo habitual en estos casos es que el cliente tenga que autenticar la operación mediante la introducción de unas claves facilitadas por la entidad. Por ello, cuando se nos plantean reclamaciones en las que se discute el consentimiento prestado mediante banca electrónica, suele resultar necesario que las entidades aporten al expediente no solo el contrato de banca electrónica suscrito, sino también el documento acreditativo de la entrega de claves al cliente.

En cualquier actuación con trascendencia jurídica tanto para el cliente como para terceros, las entidades deben poder acreditar fehacientemente el consentimiento de sus clientes y los exactos términos de sus instrucciones en los casos en que se planteen discrepancias sobre ellos. Ejemplo de lo anterior es lo analizado en el expediente R-201803100, en el que este DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no haber comunicado a los demás titulares y comuneros la inclusión de un comunero como titular de la cuenta de una comunidad de bienes.

6.4.2 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 personas que, con el consentimiento expreso de los titulares, pueden disponer, con carácter general, del saldo existente en la cuenta, pudiendo a tal fin firmar los cheques, los reintegros y cuantos documentos sean necesarios. Por el contrario, no están facultados para modificar las condiciones del contrato, ni para cancelar la cuenta o pedir su bloqueo, ni para realizar disposiciones contra la cuenta tras el fallecimiento del titular, por extinción del mandato.

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 la extensión de la autorización y los 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 por personas no legitimadas para ello.

Si la cuenta es mancomunada o conjunta, la designación del autorizado podrá ser realizada por cualquiera de los cotitulares, si así se ha previsto en el contrato, lo cual no supondrá ningún perjuicio para el resto, pues sin todos ellos el autorizado no podrá disponer de la cuenta, a no ser que se haya pactado otra cosa entre todos los titulares.

Ahora bien, si la cuenta es solidaria o indistinta, a falta de previsión contractual en contrario, se entiende que la solidaridad activa, que se establece para disponer y parte de una confianza *intuitu personae*, no podría hacerse extensiva a un autorizado nombrado por un solo titular, por lo que se precisaría el consentimiento de todos los titulares. 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 los intereses de ellos, si uno de los cotitulares confiere una autorización sin contar con el resto, la entidad informe de modo fehaciente a los otros cotitulares para que puedan obrar en consecuencia, esto es, prestando su consentimiento —tácito o expreso— al nombramiento o mostrando su disconformidad con este, rompiendo el vínculo contractual que les unía con el otro cotitular.

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

El mandato se extingue por la muerte del poderdante, de tal forma que, ante el fallecimiento de la persona que ha apoderado a otra para llevar a cabo disposiciones en su cuenta, el autorizado ya no podrá seguir realizándolas. No obstante, hay que tener presente que, para valorar y calificar la actuación de la entidad en los casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas por haber sido efectuadas por el autorizado con posterioridad al fallecimiento del poderdante, resulta muy relevante para este DCMR tener certeza del momento en que la entidad tuvo conocimiento de dicho fallecimiento, en la medida en que la actuación que cabe exigirle en orden a la protección de los herederos lo es desde que tiene conocimiento del fallecimiento del titular poderdante, y no antes; ello con independencia de los derechos que, en su caso, asisten a los herederos frente al autorizado, siendo esta una cuestión que se enmarca en las relaciones jurídico-privadas de estos. Además, en caso de cotitularidad, salvo que se pueda acreditar que el autorizado lo era tan solo del titular fallecido, el fallecimiento de uno de los cotitulares en una cuenta indistinta no extingue la autorización si no consta que 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 dependerán del documento de autorización suscrito. Si en este se confiere una autorización general, el autorizado podrá disponer de la cuenta de la misma forma que el titular.

Entendemos que, salvo pacto en contrario o negativa justificada, el autorizado tendría la facultad de informarse sobre el saldo de la cuenta, es decir, las entidades deberían atender las peticiones de información del autorizado sin necesidad de exigir que fueran refrendadas en cada caso por el titular de la cuenta, salvo en aquellos casos en que se demostrara documentalmente que el titular manifestó de forma expresa (en el momento de otorgarse la autorización o bien con posterioridad) su voluntad de restringir las facultades del autorizado a la mera disposición de fondos, o bien en otros casos en que se dieran circunstancias excepcionales, como pudiera ser el conocimiento por la entidad de la existencia de conflictos o desavenencias sobrevenidos.

- Revocación de la autorización: en cualquier momento, el titular de la cuenta puede anular la autorización dada, con el único requisito de comunicarlo a la entidad, debiendo quedar constancia escrita de dicha orden de

revocación, de forma que exista certeza del momento en que el autorizado deja de poder disponer legítimamente de la cuenta.

En otros casos, la controversia planteada ante el DCMR trae causa del poder conferido a una persona por el titular (o titulares) de la cuenta para la realización de diversos actos de administración, con carácter muy general. En estos supuestos, este DCMR ha considerado que la exhibición de ese poder general no es suficiente para que la entidad permita disponer de los fondos de una determinada cuenta corriente, pues para ello sería preciso que se dé también una específica autorización para disponer de la cuenta (en la forma habitual que se emplea para los autorizados en cuenta), o bien que el poder general identifique de forma específica la cuenta concreta sobre la que se pueden llevar a cabo los actos de disposición. No obstante, de darse este último supuesto, el DCMR no consideraría que concurre una mala práctica bancaria si la entidad negara la disposición pretendida, invocando razones de seguridad, así como la necesidad de verificar la vigencia de ese poder o de adoptar cualesquiera otras cautelas que estimara convenientes en orden a asegurar que entrega los fondos a una persona con poder para disponer de ellos. De lo contrario, las entidades no sabrían con seguridad si el poder exhibido se mantiene aún vigente o, por el contrario, ha sido revocado, extremo que en muchas ocasiones no puede ser verificado en el mismo momento de su exhibición.

6.4.3 Disposiciones en efectivo

Reintegros en oficina diferente a la de apertura de la cuenta

Sobre el efectivo como medio de disposición del saldo de la cuenta, en general, nos remitimos a lo que expondremos más adelante dentro del apartado «Servicios de pago», en el epígrafe 8.5, «Ingresos, retiradas en efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja».

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.

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

anterior, el DCMR ha señalado que no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias el que las entidades se opongan a los reintegros solicitados alegando limitaciones recogidas en sus normas internas y establecidas únicamente para el supuesto de que se ordene el reintegro en una oficina distinta a la de origen de la cuenta, sin invocar y acreditar que existían dudas razonables acerca de la veracidad de la identificación de sus clientes.

Por otra parte, ante el DCMR se han planteado casos motivados por la negativa de alguna entidad a permitir el reintegro de 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 podía disponer de dinero en metálico por no tener chequera, tarjeta o libreta. En tales supuestos, es esencial que las entidades acrediten lo pactado en el contrato en relación con la forma de disposición de la cuenta, pues, si bien se pueden establecer contractualmente limitaciones de ese tipo, para que puedan ser apreciadas deben ser en todo caso acreditadas. En los casos planteados no se justificaron dichas limitaciones, lo que dio lugar a pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades.

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. Las entidades deben, por tanto, atender, mediante cualquiera de los medios previstos en el contrato, las órdenes de pago que cursen sus clientes con cargo a los fondos que tengan disponibles, sea cual sea el importe de aquellas, no existiendo, por otra parte, normativa alguna que establezca la obligación por parte de los clientes de comunicar con una determinada antelación a las entidades de crédito las disposiciones con cargo a las cuentas que excedan de una determinada cuantía.

Ahora bien, resulta obvio que, en determinados supuestos, puede darse la circunstancia de que la entidad no disponga de efectivo suficiente en caja para cumplir con ciertas órdenes de disposición de efectivo, sobre todo si son de cuantía importante. En estos casos, en opinión del 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 a 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.

El criterio expuesto en el párrafo anterior es aplicable a las cuentas a la vista en las que se acuerde la posibilidad de disposición del saldo mediante disposiciones de dinero en efectivo, esto es, mediante billetes y monedas, puesto que nada impide a las entidades de depósito acordar libremente con sus clientes la forma en que se pueda disponer de los saldos depositados en las cuentas.

No obstante, en caso de que se trate de cuentas a la vista, no se podrían establecer limitaciones a las disposiciones del saldo de la cuenta: por ejemplo, preavisos obligatorios para disposiciones de un determinado importe.

Es decir, aunque resulta posible, y además constituye una práctica frecuente entre las entidades, establecer un plazo de preaviso para disponer del saldo de la cuenta en efectivo (esto es, en billetes y monedas) por encima de un determinado importe, aquellas deben facilitar siempre a sus clientes, como ya se ha indicado más arriba, un medio alternativo y sin coste por el que los clientes puedan disponer de la totalidad del saldo de sus cuentas en el momento en que así lo soliciten. Esta obligación del depositario deriva de la propia naturaleza jurídica de la cuenta a la vista.

6.4.4 Posibles incidencias en los apuntes en cuenta

Con carácter general, en todos los servicios bancarios, y con independencia de aplicar puntualmente las normas sobre disponibilidad de fondos y sobre valoración correspondientes, las entidades pondrán los medios necesarios para ejecutar correctamente las órdenes de sus clientes, sin demoras ni retrasos innecesarios, empleando para ello la máxima diligencia. Igual diligencia les será exigible en la corrección de los errores detectados.

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

El DCMR ha venido señalando que la actividad bancaria, al igual que el resto de las actividades humanas, no está exenta de verse afectada por errores de diversa naturaleza, por lo que, en estos casos, cabe exigir a las entidades que, una vez tengan conocimiento de un error, lleven a cabo su corrección —si ello es posible— sin tardanza injustificada y, en su caso, traten de llegar a un acuerdo con su cliente, si bien su corrección no puede dar lugar a un enriquecimiento injusto; por ello, no resultaría proporcionado calificar un error, sin más, como constitutivo de una mala práctica bancaria, siempre y cuando las entidades reconozcan el error, muestren una voluntad cierta de subsanarlo sin demora y este no sea reiterado, ya que lo contrario supondría una falta de diligencia en el proceder de la entidad que sí merecería un pronunciamiento contrario. A lo anterior habría que añadir que las

entidades han de salvaguardar los derechos y deberes de información de las partes afectadas por la comisión del error.

Del mismo modo, y con respecto a la corrección de errores, el DCMR ha señalado que el cliente debería ser el primer interesado en llevar a cabo un control periódico de sus posiciones en la entidad, de forma tal que, frente a los apuntes practicados en cuentas corrientes bancarias que sean debidamente comunicados a su titular, este debería mostrar su disconformidad dentro de un plazo razonable, de forma que no queden sometidos indefinidamente a una situación de pendencia que colisiona con las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica. En última instancia, correspondería a los tribunales de justicia la apreciación de la existencia de una posible aceptación tácita de los apuntes anotados en cuenta una vez transcurrido un período de tiempo dilatado.

6.4.6 Deber de diligencia en el traslado de cuentas

Tratándose de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente, habrá de estarse a lo establecido al efecto en la normativa de servicios de pago, y más concretamente en el artículo 29 de la LSP, en virtud del cual el usuario del servicio de pago deberá comunicar a la entidad la operación de pago ejecutada incorrectamente sin tardanza injustificada, y siempre en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo o abono, pudiendo pactar las partes un plazo inferior en caso de que el usuario no sea un consumidor. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 8, «Servicios de pago».

6.4.7 Adeudos/abonos sin orden firmada del cliente

Los contratos de depósitos a la vista se caracterizan principalmente por ser contratos de gestión, por lo que las entidades deben limitarse a cumplimentar las órdenes que los titulares de los depósitos puedan darles en cuanto a la realización de cobros y pagos.

En tal sentido, el DCMR ha venido entendiendo que, para efectuar legítimamente adeudos en una cuenta, las entidades han de contar con el consentimiento expreso de su titular, salvo que dicho consentimiento se vea suplido por un mandato legal o judicial que las habilite para ello. La LSP, en relación con la autorización de las operaciones de pago, regula en su artículo 25 el consentimiento y su retirada, señalando que se considerará autorizada la operación de pago cuando el ordenante haya dado el consentimiento a su ejecución, al tiempo que indica que, a falta de tal consentimiento, la operación se considerará no autorizada. Véase a este respecto lo señalado en el epígrafe 8, «Servicios de pago».

Finalmente, cabe indicar que en aquellos casos en los que el cliente niega haber realizado una operación sobre una cuenta, pese a que la entidad aporta la orden (del tipo que sea) en apariencia firmada por él, el DCMR no puede emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, al no resultar competente para valorar si se ha producido un ilícito penal —suplantación de identidad y falsificación de firma—, siendo esta una cuestión que, de estimarlo oportuno los interesados, debe ser sometida a conocimiento y a resolución de los tribunales de justicia.

6.4.8 Adeudos para corregir abonos indebidos

Cargos por retribuciones en especie (regalos promocionales, 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 campaña de que se trate y que el reclamante no cumplía, que justifiquen debidamente la previsión contractual sobre la forma de proceder en tales supuestos de incumplimiento y, finalmente, que acrediten documentalmente las razones que existan para cargar en la cuenta de su cliente la penalización prevista en el contrato. Véase más adelante el apartado 6.4.14 de este epígrafe, relativo a «Liquidación de la cuenta».

Retrocesión de pensiones de la Seguridad Social y fecha de abono

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 de las demás prestaciones periódicas que vengan satisfaciendo mediante abonos en cuenta. Dicha obligación se hace importante para las entidades, en la medida en que estas devienen responsables de la devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) de las mensualidades que pudieran abonarse correspondientes al mes o meses siguientes al de la fecha de extinción, por fallecimiento, del derecho a la prestación de que se trate, sin perjuicio del derecho

de las entidades a repetir el importe de las prestaciones devueltas a la TGSS de quienes las hubieran percibido indebidamente.

Por tanto, en estos casos, las entidades deben establecer procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la vivencia del pensionista.

6.4.9 Bloqueo de la cuenta

En lo que a bloqueo de cuentas se refiere, este DCMR entiende que las medidas que impliquen restricciones de 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 pervivencia) deben no solo estar debidamente justificadas, sino también ser notificadas a los clientes antes de su adopción, al objeto de que no les produzcan perjuicios innecesarios.

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

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 y de acuerdo con el principio de libertad de contratación que rige en nuestro Derecho, puede aceptar establecer relaciones comerciales con quienes se interesan por ello, en función de la documentación y de la información que sobre aquellos recabe a partir de las exigencias establecidas por el marco normativo y de sus normas de funcionamiento interno, y también puede decidir continuar o no la relación previamente establecida. Lo que no resulta admisible en una buena práctica financiera es que, una vez establecida la relación comercial, ante la falta de entrega de la documentación pertinente, la entidad proceda a efectuar el bloqueo de las cuentas, con los consiguientes perjuicios para sus clientes, sin mediar la debida comunicación sobre la circunstancia del bloqueo, reputándose la actuación de la entidad reclamada en estos casos como contraria a las buenas prácticas.
- Bloqueo motivado por exigencias derivadas del cumplimiento de la normativa de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, establece en su artículo 5 que los sujetos

obligados deben obtener información sobre el propósito y la índole prevista de la relación de negocios, así como recabar de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y de adoptar medidas que permitan comprobar razonablemente la veracidad de la información. Y el artículo 6 impone a las entidades la aplicación de medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación. Por otra parte, el artículo 7.3 señala que los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida que prevé la ley, poniendo fin a la relación de negocio cuando no puedan aplicar dichas medidas, al tiempo que señala que la negativa de las entidades a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación por no poder aplicar las medidas de diligencia debida no conllevarán, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para la entidad.

Estas obligaciones fueron desarrolladas por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, cuyo artículo 11 exige a las entidades, a su vez, que apliquen medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de la relación, a fin de garantizar que coinciden con la actividad profesional o empresarial del cliente y con sus antecedentes operativos, así como que se aseguren de que los documentos, datos e informaciones obtenidos como consecuencia de la aplicación de las medidas de debida diligencia se mantengan actualizados y se encuentren vigentes.

Procede igualmente mencionar que el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, anteriormente mencionado, permite, en su artículo 4, la denegación del acceso a una cuenta de pago básica en caso de que el potencial cliente no aporte la información que requiera la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de su potencial cliente. Del mismo modo, el artículo 6 de la norma permite resolver unilateralmente el contrato marco cuando el cliente no haya aportado la documentación o información requerida en el curso de la relación de negocios, determinando la imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida u otras obligaciones previstas en la Ley 10/2010, de 28 de abril.

Teniendo en cuenta lo anterior, el DCMR considera que la actuación consistente en el bloqueo unilateral de la cuenta (dando aviso al cliente y justificando su proceder) —esto es, la observancia de la normativa y de las obligaciones legales que le afectan, y en concreto la diligencia exigida respecto al cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de

capitales y de la financiación del terrorismo— no puede ser considerada apartada de las buenas prácticas financieras.

Sin perjuicio de ello, el DCMR ha observado que, en algunos casos, las entidades no están en condiciones de acreditar que las cuentas de sus clientes han sido bloqueadas respetando los criterios de diligencia anteriormente citados. Así, en el expediente R-201812579, habiendo expuesto que, con carácter general, la competencia del DCMR no alcanza a valorar la adecuación o proporcionalidad de las medidas adoptadas por las entidades en cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales, no se pudo sino observar que, según la documentación que obraba en el expediente, la entidad había bloqueado la cuenta de la parte reclamante sin que constase que hubiera efectuado ningún requerimiento o aviso previo. El DCMR estimó, por lo tanto, que la conducta de la entidad se había apartado de las buenas prácticas y usos financieros. Esto se ha desarrollado de manera más detallada en el epígrafe 5.1, «Identificación y tipología de los potenciales titulares. Requisitos de capacidad y particularidades en su identificación».

- Bloqueo de la cuenta por existir discrepancias entre los cotitulares, que hacían inviable la continuidad de su operativa.

Se trata de supuestos en los que los cotitulares cursan instrucciones a las entidades contradictorias e incompatibles entre sí, debiendo abstenerse estas de tomar partido por uno u otro cotitular o cotitulares, lo que da lugar a la adopción de medidas de bloqueo por parte de las entidades y, en su caso, a que se lleve a cabo la consignación del saldo, de persistir las discrepancias entre los titulares y en tanto estas no se resuelvan, debiendo las entidades comunicar a los interesados la adopción de dicha medida con carácter previo a practicar el bloqueo. De no llevarse a cabo dicha comunicación, el proceder de la entidad se estimaría contrario a las buenas prácticas financieras.

6.4.10 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, en consonancia con lo que estableció la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, ha señalado en las reclamaciones que se han planteado por este motivo que uno de los principios que, desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, debe regular la relación de las entidades con sus clientes es el de transparencia y claridad informativa, de modo que en todo momento estos conozcan no solo la situación de

sus posiciones, sino también las facultades que sobre ellas tiene la entidad, de lo que se deriva la necesidad de que los contratos bancarios deban incorporar una cláusula que informe a los clientes, desde un primer momento, de la posibilidad de que sea aplicada a sus cuentas la compensación, sin que sea preciso —más allá de una redacción transparente, clara, concreta y sencilla de las cláusulas en que se plasme este acuerdo— que esta información deba constar en un apartado distinto del que recoge las condiciones generales del contrato.

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

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

6.4.11 Cuentas con varios titulares o cuentas plurales

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

6.4.12 Régimen de disposición

Esta titularidad plural puede pactarse con diferentes regímenes de disposición, por lo que la entidad debe velar por que, en el momento de la contratación, se plasmen adecuadamente las instrucciones de los clientes al respecto, dada la trascendencia que va a tener en el posterior desarrollo de la relación contractual que se establece. En caso de no acordarse previsión contractual alguna sobre el particular, debería entenderse que el régimen de disposición es mancomunado o conjunto, por aplicación de las normas civiles que establece el artículo 1137 del Código Civil para las obligaciones plurales.

Cuentas conjuntas (o mancomunadas)

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, régimen que, como hemos indicado, es el aplicable por defecto, en caso de que el contrato de una cuenta conjunta no indique nada sobre el régimen de disposición.

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 actuar con diligencia para que no se lleven a cabo disposiciones de fondos sin que conste el consentimiento expreso de los titulares pactados en el contrato.

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) basadas en la confianza. 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.

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 su modificación por algún motivo.

No hay duda de que, si la cuenta es mancomunada, para su transformación en indistinta constituye requisito necesario el consentimiento expreso de todos los titulares. Pero la controversia puede plantearse para el supuesto de transformación de la cuenta solidaria en mancomunada, pudiendo darse el caso de que uno de los titulares de una cuenta abierta de forma indistinta solicite el bloqueo de la cuenta, 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, divorcios...)— que se traduzcan en instrucciones contradictorias, las entidades deberían adoptar una postura neutral, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

En resumen, y siempre salvo previsión contractual en contrario, debe entenderse que una actuación conforme a las buenas prácticas bancarias exige que la entidad de crédito, desde que recibe la comunicación de uno de los titulares de la cuenta (comunicación que deberá ser convenientemente acreditada) 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; esta cuestión no resulta pacífica, en la medida en que no ha tenido un tratamiento uniforme por parte de la doctrina o 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 ha resuelto este DCMR 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 eran prestatarios 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 ha sido considerado por este DCMR, en esos supuestos, alejado de las buenas prácticas bancarias.

6.4.13 Modificaciones contractuales

Formalidades y plazos

La normativa de servicios de pago regula de forma precisa, en sede legal y reglamentaria, la forma y plazo en que las modificaciones contractuales efectuadas a instancia de una de las partes (en este caso, la entidad de crédito) deben ser comunicadas a la otra parte (el cliente), dotando así al proceso de determinadas garantías que refuerzan su transparencia.

Así, en una cuenta corriente a la vista, conforme al artículo 22.1 de la LSP, se distinguen dos tipos de modificaciones:

- las que se podrán aplicar de forma inmediata, debiendo, en cualquier caso, informar sobre ellas en la primera comunicación que se dirija al cliente: son todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente, y
- las restantes modificaciones contractuales, que deberán seguir el procedimiento establecido en la normativa o, si consta, en el contrato, procedimiento que, por imperativo legal, incluirá una comunicación individualizada y previa al cliente, en papel u otro soporte duradero, con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

En ocasiones, cuando las entidades dirigen una comunicación al cliente proponiendo una modificación en el contrato de cuenta corriente, le advierten de que considerarán aceptada la modificación en caso de que él no hubiera notificado a la entidad su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta para su entrada en vigor. Esta aceptación tácita por el cliente de la modificación del contrato marco solo será admisible, según la normativa de servicios de pago, si: i) así se ha convenido en el contrato de cuenta, siendo esta una de las menciones obligatorias del contrato, y ii) se concede al cliente, para el caso de que no acepte la modificación, el derecho de rescindir el contrato de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para tal modificación.

Este DCMR ha venido sosteniendo que las entidades financieras pueden modificar las condiciones de los contratos de duración indefinida siempre que cumplan con

los requisitos de notificación previa establecidos en los propios contratos y en la normativa aplicable.

No obstante lo anterior, en los contratos de duración definida o en aquellos que se encuentren vinculados, puede no ser suficiente que las entidades cumplan con las previsiones normativas anteriormente mencionadas. Así, en el expediente R-201816060 se estimó que la entidad contra la que se reclamaba se había apartado de las buenas prácticas bancarias al modificar unilateralmente las condiciones pactadas en un contrato de cuenta que aparecía vinculado a una de préstamo hipotecario. En efecto, si bien la entidad realizó tales modificaciones cumpliendo formalmente con los requisitos establecidos en la normativa de servicios de pago, el contrato al que se refería tal modificación aparecía, como se ha indicado, vinculado a un contrato de préstamo hipotecario, entendiendo el DCMR que debían considerarse pactadas de manera inmodificable sus condiciones hasta el vencimiento final de aquel préstamo.

En los casos en los que, al margen de lo establecido en el contrato, y dentro de su libre política comercial, la entidad ha decidido no cargar o retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, este 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 una comunicación previa e individualizada a los clientes afectados en la que se expliquen convenientemente las nuevas condiciones aplicables y, muy particularmente, el cese de la gratuidad que, hasta entonces, venían disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir el contrato de cuenta corriente suscrito con la entidad.

Modificaciones 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 de 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 ha considerado contrario a las buenas prácticas y usos financieros el proceder de las entidades en los casos en que no han atendido la

solicitud de baja cursada por sus clientes sin mediar una causa justificada y motivada, siendo que, como se ha indicado, tan solo han de efectuar la oportuna comunicación a los cotitulares de la cuenta, sin que resulte necesario que estos presten su consentimiento a esa baja, solicitada por otro cotitular.

Sin embargo, puede ocurrir que la entidad, para negarse a la baja del cotitular, invoque razones 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 estudiar las circunstancias invocadas para poder valorar si la negativa resulta contraria a las buenas prácticas.

6.4.14 Liquidación de la cuenta

Cobro de comisiones. Casuística

Una de las cuestiones que se ponen de manifiesto con mayor frecuencia en las discrepancias de los clientes con el proceder de las entidades en relación con los depósitos a la vista se refiere a la percepción de comisiones, bien por conceptos que los clientes no comprenden, bien por conceptos no incluidos en los contratos, o bien por importes distintos a los allí recogidos. Este DCMR, partiendo del principio de libertad que rige el establecimiento de comisiones bancarias, que consagra el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha examinado en cada expediente de reclamación si la comisión cuya aplicación en la cuenta discute el reclamante en cada caso respondió a un servicio efectivamente prestado y solicitado o aceptado, y si el titular de la cuenta tuvo ocasión de conocer su cuantía y concepto con anterioridad a su cobro —por figurar la comisión en el contrato inicial firmado por las partes o en posterior comunicación de modificación contractual efectuada según el procedimiento legalmente previsto—.

Comisión de mantenimiento

La comisión de mantenimiento de cuenta remunera el servicio prestado e incluye una serie de operaciones que podemos calificar como «servicio de caja básico» y que, en la mayor parte de las entidades, incluye los ingresos y los reintegros en efectivo o las 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, como la custodia del dinero, el mantenimiento de los registros necesarios para el funcionamiento del depósito o el derecho a ordenar cargos y abonos en cuenta. En los casos en 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 (por ejemplo, si una comisión se carga semestralmente, la fecha de la comisión de mantenimiento de referencia, a efectos del cómputo de los dos meses de antelación que establece el artículo 22.1 de la LSP 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 los casos en que los titulares de cuentas renuncian a mantener estas, cancelándolas, entendemos que las entidades deberán restituir —de haberse cobrado por anticipado— la parte proporcional de la comisión adeudada correspondiente al tiempo en que no se hubiera usado la cuenta.

Respecto al cobro de comisiones de mantenimiento en el caso de cuentas inactivas, véase lo establecido en el apartado «Cuentas inactivas», en el epígrafe 6.4.18 de esta Memoria.

Comisión de administración

La comisión de administración está generalmente vinculada al funcionamiento de la cuenta, es decir, al uso que se haga de ella. Se establece como el pago de una cantidad fija por cada apunte que se realice durante el período de liquidación. No es extraño que en algunos casos las entidades excluyan de su aplicación un número determinado de apuntes (por ejemplo, los diez primeros) y/o un tipo (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 de abono adicionales a los cubiertos por la comisión de mantenimiento, tales como adeudos e ingresos por conceptos diferentes (por ejemplo, los adeudos de recibos o los apuntes de transferencias ordenadas o recibidas).

En los casos en que los reclamantes han planteado desconocer la existencia, el funcionamiento o el importe de esta comisión, el DCMR ha analizado la redacción contractual, a fin de verificar si la redacción dada por la entidad presentaba ambigüedades susceptibles de afectar a su comprensibilidad por parte del cliente en relación con la existencia de una comisión de mantenimiento de la cuenta y otra comisión de administración por los apuntes correspondientes a otros servicios financieros proporcionados por la misma entidad (ya sean de pago u otros). En la mayoría de los casos no se ha podido identificar que dicha redacción afectase de manera significativa a la posible comprensión de la existencia de dos comisiones diferentes por cada uno de los conceptos.

Sin perjuicio de lo anterior, en algunos casos, y analizando la transparencia que debe presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, el DCMR ha recordado que las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos requerimientos informativos distintos, si bien se complementan mutuamente.

Así, se ha indicado que ni la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, ni la Circular del Banco de España 5/2012 exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas ni 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, resultando de gran utilidad para que el contratante, puesto habitualmente ante un documento extenso y prolífico, tenga una mayor facilidad para alcanzar un conocimiento real de las implicaciones que dicho documento tiene en su caso particular.

Comisiones de mantenimiento y administración en cuentas vinculadas

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

En este sentido, en las operaciones de depósito, de préstamo o de crédito anteriores a la entrada en vigor de la normativa general de transparencia y de crédito para consumo actualmente vigente, las entidades deben conformar su actuación al referido criterio, según el cual no es posible el cobro de comisiones en las cuentas instrumentales de 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 para 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 para 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 según prevé el artículo 21.1 de la LSP, salvaguarda que, 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, este DCMR, de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros, viene extendiendo 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 (29 de abril de 2012) —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 utilicen 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 corresponde al mantenimiento de dicha cuenta; iii) que tanto la contratación como su coste se recojan expresamente en el contrato, y iv) que dicho coste no pueda ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del préstamo, crédito o depósito.

Si no se contemplaran todas y cada una de las referidas exigencias, el cobro de comisiones en cuentas vinculadas cuyo mantenimiento sea obligatorio y que no tengan otros usos se consideraría apartado 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 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 una sucursal distinta.

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

Comisión por emisión de cheque bancario

En algunos expedientes se ha planteado la discrepancia con el cobro de una comisión por la emisión de un cheque bancario. La emisión de un cheque bancario consiste en la compra por un cliente, con cargo a sus propios fondos, de un cheque en el que la entidad consta como libradora y librada. Son cheques aceptados en el tráfico como documentos de pago muy seguros, por ser el obligado en la promesa de pago contenida en el documento una entidad de crédito. Este DCMR ha venido considerando que la emisión de un cheque bancario es un servicio que, como tal, puede ser retribuido a través de una comisión siempre y cuando se informe sobre esta con carácter previo. Esto venía a ocurrir en el expediente R-201814339, en el que la entidad aportó documentación que reflejaba el consentimiento de la parte reclamante al cobro de la comisión, aunque esta negaba que la firma manuscrita recogida en ese documento informativo fuera auténtica. El DCMR tuvo que abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la cuestión, al no poder determinar, por razones competenciales, una posible falsificación de firma.

Gestión de efectos

En algunos casos se ha suscitado la duda acerca de si la entidad de depósito obra adecuadamente al hacer recaer sobre su cliente el coste del timbre de los pagarés ingresados para su abono en cuenta. Esta es la problemática planteada en expedientes en los que el reclamante no consideraba que resultaba ajustado a la normativa el cobro de timbres por el ingreso de pagarés «no a la orden».

En estos casos, el DCMR, una vez hecha la advertencia de que en el fondo de la reclamación subyace una cuestión tributaria y, por lo tanto, no bancaria, recuerda que el artículo 76 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, establece que no están sujetos al impuesto los pagarés cambiarios expedidos con la cláusula «no a la orden».

Comisión por ingresos en efectivo liquidada al titular del depósito a la vista

Por definición, la recepción, por parte de las entidades, de ingresos en efectivo para abono en una cuenta abierta en aquellas constituye una prestación del servicio de

caja, inherente al contrato de cuenta, que se encuentra remunerada a través de la comisión de mantenimiento que, con la periodicidad y cuantía pactadas, se adeuda a su titular. Como consecuencia de lo anterior, este servicio, con carácter general, no puede ser retribuido de forma independiente.

No obstante, partiendo del principio de libertad que rige el establecimiento de comisiones bancarias —consagrado en el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011—, nada impide que una entidad acuerde con su cliente el pago de una comisión por recibir ingresos en efectivo, siempre y cuando esta encuentre su fundamento en la prestación de un servicio que, de conformidad con las prácticas y usos bancarios, exceda de lo ordinario.

Si bien la casuística a este respecto resulta variada, los supuestos que se han planteado ante este DCMR obedecen, normalmente, a la atención especial que, en relación con los servicios de caja, es requerida por el titular de la cuenta como consecuencia de la actividad que desarrolla o de la finalidad con la que abrió aquella, y que se traduce en el empleo, por parte de la entidad, de recursos técnicos, materiales o humanos en un volumen superior al habitual.

En estos casos, siempre y cuando el servicio así lo justifique y siempre que, por otra parte, se verifiquen los requisitos que, para el cobro de comisiones, deben reunirse con carácter general —y que ya han sido expuestos—, no resultaría contrario a las buenas prácticas y usos financieros el adeudo de estas comisiones al titular de la cuenta.

Finalmente, debe aclararse que una problemática distinta es la derivada del cobro de comisiones, por las entidades en las que está abierta la cuenta, a los ordenantes de ingresos en efectivo en cuentas que no son propias sino de titularidad de terceros, cuestión que trataremos más adelante, en el epígrafe 8, correspondiente a servicios de pago.

Comisión de manipulación (cuenta en divisas)

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

A este respecto, se ha de indicar que la entidad de crédito, al recibir (entregar) los billetes de (a) su cliente, tiene que transformar los billetes (las divisas) en divisas (billetes), enviándolos (trayéndolos) a (de) otra entidad de crédito del país de origen. Al realizar estas operaciones, la entidad incurre en unos gastos de los que se resarce, bien a través del cobro de una comisión de ingreso o de reintegro, bien transformando el valor de la divisa en cuestión a euros, para luego con esos euros comprar los billetes de que se trate.

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

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

Comisión de reclamación de posiciones deudoras

La aplicación de esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las gestiones necesarias para la recuperación de los impagados, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Ahora bien, el DCMR considera que para poder efectuar adeudos por este concepto, además de estar la comisión debidamente recogida en el contrato, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias deben cumplirse una serie de requisitos:

- En primer lugar, debe quedar claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio del DCMR, no queda justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones.
- 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 si quiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones. No obstante, se considera que la aplicación de la comisión es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad a consecuencia, en su caso, de intervención de terceros (por ejemplo, notaría) en las gestiones de reclamación (siempre que tal circunstancia esté contractualmente contemplada y acreditada).
- En tercer lugar, dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

- Por último, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica financiera (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.

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.

Ha de tenerse en cuenta que, en la normativa de servicios de pago (art. 19 de la LSP), se prohíbe cobrar por el suministro de la información obligatoria que exige dicha normativa, y solo se permite que las partes puedan acordar el cobro de gastos por la comunicación de información adicional a la obligatoria o más frecuente que esta, o por la transmisión de información por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago; en cualquier caso, se exige que los gastos cobrados al cliente sean adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor.

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

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

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

Intereses. Valoración

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

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

La cuestión relativa a los tipos de interés de los descubiertos, que es objeto frecuente de reclamaciones, se aborda en el apartado dedicado a estos (véase el apartado 6.4.15, «Descubierto en cuenta. Ley de Contratos de Crédito al Consumo»).

En este tipo de cuentas, las entidades ofertan por formalizarlas —o por vincular a aquellas una serie de operaciones— unos determinados regalos promocionales (nos referimos, por ejemplo, a televisores, teléfonos móviles, tabletas, videoconsolas, vajillas...).

Retribución en especie

El DCMR no resulta competente para entrar a valorar las decisiones que adoptan las entidades en los programas o campañas de fidelización de los clientes por la utilización o mantenimiento de los productos contratados en determinadas condiciones, por incluirse dicha cuestión en su política comercial y de asunción de riesgos.

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

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

- Diseñan una campaña publicitaria en la que se prevé un determinado obsequio promocional, sin que se acredite que se hubiera proporcionado al cliente información relevante al efecto en los correspondientes contratos o por otra vía de cara al cumplimiento de los requisitos que se establecen.
- No acreditan haber informado desde el principio a aquellos clientes de que ya no podían beneficiarse de la promoción, por lo que estos 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.

- Modifican las comisiones durante el período de permanencia que, a cambio de la entrega del regalo, acordaron las partes que mantendrían la cuenta o las domiciliaciones.

Por último, cabe indicar que, en la información precontractual que han de facilitar las entidades en el caso de depósitos a la vista y de ahorro, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, contempla la relativa a la consideración de los referidos regalos promocionales como retribución en especie, señalando que se identificará con claridad el bien en que consiste la retribución ofrecida y se indicará el valor monetario atribuido al bien, así como cualquier importe que haya de abonar el cliente, haciendo constar, en todo caso, que la retribución en especie está sujeta a tributación.

6.4.15 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 para consumo, en aquellos casos en que un servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esta naturaleza (art. 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, textos a los que nos remitimos en aras de la brevedad.

Además del contenido de la LCCC, se incluyen previsiones para los descubiertos tácitos en cuenta en el artículo 4.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y en el punto 1.1.3 del anexo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, según los cuales:

- Las entidades que permitan descubiertos tácitos en cuentas de depósito deberán publicar las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos, que tendrán el carácter de máximo porque serán de

obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. Se harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos en cuenta a la vista con consumidores (a los que se refiere el art. 20 de la LCCC).

- Las entidades deberán facilitar a los clientes, en cada liquidación de intereses o de comisiones por el servicio de descubierto tácito, un documento de liquidación con todos los datos necesarios para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y pueda calcular el coste del servicio; en particular, deberá contener todos los datos enumerados en el punto 1.1.3 del anexo 4 de la circular, para el caso de descubiertos tácitos.

6.4.16 Liquidación de descubierto. Intereses y comisión por descubierto. Límite y criterio de buenas prácticas respecto del período de liquidación

Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, está en su legítimo derecho de exigir el pago de los intereses y de las comisiones estipulados en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la Ley.

Así, la LCCC establece en su artículo 20.4⁸³ que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos —tácitos— en cuenta corriente a la vista de consumidores un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, el DCMR ha observado, en el ejercicio 2018 analizado, que algunas entidades realizan liquidaciones de descubierto por períodos de 6 meses, como, por ejemplo, en el expediente R-201805001, donde al cliente, por un descubierto de un solo día de 2.133,94 euros, se le habían cobrado 78,80 euros.

Por razón de la práctica observada en casos como el anterior, este DCMR ha dispuesto, como nuevo criterio, que practicar la liquidación de un descubierto tomando como base un lapso temporal muy dilatado no sería conforme con las buenas prácticas bancarias, pues la retribución en forma de comisión de descubierto a la que debe hacer frente el cliente se ve incrementada considerablemente cuanto mayor es el período objeto de liquidación, hecho que resulta evidente en alguno de los casos analizados, en los que el descubierto en cuenta había permanecido escasos días.

83 Artículo que debe interpretarse en relación con el artículo 32 de la misma ley, que regula el cálculo de la TAE.

En este sentido, como criterio de buena práctica bancaria, el DCMR entiende que el período de liquidación no debería extenderse más allá de los tres meses, teniendo como fundamento para ello lo establecido en el apartado II del anexo I de la LCCC, que dispone, entre otras cosas, que «Si la duración de la posibilidad de descubierto no se conoce, la tasa anual equivalente se calculará basándose en el supuesto de que la duración del crédito es de tres meses.»

6.4.17 Comisión de descubierto

Por lo que se refiere a la comisión por descubierto en cuenta, y partiendo, como se ha indicado, de que el descubierto en cuenta corriente supone una facilidad crediticia concedida por las entidades y que, salvo pacto expreso en contrario, son estas y no los clientes las que deciden si admiten o no cargos en descubierto, hay que señalar que, como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el período de liquidación. Dicha comisión, que es incompatible con cualquier comisión de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente, no es aplicable en los descubiertos por valoración, ni más de una vez, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período de liquidación.

En cualquier caso, será preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, ha de tenerse en consideración que la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada en la cuenta corriente, mediante la entrega del correspondiente documento de liquidación de la cuenta, con la periodicidad pactada.

A la vista de las reclamaciones planteadas ante este DCMR, conviene aclarar que la comisión por descubierto es distinta de la comisión por reclamación de posiciones deudoras (a la que nos hemos referido en el apartado «Liquidación de la cuenta. Comisión de reclamación de posiciones deudoras»), retribuyendo cada una de ellas servicios distintos. Efectivamente, mientras que la comisión de reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente.

La comisión por la apertura de descubierto debe ser tenida en cuenta en el cómputo del límite máximo establecido en la LCCC para el descubierto tácito en cuenta a la vista de consumidores, al que se ha hecho referencia anteriormente (art. 20.4 de la LCCC). El contrato que regula el funcionamiento de la cuenta y las obligaciones de cada 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.

6.4.18 Obligaciones de información a los clientes

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 Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (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 existencia de un contrato marco, en este caso un contrato de depósito a la vista.

Información sobre operaciones asentadas en la cuenta. Acreditación de operaciones

La OSP obliga a las entidades a facilitar al titular de la cuenta de pago, ya intervenga como ordenante o como beneficiario, después de la ejecución de cada operación, sin demoras injustificadas, en papel o en 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 EHA/2899/2011 (OTP, art. 15.1, párrafo segundo) y en la norma undécima, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/2012.

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

Información periódica

Extractos

El DCMR, haciendo suya la línea jurisprudencial marcada en diferentes sentencias, ha venido considerando que en el uso bancario tiene gran relevancia la remisión de extractos, por cuanto en ellos se solicita la conformidad del cliente con la información remitida, y —una vez transcurrido determinado plazo— su abstención o silencio podrían ser considerados como expresión tácita de consentimiento en aras de la buena fe, como han hecho en algunas ocasiones nuestros tribunales de justicia.

Si bien es cierto que el sistema ideal de remisión de extractos y demás información pasaría por el correo certificado, u otro sistema que permitiera dejar constancia fehaciente de su recepción, el alto coste evidente que ello generaría, frente a los beneficios que se derivarían de dicha actuación, hace que este 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.

Conforme a lo establecido en el artículo 15.1 (párrafo primero) de la OTP, en relación con los depósitos a la vista, y en 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 OSP, 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 memorias precedentes de este DCMR sobre la cuestión.

Comunicación anual de comisiones, gastos devengados e intereses (aplicable a partir del 1 de enero de 2014)

El artículo 8.4 de la Orden EHA/2899/2011 dispone que las entidades han de remitir anualmente a sus clientes, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recojan las comisiones y los gastos devengados y los tipos de interés aplicados a cada servicio prestado al cliente el año anterior.

A este respecto, el DCMR entiende que dicho precepto 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.

Cuentas inactivas

Los titulares de las cuentas deben ser los primeros interesados en llevar un correcto control de sus posiciones y de sus productos bancarios, de tal manera que, si lo que

desean cancelar su cuenta, esa es la actuación que deben llevar a cabo, no siendo suficiente a estos efectos la retirada total del saldo, pues en tales casos la cuenta seguiría habilitada para soportar movimientos. La entidad, en los supuestos en que la cuenta no está cancelada, puede legítimamente, pese a no registrar movimiento alguno, percibir comisiones de mantenimiento, dentro de los límites del contenido del contrato formalizado. Transcurrido un tiempo sin que el cliente realice movimientos en la cuenta, algunas entidades la pueden clasificar como «inactiva», pero solo a efectos internos.

Ahora bien, una cosa es que la entidad, con carácter general, se encuentre legitimada para el cobro de comisiones de mantenimiento en supuestos en los que la cuenta presenta saldo cero o no registra movimientos, y otra cosa bien distinta es que gire en esa cuenta por tal motivo —el cargo de comisiones de mantenimiento— liquidaciones por ese descubierto, que se generó exclusivamente en provecho de la entidad para poder cargar tales comisiones; esto no lo consideramos equitativo. En los casos en que las entidades han cargado comisiones e intereses por el descubierto cuya única causa fue el cargo de comisiones en la cuenta, hemos apreciado en su conducta quebrantamiento de las buenas prácticas bancarias. Además, consideramos que las entidades deberán estar en condiciones de acreditar que han continuado con la remisión de los extractos y otros documentos informativos exigibles al domicilio correspondiente, y que han reclamado periódicamente el saldo pendiente a sus clientes, evitando así que este se vea sorprendido después de transcurrido un largo período de tiempo con la exigencia de cantidades cuya existencia y reclamación desconocía.

Saldos en presunción de abandono

A este respecto, interesa recordar que la obligación a cargo de las entidades de facilitar información sobre depósitos en desuso se contempla en la Circular del Banco de España 5/2012, cuya norma quinta, punto 4, letra b), establece que, sin perjuicio de la normativa especial que regula los saldos en presunción de abandono, el deber de diligencia de las entidades comprende el facilitar a los titulares información sobre la existencia de depósitos a la vista u otros aparentemente en desuso, advirtiéndoles de que dicha situación podría generarles gastos o perjuicios.

Una cuenta se considerará legalmente «abandonada» si en ella no se ha efectuado ninguna gestión durante 20 años, de manera que su saldo pasaría a ser propiedad del Estado (art. 18.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas).

En estos casos, las entidades depositarias están obligadas a comunicar al Ministerio de Hacienda la existencia de tales depósitos y saldos, de conformidad con el artículo

18.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, no siendo potestativo para ellas, por tanto, el inicio de tal procedimiento de declaración de abandono.

Dicho procedimiento se encuentra regulado en la Orden EHA/3291/2008, de 7 de noviembre, por la que se establece el procedimiento de comunicación por las entidades financieras depositarias de bienes muebles y saldos abandonados. En concreto, y por lo que afecta a los reclamantes, cabe señalar que el artículo 3, «Comprobaciones y notificaciones», de la citada orden desarrolla las obligaciones de comprobación de abandono y de notificación al titular. Así, se recoge expresamente la obligación de la entidad de:

- Realizar cuantas actuaciones sean necesarias con el fin de comprobar y garantizar que no se ha realizado gestión alguna que implique el ejercicio del derecho de propiedad sobre los saldos, depósitos y bienes muebles bajo su custodia.
- Notificar, al menos tres meses antes del transcurso del plazo de 20 años señalado, al titular de saldos, depósitos o bienes muebles en presunción de abandono, a costa de él, mediante correo certificado o medio análogo de coste no superior y equivalente eficacia, dirigido a la dirección de que tenga conocimiento la entidad declarante, que no se ha realizado gestión alguna sobre tales fondos y el plazo restante para su incursión en abandono, todo ello con el fin de que el titular pueda reivindicar ante la entidad su derecho a disponer de ellos.
- Facilitar a los titulares de los fondos, o a sus causahabientes, si así lo solicitaran, certificación de que aquellos se han entregado a la Administración General del Estado, con indicación expresa de la fecha de su declaración y de la Delegación de Economía y Hacienda ante la que se ha presentado.

No procederá efectuar la notificación citada cuando su coste supere, previsiblemente, el importe de los fondos en presunción de abandono.

En relación con esta cuestión, en el expediente R-201815258, el reclamante —administrador y liquidador de una cooperativa ya disuelta— afirmaba que no le había sido efectuada la comunicación prevista para los casos de declaración de saldos en situación de abandono de la cooperativa en cuestión, y la entidad afirmaba que sí fue realizada. El pronunciamiento de este DCMR fue contrario a la entidad, toda vez que, aunque acreditó haber efectuado la citada comunicación, esta no solo no se había efectuado con la preceptiva antelación de tres meses respecto al plazo de los 20 años, sino que tampoco se había observado dicha antelación con respecto al momento en que la cuenta fue cancelada y el titular privado de sus fondos. En ese mismo expediente se indicaba que en una operativa como la descrita, en que la

norma exige expresamente que la comunicación se realice «mediante correo certificado o medio análogo de coste no superior y equivalente eficacia», debe atenderse a la fecha en que la comunicación fue efectivamente realizada o intentada. Precisamente la existencia del plazo de preaviso de tres meses y la exigencia de un medio reforzado de comunicación encontrarían su fundamento en la mayor garantía del titular que va a ser sometido a una medida tan lesiva como lo es la privación de la propiedad de sus fondos.

6.4.19 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 (art. 21, apartados 1 y 4, de la LSP).

Ahora bien, de acuerdo con la LSP, las entidades únicamente pueden instar la resolución de los contratos marco si estos fueran de duración indefinida y esta posibilidad se hubiera acordado en ellos, debiendo, no obstante, avisar al usuario con una antelación mínima de dos meses.

También puede ocurrir que las entidades decidan cancelar unilateralmente una cuenta si no pudieran aplicar las medidas de diligencia debida que prevé la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Véase a este respecto lo indicado más arriba con respecto al bloqueo de las cuentas.

Por el contrario, el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, y el proveedor de servicios de pago procederá al cumplimiento de la orden de resolución antes de transcurridas 24 horas desde la solicitud (a no ser que existan contratos para cuya gestión sea necesario el mantenimiento de la cuenta), debiendo asumir en todo caso los gastos derivados de la resolución, que tendrán que ser apropiados y acordes con los costes. Sin embargo, la resolución será gratuita para el cliente si el contrato fuera de duración indefinida o por un plazo superior a seis meses y se hubiera resuelto transcurrido este plazo. En cualquier caso, 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.

No consideramos ajustada a las buenas prácticas la conducta de las entidades si, al conocer la voluntad de sus clientes de cancelar la cuenta, no informan adecuadamente de la necesidad de liquidar gastos pendientes —por ejemplo, la parte proporcional de la comisión de mantenimiento o comisiones de administración correspondientes al período en curso— y les permiten retirar todo el saldo disponible en ese momento sin advertir sobre esas liquidaciones pendientes, de forma que, al quedar la cuenta con saldo cero y suscribir el cliente la oportuna orden de

cancelación, el saldo deudor se genera cuando se efectúan tales liquidaciones, siendo frecuente que las entidades se nieguen a la cancelación por la existencia de ese saldo deudor.

Una vez cancelada la cuenta, la entidad debe poner a disposición del titular el saldo que presentase a su favor, y el titular debe, a su vez, entregar a la entidad para su inutilización todos los instrumentos de pago asociados a la cuenta, tales como talonarios de cheques o tarjetas.

Durante 2018 se han recibido reclamaciones presentadas por clientes que aseguraban haber dado a su banco una orden de cancelación y declaraban haberse visto sorprendidos porque, mucho tiempo (incluso años) después, la entidad les reclamaba una deuda que supuestamente consistía en el saldo negativo de la cuenta, pues no reconocía haber recibido en su día esa solicitud de baja de la cuenta, en contra de lo que sostén la parte reclamante, que no aportaba prueba escrita de la solicitud de cancelación.

Un caso en el que se observó que la negativa de la entidad a la cancelación no estaba amparada por el contrato es el analizado en el expediente R-201810900. En él, la entidad en la que el reclamante había abierto una cuenta corriente indicaba que no se podía solicitar la cancelación a distancia, sino que su cliente debía solicitarla físicamente en la oficina bancaria. El DCMR consideró que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no acreditar que dicha exigencia estuviera prevista en el correspondiente contrato en el que, además, estaba pactada la operativa en banca a distancia mediante usuario y claves sustitutivos de la firma manuscrita.

Caso particular de orden de cancelación dada por uno de los titulares

El 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, la negativa de la entidad a llevar a cabo la actuación solicitada por el cliente debe estar fundada siempre en justa causa.

Este DCMR ha tenido oportunidad de recordar, con ocasión de la tramitación de esos expedientes, que la ausencia de formalización por escrito de instrucciones conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia si aquella es objeto de discusión, y que por ello resulta esencial en la práctica bancaria que se recojan por escrito las instrucciones, solicitudes o acuerdos, y se conserve copia de los documentos correspondientes, con sello o firma en señal de su recepción

(recomendamos a los clientes que pidan en su oficina bancaria que se les selle su copia), de modo que siempre se puedan acreditar fehacientemente el consentimiento dado y los exactos términos de las instrucciones. En los casos en que la parte reclamante no aportaba al expediente prueba alguna de que había solicitado la cancelación de la cuenta, no pudimos dar por cierta su versión ni, por tanto, apreciar mala práctica bancaria en la no cancelación —ello sin perjuicio de poder analizar si la entidad cumplió con sus obligaciones informativas; en particular, las aludidas en el apartado de cuentas inactivas—.

No se ha apreciado la concurrencia de una mala práctica bancaria en los supuestos en los que la entidad no ha cancelado la cuenta a instancias del cliente, alegando para ello, y acreditando debidamente, la existencia de saldo deudor en la cuenta o la existencia de contratos vinculados vigentes. Ahora bien, como hemos indicado, si el saldo deudor existente se debe únicamente al cargo de gastos o comisiones pendientes de liquidar (comisiones de administración o la parte proporcional de la de mantenimiento devengadas) por haber faltado la oficina bancaria a la claridad al no advertir al cliente, al retirar el saldo, de que debía dejar el saldo necesario para atenderlos, la conducta de la entidad resulta apartada de las buenas prácticas.

Por otra parte, 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, salvo, claro está, que dicha facultad de cancelación por parte de los autorizados estuviera expresamente prevista en el contrato de cuenta.

Otra cuestión diferente es que, ante la falta de acuerdo entre los cotitulares respecto al mantenimiento o no de la cuenta, la entidad pueda ejercer las facultades de rescisión que se le atribuyan en el contrato. Sobre los problemas que pueden plantearse en el caso de que solo alguno de los titulares desee cancelar la cuenta o desee darse de baja en ella, nos remitimos a lo indicado en el apartado «Modificación de titulares», dentro del epígrafe 6.4.13, «Modificaciones contractuales».

Reapertura de cuentas canceladas

Se considera una mala práctica bancaria la reapertura de cuentas previamente canceladas para adeudar importes pendientes. Entendemos que las entidades pueden negarse a la pretendida cancelación si hubiera liquidaciones pendientes de adeudo, circunstancia de la que deben advertir; sin embargo, si acceden a la cancelación de la cuenta, no estarían, en modo alguno, habilitadas para reabrirla posteriormente.

6.4.20 Cuenta especial de cantidades anticipadas para compra de vivienda en construcción

Como se explicaba en el apartado 4.5, «Avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas», los promotores vendedores de viviendas en construcción están obligados a percibir las cantidades anticipadas por los compradores a través de una entidad financiera; además, deben depositar dichas cantidades en una cuenta especial y garantizarlas, junto con sus intereses, mediante aval bancario o seguro de caución.

Para la apertura de la cuenta especial, la entidad financiera está obligada a exigir, bajo su responsabilidad, la correspondiente garantía. La referida cuenta debe funcionar de manera que las cantidades depositadas en ella —que son, como se ha indicado, las anticipadas al promotor por los compradores, a cuenta del precio de su futura vivienda— resulten separadas de cualesquiera otros fondos pertenecientes al promotor, y de ellas únicamente se podrá disponer para las atenciones de pagos derivadas de la construcción de las viviendas de la promoción en cuestión.

Las obligaciones anteriores resultan de las previsiones contenidas en su día en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (derogada en enero de 2016⁸⁴), que actualmente se halla incorporada a la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Se trata de una regulación dirigida a proteger a compradores de vivienda, pero que no es propiamente de transparencia o disciplina bancaria. Sin embargo, este DCMR ha admitido a trámite algunas reclamaciones contra entidades bancarias en esta materia y ha emitido su opinión sobre la conducta de aquellas desde el estricto punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios.

La expresión «bajo su responsabilidad», que contenía la Ley 57/1968 y que mantiene la Ley 38/1999 —afecta a la obligación de la entidad financiera en el momento de la apertura de la cuenta—, ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en su sentencia 733/2015, de 21 diciembre. En ella, el Tribunal condenó a una entidad financiera a responder frente a los compradores de vivienda porque consideró probado que la entidad supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, pero no abrió la cuenta especial. En su fundamento quinto, la sentencia declaró textualmente: «la

⁸⁴ La Ley 57/1968, de 27 julio, derogada por la letra a) de la disposición derogatoria tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE de 6 noviembre), hasta la modificación de esta por la Ley 20/2015. Téngase en cuenta que dicha disposición derogatoria tercera ha sido introducida por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE de 15 de julio de 2015).

“responsabilidad” que el artículo 12.^º de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares, como en este caso, sean derivados a la cuenta especial [...]. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma [...] bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia.»

La sentencia resulta de gran trascendencia, porque en ella el Tribunal Supremo fijó la siguiente doctrina jurisprudencial (que ya ha sido aplicada en sentencias posteriores por el propio Tribunal Supremo):

«En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad.»

Por otro lado, resulta necesario mencionar también la sentencia del Tribunal Supremo 502/2017, de 14 de septiembre, que delimita esta responsabilidad de la entidad al estimar que «la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el artículo 12.^º de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que impone dicha ley».

En las reclamaciones presentadas ante este DCMR en el ejercicio 2018, relacionadas con la temática que nos ocupa, se ha analizado en cada caso la conducta de las entidades depositarias de los fondos teniendo en cuenta la jurisprudencia descrita, si bien en gran parte de los casos, al haber transcurrido más de seis años desde la fecha de los hechos reclamados, por razones competenciales no ha podido emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

7 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 sujetos a la normativa de transparencia bancaria general —la Orden EHA/2899/2011, de 28

de octubre, y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio—, y la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen corresponderá al DCMR del Banco de España.

7.1 Contratación. Información previa, formalización y contenido de los contratos

La Orden EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 5/2012 modificaron de forma importante tanto las obligaciones concernientes a la información precontractual que debía facilitarse como las relativas al propio contenido del contrato, regulándose ambas de forma exhaustiva.

7.1.1 Explicaciones adecuadas

La orden establece la obligación para las entidades de aportar explicaciones adecuadas sobre las características de los depósitos que se han de contratar.

Ni la orden ni la circular de transparencia exigen la forma escrita para las explicaciones adecuadas, que según están concebidas en ellas se facilitarán normalmente de forma verbal, aclarando y complementando la información precontractual, que, por su naturaleza, será en muchos casos de carácter más técnico. En cuanto a su contenido, según el artículo 9 de la Orden EHA /2899/2011, en las explicaciones se deberán indicar, entre otras aclaraciones, las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente; además, en caso de que la relación contractual vaya a girar sobre operaciones incluidas en el anexo 1 de la Circular del Banco de España 5/2012 —entre las que están los depósitos a plazo por importes superiores a 1.000 euros—, las explicaciones deberán incluir una mención a la existencia de dicho anexo 1, a su contenido —«Información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas»— y al lugar en el que el cliente puede consultarlo⁸⁵.

7.1.2 Información precontractual

La Orden EHA/2899/2011 otorgó rango normativo a la exigencia de entrega de información previa a la contratación, al establecer (artículo 6) que las entidades

⁸⁵ La información sobre comisiones y sobre tipos más habituales puede ser consultada en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus sitios web y en el sitio web del Banco de España. Además, esta información deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

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 y no engañosa, y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta. Como se ha referido anteriormente, en el epígrafe 6, «Depósitos a la vista», la orden de los semáforos o de los números exige que para los depósitos a plazo se incluya el indicador que resulte procedente (el 1 sería de aplicación a los depósitos bancarios en euros, mientras que las cuentas denominadas en moneda distinta del euro entrarían en la clase 6).

La norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012 regula la específica información precontractual exigible, señalando que, en todo caso, antes de prestar el servicio se ha de informar de forma clara del importe de las comisiones que se adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se repercutirán; esta norma detalla, en su apartado 2.2, al cual nos remitimos, el contenido mínimo de la información precontractual que se ha de facilitar al cliente antes de contratar depósitos a plazo.

Por su parte, la norma séptima de la misma circular (en relación con su anexo 3, punto 1.2) indica qué parte de esa información deberá resaltarse de manera que llame la atención del cliente —por ejemplo, mediante negrita o mayúsculas y, en todo caso, con un mensaje en la cabecera que indique que es especialmente relevante—, a saber:

- a) La duración del contrato (en caso de renovación tácita, deberán resaltarse, junto con el plazo, las demás condiciones a que quedará sujeto).
- b) La existencia o no del derecho a cancelar anticipadamente el depósito y, en su caso, la comisión o penalización —la cual no podrá ser, en ningún caso, superior a la retribución que el depósito hubiese devengado hasta esa fecha, criterio de buena práctica que ya venía manteniendo este DCMR y que ahora se recoge expresamente en la norma—.
- c) La circunstancia de que la retribución se condicione a la contratación o uso de uno o de varios servicios accesorios, así como cada uno de estos servicios.
- d) La TAE.
- e) Cuando el fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad sea diferente del previsto en el Real Decreto-ley 16/2011, se

resaltará esta circunstancia, así como su denominación traducida, su domicilio y, en su caso, la dirección de su sitio web.

En los casos en que, con ocasión de la tramitación de algún expediente de reclamación relacionado con un depósito a plazo, el cliente ha puesto de manifiesto su discrepancia o sus dudas respecto de la información facilitada en torno a alguna característica del depósito contratado, este DCMR ha entendido que la entidad debía aportar al expediente la debida acreditación de que facilitó al cliente, oportunamente y con anterioridad a la contratación, la información precontractual exigida y las explicaciones adecuadas sobre el depósito en cuestión. En los supuestos en los que no se acreditó la entrega de información previa, el DCMR apreció mala práctica en su actuación y, según los casos (atendiendo a si la nueva normativa estaba en vigor en la fecha de los hechos), un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela.

Por otra parte, el DCMR no ha considerado suficiente, para acreditar la entrega de información precontractual al cliente, la inclusión de una cláusula estándar en el contrato firmado en la que se manifieste que el banco ha facilitado al cliente (o el cliente ha recibido) la información precontractual obligatoria relativa al producto o servicio ofrecido. Efectivamente, como ha entendido el TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, no se puede pretender que, tras la inserción de una cláusula de tal carácter, se invierta la carga de la prueba y sea el cliente quien tenga que demostrar que la entidad financiera no entregó la debida información. Entiende ese tribunal que una cláusula como la indicada no debería permitir que las entidades eludan sus obligaciones de información, sino que constituye únicamente un indicio de que la información se entregó, debiéndose corroborar, en todo caso, con los medios de prueba pertinentes.

7.1.3 Formalización del contrato. Contenido

En relación con el contenido mínimo del contrato, este se regula con todo detalle en el artículo 7, apartado 3, de la orden y en la norma décima de la circular, a los cuales nos remitimos. El referido artículo establece los extremos que, de forma explícita y clara, deberán recoger los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, sin perjuicio de los que se han establecido en el desarrollo normativo realizado mediante la circular; entre otros: el tipo de interés nominal; la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales; la periodicidad y las fechas del devengo y de la liquidación de intereses; la fórmula o los métodos de liquidación utilizados; las comisiones y los gastos; la duración del depósito y, en su caso, las condiciones para su prórroga; los derechos y las obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés; los derechos y las obligaciones del cliente en

cuanto a la cancelación del depósito, y el coste total que supondría el uso de tales facultades.

De dicho contenido resulta destacable que se deberán indicar las condiciones para la prórroga del contrato, en su caso; en concreto, en caso de preverse la prórroga, el contrato debe incluir la forma y las condiciones en que el cliente podrá prestar su consentimiento a dicha prórroga y la obligación de comunicar al cliente sus términos exactos con antelación razonable (o, como máximo, en el momento de la propia prórroga, si así se pacta y se otorga al cliente la posibilidad de retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde el momento en que se le comuniquen las nuevas condiciones).

El artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011 y el apartado 3 de la norma novena de la Circular del Banco de España 5/2012 establecen la obligación de las entidades de entregar al cliente el documento contractual en el que se formalice el depósito, así como de conservarlo en soporte duradero junto con el recibí del cliente, y de poner a disposición de este una copia siempre que lo solicite. Cuando los contratos sean intervenidos por fedatario público, la entidad podrá enviar por correo el contrato intervenido; en dicho caso, el recibí del cliente lo constituirá el correspondiente acuse de recibo.

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

7.2 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 EHA/2899/2011, de 28 de octubre, establece unas obligaciones de información específicas —y diferenciadas de las relativas a los depósitos a plazo ordinarios—, que se pasan a detallar.

7.2.1 Explicaciones adecuadas

La Circular del Banco de España 5/2012 dispone en su norma quinta (en relación con el artículo 9 de la Orden EHA 2899/2011) que las entidades deben facilitar a sus clientes explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado (nos remitimos a lo ya señalado

para depósitos en general). Posteriormente, dicha norma se refiere 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, 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 y que entrañen obligaciones que puedan resultar especialmente onerosas, y también se incluye el caso de productos cuya comercialización se acompaña de una recomendación personalizada, especialmente cuando existen campañas de distribución masiva de productos o servicios—.

Se debe precisar, no obstante, que el enfoque que se contiene en la regulación de transparencia referida (Orden EHA 2899/2011 y Circular del Banco de España 5/2012) es que compete a la entidad dar aclaraciones e información adecuada sobre el producto, correspondiendo al cliente evaluar si los productos que se le ofrecen se ajustan a sus intereses, necesidades y situación financiera.

7.2.2 Información precontractual

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

Sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del resto de las menciones que se recogen para los depósitos a plazo, en los depósitos estructurados 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 (esta última información deberá resaltarse), y la forma en que se calculará el coste de cancelación del depósito, si lo hubiese.

7.2.3 Contenido del contrato

Se facilitarán al cliente, además, varios ejemplos representativos de la remuneración del depósito y del coste de su cancelación, construidos en función de distintos escenarios posibles de evolución del derivado implícito, que sean razonables y estén respaldados por datos objetivos. Los documentos contractuales relativos a depósitos a plazo estructurados o híbridos, según el artículo 16 de la orden, 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. Se deberá mencionar el valor, en el momento del contrato, del derivado implícito, así como, en su caso, el rendimiento efectivo de la operación de depósito en su conjunto, pero con la advertencia de que esos elementos de información no tienen por qué ser representativos del rendimiento final de la operación, que, en los términos previstos en el contrato, podrá ser mayor o menor (véase a este respecto la norma décima de la Circular del Banco de España 5/2012).

En el expediente constaba en el documento contractual, correspondiente a un depósito, que se había introducido un pacto manuscrito, validado mediante sello de la entidad, por el que se modificaban las condiciones para obtener una determinada bonificación en la cuenta del reclamante, sin que posteriormente hubiese un acuerdo entre las partes en cuanto a su aplicación. El DCMR consideró que se podría haber producido un quebrantamiento de la normativa aplicable con la inserción manuscrita de un concepto que resultaba innecesario para la correcta aplicación e interpretación del contrato.

7.3 Liquidación del depósito. Tipo de interés

Los tipos de interés y las comisiones aplicables a los depósitos a plazo se rigen por el principio general de libertad de pactos que establecen el artículo 1255 del Código Civil y la normativa sectorial de transparencia.

Las entidades de crédito pueden aplicar en sus operaciones bancarias los tipos de interés que acuerden con sus clientes (artículo 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre). En consecuencia, las partes deberán estar a lo que se hubiera pactado en los respectivos contratos de depósito a plazo.

7.3.1 Falta de abono del porcentaje de interés complementario en un depósito bonificado

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

En estos casos, el DCMR valoró, en primer lugar, si las entidades facilitaron oportunamente al cliente la preceptiva información precontractual y las explicaciones

adecuadas sobre los requisitos o las condiciones necesarias para obtener esa retribución o interés extra o bonificado. A partir de ahí, y dado que la base para emitir un pronunciamiento por parte del DCMR 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, el DCMR procedió a verificar la forma en la que se incluían dichas condiciones en el contrato, así como a verificar en el expediente que no se habían cumplido las condiciones necesarias establecidas en el contrato para obtener esa retribución extra.

7.3.2 Documentos de liquidación

El contenido de los documentos de liquidación, que las entidades vienen obligadas a facilitar a sus clientes en las liquidaciones de intereses o comisiones (artículo 8.3 de la orden), para el caso de los depósitos a plazo, se recoge en el anexo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, 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).

Para analizar las obligaciones relacionadas con la remisión de los documentos de liquidación, se ha de tener en cuenta la fecha de los hechos, de tal forma que, para supuestos anteriores al 1 de julio de 2013, habrá que estar a lo establecido al respecto en la normativa anterior: Circular del Banco de España 8/1990 (el anexo VI contiene los modelos de los documentos de liquidación).

Para los supuestos posteriores a dicha fecha, 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, respectivamente, las específicas informaciones precontractual y contractual exigibles.

7.4 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 el plazo de comunicación, en dicho caso, de las nuevas condiciones de aplicación.

Cabe resaltar de dicha normativa lo siguiente:

- En la información precontractual que se ha de facilitar para los depósitos a plazo, se debe indicar, de forma expresa y previa a la contratación, si al

vencimiento el contrato se renueva tácitamente, así como el plazo y demás condiciones a que aquel quedará sujeto tras la renovación (esta información debe resaltarse).

- En el contrato de depósito, cuando se prevea la prórroga, se deben especificar la forma y las condiciones en que el cliente expresará su consentimiento y, además, cuando se conozcan, se detallarán las nuevas condiciones aplicables una vez prorrogado, o los mecanismos que se utilizarán para su determinación. Y se recogerá la obligación de comunicar al cliente los términos exactos de la prórroga con antelación razonable o, si así se pacta, como máximo, en el momento de esta, siempre que en dicho caso se permita al cliente retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde la comunicación.

Entiende este DCMR que, con estas exigencias, se solventa parte de la problemática más habitual en las renovaciones de depósitos a plazo fijo, pues las reclamaciones más frecuentes en este tema se refieren al hecho de que se haya renovado automáticamente el contrato sin que la entidad haya verificado la preceptiva comunicación previa de las nuevas condiciones, o no lo haga con la suficiente antelación para que el cliente pueda valorar si son de su interés o, por el contrario, opte por buscar otra alternativa de rentabilidad con tiempo suficiente, para no perder la remuneración de sus fondos durante un determinado número de días.

Respecto a la modificación del tipo de interés en los depósitos de duración determinada, el DCMR indicó que, en caso de que se incluya en el contrato la posibilidad de renovar tácitamente el depósito a plazo, es fundamental que se determinen de forma clara los plazos que las partes se confieren tanto para el preaviso del vencimiento como para que el titular pueda renunciar a la renovación automática, así como la forma en la que se efectuará la comunicación, en su caso, de las nuevas condiciones que van a resultar de aplicación, siendo habitual que, llegado el vencimiento y para su renovación, se ofrezca un tipo de interés nominal diferente del inicial, sin que ello sea constitutivo de una mala práctica bancaria, siempre que se cumplan los principios de claridad y transparencia con el cliente.

Así, las buenas prácticas exigen que, con ocasión de la renovación de las imposiciones a plazo, el cliente sea informado de la nueva remuneración con anterioridad al momento en que preste su conformidad (expresa o tácita), de manera que disponga de un período de reflexión antes de decidirse a comprometer su dinero por otro período.

El artículo 8.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, establece que, cuando una entidad de crédito tenga el derecho de modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario, deberá comunicar al cliente, con una

antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo, los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con estas.

Del mismo modo, la Circular del Banco de España 5/2012, en desarrollo de la orden, estableció en su norma undécima, apartado siete, que las comunicaciones que, en el caso de prórroga de la relación contractual, dirija la entidad al cliente al objeto de obtener su consentimiento, tácito o expreso, a las nuevas condiciones habrán de realizarse con antelación razonable, o, si así se hubiera pactado, como máximo, en el momento de la propia prórroga, siempre que se otorgue al cliente la posibilidad de retrotraer la operación a sus condiciones previas, en el plazo máximo de un mes desde el momento en el que se le comuniquen las nuevas condiciones.

7.5 Modificación

La actual normativa de transparencia —la Orden EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 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 las obligaciones de las partes (artículo 7.3 de la orden); que se respete un plazo mínimo para comunicar los posibles cambios, salvo que estos fuesen más favorables para el cliente (en este caso 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); y que la comunicación de la modificación sea individualizada (apartado 1 de la norma décima de la circular) y el plazo de preaviso del cambio propuesto, para una modificación de condiciones que no resulte más beneficiosa al cliente, se compute respecto al momento previsto para la entrada en vigor o para la aplicación efectiva de las nuevas condiciones contractuales.

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

7.6 Cancelación

7.6.1 A instancia de la entidad

Las entidades podrán cancelar un contrato de depósito con previsión de vencimiento determinado y prórrogas automáticas anuales si lo prevé el contrato y con el plazo de preaviso que este contemple. El ejercicio de esta facultad contractual 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.

7.6.2 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 aquél. Fuera de esta posibilidad, no cabría la cancelación anticipada por la sola voluntad de una de las partes. En tal caso, debemos entender que 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 para cancelar anticipadamente un contrato que no contemple la cancelación, las entidades depositarias, en función de la naturaleza del producto, podrían acordar con el cliente cobrar una penalización.

Los supuestos de cancelación anticipada de la imposición a solicitud del depositante (que, en todo caso, y siendo varios los titulares, habrá de venir ordenada por todos ellos) son origen de una parte importante de las reclamaciones que se plantearon en relación con este tipo de productos. La norma sexta de la Circular del Banco de España 5/2012 recogió el criterio que venía aplicando el 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, no estando contemplada en contrato la cancelación anticipada, la entidad hubiera accedido a ella y hubiera advertido al cliente expresamente sobre la necesidad de asumir en ese caso la comisión o penalización—, 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.

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

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, como sigue:

- 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, siendo el importe devuelto, sin

embargo, 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.

- 2 En otros casos, el reclamante denunciaba que la entidad está aplicando una comisión o penalización a la cancelación anticipada que entiende que no procede, porque no aparece como tal comisión o como tal penalización en el contrato.

7.6.3 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, su titular ha decidido no renovarlo (comunicándolo conforme al procedimiento y con el plazo de preaviso que en cada caso venga establecido contractualmente), la entidad deberá proceder a efectuar la liquidación correspondiente, con reintegro al cliente del nominal y de los intereses convenidos, sin demoras injustificadas.

8 Servicios de pago

La normativa de servicios de pago a escala europea ha sufrido una importante transformación en los últimos años, con los objetivos de adaptarla a las innovaciones tecnológicas y, al propio tiempo, de dotar a los pagos de un entorno más seguro y fiable. Dicha transformación cristalizó en la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior (norma derogatoria de la anterior Directiva 2007/64/CE). En España, la incorporación de las disposiciones del Derecho de la UE ha sido realizada mediante la promulgación del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera^{86,87}.

Este reciente real decreto-ley se encuentra en vigor desde el 25 de noviembre de 2018, salvo lo previsto por los títulos II y III, de aplicación desde el 24 de febrero

86 Otra novedad en el ámbito de pagos que ha tenido lugar en fecha reciente es la promulgación del Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas cuya doble finalidad es, de un lado, acabar con las desigualdades entre los usuarios de servicios de pago de los Estados miembros pertenecientes a la zona del euro y la de los no pertenecientes a dicha zona en relación con los pagos transfronterizos en euros; y, de otro lado, mejorar la transparencia y la comparabilidad de comisiones por conversión de divisas cuando se realizan pagos transfronterizos.

87 Se encuentra, además, pendiente de modificación la Orden 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

de 2019, y los artículos 37, 38, 39 y 68, cuya vigencia comenzará, a su vez, el 14 de septiembre de 2019. Su publicación, además, ha supuesto para el Derecho nacional la derogación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (también referida en este apartado como LSP).

Así, por razón de la vigencia durante la práctica totalidad de 2018 de la LSP, las reclamaciones recibidas en el DCMR durante este ejercicio han sido resueltas tomando en consideración esta norma, así como la Orden 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago que la desarrolla, por ser ambas normas las de aplicación a los hechos originadores del conflicto entre el cliente y la entidad. Consecuencia de ello es que gran parte de las referencias que se realizan en la presente Memoria a la ley reguladora de los servicios de pago se toman de la LSP o de la OSP.

Los servicios de pago que, durante el período a que se circscribe la presente Memoria, se prestan 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 encontraban regulados en la ya mencionada LSP, que entró en vigor el 4 de diciembre de 2009. Por su parte, la OSP, vigente desde 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.

Puede consultarse el recuadro 2.3, sobre las principales novedades regulatorias en el ámbito de los pagos introducidas por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, y el Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas.

8.1 Introducción, régimen aplicable y aspectos comunes

El objetivo general de toda la normativa reguladora de servicios de pago es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE se efectúen con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos, así como facilitar la operativa de los instrumentos de pago de la Zona Única de Pagos en Euros (SEPA⁸⁸, por el acrónimo en inglés de *Single Euro Payments Area*), siendo ésta 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

88 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>.

NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019

La nueva Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior (PSD2), que ha sido parcialmente incorporada al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, presenta dos grandes novedades: a) la incorporación de nuevos servicios de pago al perímetro regulatorio, en particular los servicios de información sobre cuentas y los servicios de iniciación de pagos, y b) el acceso de las entidades prestadoras de estos servicios a las cuentas de pago de los usuarios administradas por otra entidad, principalmente por una entidad de crédito.

La aparición de esta nueva tipología de proveedores de servicios de pago anticipa un previsible cambio del *status quo* y de los modelos de negocio actuales de la banca que potenciará el desarrollo de nuevas propuestas de valor que pueden ofrecer soluciones de utilidad a comerciantes y consumidores (como una visión consolidada de sus saldos y operaciones) o canales de pago alternativos para la operativa de comercio *online* sin necesidad de utilizar instrumentos de pago específicos, como las tarjetas de pago, pero puede entrañar asimismo una mayor conflictividad, debido a que la interacción entre ambos grupos de proveedores no requiere un acuerdo específico entre el proveedor gestor de cuenta y la entidad que preste los servicios de iniciación o de agregación.

Así, a raíz de la aprobación de la norma, los proveedores de servicios de pago quedan divididos en dos grupos básicos: los que gestionan cuentas de pago de sus clientes, denominados «proveedores de servicios de pago gestores de cuenta» (*Account Servicing Payment Service Provider* o ASPSP, según su denominación en inglés), y aquellas entidades que prestan sus servicios sobre las cuentas de pago gestionadas por los primeros, comúnmente denominados «terceros proveedores» (*Third Party Providers* o TPP), y que no acceden en ningún caso a los fondos de los clientes.

Dentro del primer grupo se encuadran, fundamentalmente, las entidades de crédito y las entidades de pago. En el segundo grupo se suele diferenciar entre los proveedores

de servicios de iniciación de pagos y los proveedores de servicios de información sobre cuentas —también denominados «agregadores de información»—. No obstante, es importante destacar que los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta pueden prestar todo tipo de servicios de pago, incluyendo los servicios de iniciación de pagos y los servicios de información sobre cuentas, y que un tercer proveedor puede asimismo prestar ambos servicios de forma simultánea, siempre que cumpla con los correspondientes requisitos regulatorios.

En el esquema 1 se detalla el nuevo escenario.

En lo relativo a la seguridad en las operaciones de pago, la nueva norma se centra especialmente en las transacciones de carácter remoto, ya sea a través de Internet o por medio de dispositivos móviles. Este énfasis es una consecuencia directa del notable incremento que dichas transacciones han experimentado en los últimos años, impulsadas por el auge del comercio electrónico.

Profundizando en las recomendaciones del Banco Central Europeo (*Recommendations for the security of internet payments*)¹ y en las directrices de la Autoridad Bancaria Europea (*Directrices sobre la seguridad de los pagos por Internet*)², la PSD2 ha hecho de la seguridad en los pagos electrónicos uno de sus ejes vertebradores. La norma prescribe la aplicación obligatoria de medidas y procedimientos de seguridad específicos en las operaciones de pago electrónicas, y en especial en las que tienen lugar a distancia.

Estas medidas y procedimientos se articulan en torno al concepto de «autenticación reforzada del cliente».

Los principios generales recogidos en la directiva han sido desarrollados a través del Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos, comunes y seguros, que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 13 de marzo de 2018, si bien la mayoría de sus

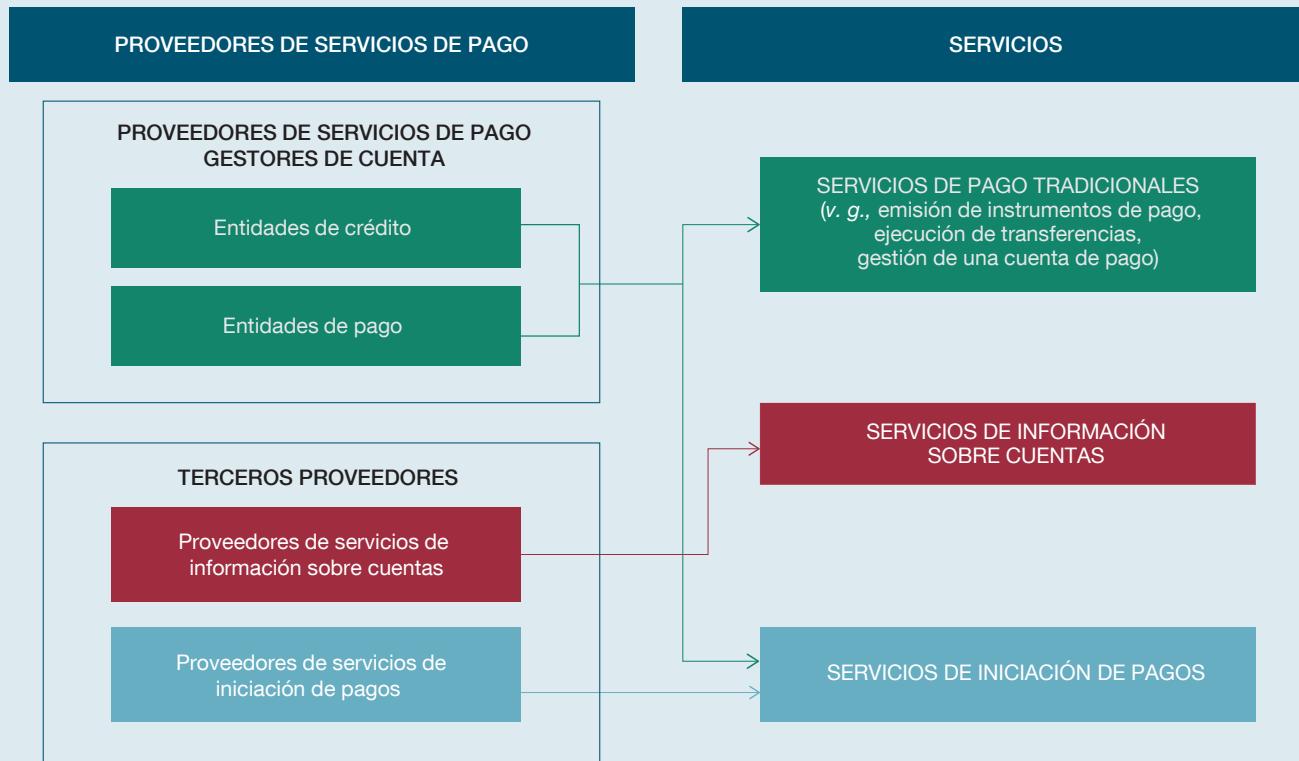
¹ <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/recommendationssecurityinternetpaymentsoutcomeofpcfinalversionafterpc201301en.pdf>.

² https://eba.europa.eu/documents/10180/1004450/EBA_2015_ES+Guidelines+on+Internet+Payments.pdf/44d07cf8-1721-4407-94a6-3a8c256149fa.

NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)

Esquema 1
ENTIDADES Y SERVICIOS DE PAGO

Para simplificar el esquema, solo se incluyen las principales categorías de proveedores de servicios de pago gestores de cuenta (entidades de crédito y entidades de pago); existen, no obstante, otras entidades menos significativas, como las entidades de dinero electrónico o las instituciones de giro postal, que pueden actuar como proveedores de servicios de pago gestores de cuenta.



FUENTES: European Payments Council y Banco de España.

disposiciones serán de aplicación a partir del 14 de septiembre de 2019.

El propósito de estas normas técnicas es, fundamentalmente:

- i) desarrollar los principios generales en materia de autenticación y comunicación recogidos en los arts. 97 y 98 de la PSD2, y
- ii) garantizar una comunicación efectiva y segura entre los distintos actores para la prestación de servicios de pago.

Con este propósito, se establecen los requisitos que deberán cumplir los proveedores de servicios de pago, con el fin de:

- Aplicar el procedimiento de autenticación reforzada de clientes.
- Aplicar las exenciones al procedimiento de autenticación reforzada de clientes en función de determinados parámetros basados en el nivel de riesgo, importe y frecuencia de la operación de pago, y el canal utilizado para la ejecución de dicha operación.
- Proteger la confidencialidad y la integridad de las credenciales de seguridad personalizadas del usuario de servicios de pago.
- Establecer estándares abiertos comunes y seguros para la comunicación entre los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta, los proveedores de servicios de iniciación de pagos, los proveedores

Recuadro 2.3

NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)

Cuadro 1

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS REGULATORIAS DE LA AUTENTICACIÓN REFORZADA DE CLIENTES EN LA PSD2

La autenticación reforzada del cliente en la PSD2	
Consiste en: autenticación basada en el uso de dos o más elementos de seguridad independientes.	Elementos de seguridad: Independientes: Credenciales de seguridad personalizadas: Elemento de seguridad dinámico si:
	— Conocimiento (algo que solo conoce el usuario). — Posesión (algo que solo posee el usuario). — Inherencia (algo que es del usuario). — La vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás. — No exigencia de dispositivos diferentes.
Obligatoria cuando: Posibilidad de exenciones en función de: Acompañado de:	— Operación de pago electrónico remota. — Presencia de un PISP.
— Acceso cuenta pago <i>online</i> . — Operación de pago electrónico. — Acción remota entraña riesgo. — Presente un TPP.	Elementos de seguridad facilitados por el proveedor de servicios de pago (PSP) o vinculados por él al cliente.
— Nivel de riesgo (TRA). — Importe. — Canal.	
Mecanismos de monitorización de transacciones.	

FUENTE: *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º 35, Banco de España.

de servicios de información sobre cuentas, los ordenantes, los beneficiarios y otros proveedores de servicios de pago en relación con la prestación y la utilización de servicios de pago.

Las principales características del procedimiento de autenticación reforzada se resumen en el cuadro 1:

Por otra parte, como parte del plan de acción de la Comisión Europea sobre servicios financieros destinados a los consumidores, el 29 de marzo de 2019 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Reglamento (UE) 2019/518 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 924/2009 en lo que respecta a determinadas comisiones cobradas por pagos transfronterizos en la Unión y a las comisiones por conversión de divisas.

La finalidad del reglamento es, por un lado, facilitar el funcionamiento del mercado interior y acabar con las desigualdades entre los usuarios de los servicios de pago de los Estados miembros pertenecientes a la zona del euro

y los de los Estados miembros no pertenecientes a la zona del euro en relación con los pagos transfronterizos en euros, y, por otro, reforzar las obligaciones de transparencia en los servicios de conversión de divisas, de forma que los usuarios puedan elegir la mejor opción de conversión.

A tal efecto, se extiende la aplicación del principio de igualdad de comisiones establecido en el Reglamento (CE) n.º 924/2009 a todos los pagos transfronterizos en euros, por lo que, a partir del 15 de diciembre de 2019, las comisiones cobradas por un proveedor de servicios de pago a un consumidor en relación con pagos transfronterizos en euros serán iguales a las comisiones cobradas por dicho proveedor de servicios de pago por pagos nacionales equivalentes de igual cuantía en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté radicado el proveedor de servicios de pago del usuario de servicios de pago.

Por otra parte, se refuerzan las obligaciones de información y los requisitos de transparencia aplicables a los servicios de conversión de divisas, distinguiendo entre las operaciones de pago basadas en tarjeta y las transferencias. En este

NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)

Esquema 2

PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUCE EL REGLAMENTO (CE) N.º 924/2009

Ámbito de aplicación	<ul style="list-style-type: none"> – Pagos transfronterizos en euros a/desde zona euro/no euro. – Pagos nacionales y transfronterizos denominados en euros o en la moneda de un Estado miembro que conlleven un servicio de conversión de divisas. 				
Igualdad de comisiones	<p>Las comisiones aplicables a los pagos transfronterizos en euros serán iguales a las comisiones aplicables a los pagos nacionales equivalentes denominados en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté radicado el proveedor de servicios de pago del usuario.</p>				
Servicios de conversión de divisas	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr style="background-color: #f2e0b7;"> <th style="text-align: center; padding: 5px;">PAGOS BASADOS EN TARJETA</th> <th style="text-align: center; padding: 5px;">TRANSFERENCIAS</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="padding: 10px;"> <ul style="list-style-type: none"> – Obligaciones generales de información: los gastos asociados a la conversión de divisas se expresarán como un margen porcentual sobre el último tipo de cambio disponible publicado por el Banco Central Europeo. Se comunicarán al usuario con anterioridad al inicio de la operación de pago y se recogerán en el contrato marco. – Cuando la conversión se realice en el punto de venta o en un cajero, además: se informará al usuario del importe que se ha de pagar en la divisa del beneficiario y del importe total a pagar en la divisa de la cuenta del ordenante. – El proveedor de servicios de pago del ordenante le enviará un mensaje electrónico informando de sus comisiones cuando detecte un pago en un cajero o en el punto de venta en una divisa distinta a la de la cuenta (recordatorio mensual). </td> <td style="padding: 10px;"> <ul style="list-style-type: none"> – Los nuevos requisitos de información se exigirán en la ejecución de transferencias que se inicien en línea (p. e., a través del sitio web, banca móvil...) – Antes de iniciar la operación, se informará al usuario de: i) una estimación de los gastos aplicables por la conversión de divisa; ii) el importe total estimado de la operación de pago en la divisa de la cuenta (incluidos todos los gastos aplicables), y iii) el importe estimado que se transferirá en la divisa del beneficiario. </td></tr> </tbody> </table>	PAGOS BASADOS EN TARJETA	TRANSFERENCIAS	<ul style="list-style-type: none"> – Obligaciones generales de información: los gastos asociados a la conversión de divisas se expresarán como un margen porcentual sobre el último tipo de cambio disponible publicado por el Banco Central Europeo. Se comunicarán al usuario con anterioridad al inicio de la operación de pago y se recogerán en el contrato marco. – Cuando la conversión se realice en el punto de venta o en un cajero, además: se informará al usuario del importe que se ha de pagar en la divisa del beneficiario y del importe total a pagar en la divisa de la cuenta del ordenante. – El proveedor de servicios de pago del ordenante le enviará un mensaje electrónico informando de sus comisiones cuando detecte un pago en un cajero o en el punto de venta en una divisa distinta a la de la cuenta (recordatorio mensual). 	<ul style="list-style-type: none"> – Los nuevos requisitos de información se exigirán en la ejecución de transferencias que se inicien en línea (p. e., a través del sitio web, banca móvil...) – Antes de iniciar la operación, se informará al usuario de: i) una estimación de los gastos aplicables por la conversión de divisa; ii) el importe total estimado de la operación de pago en la divisa de la cuenta (incluidos todos los gastos aplicables), y iii) el importe estimado que se transferirá en la divisa del beneficiario.
PAGOS BASADOS EN TARJETA	TRANSFERENCIAS				
<ul style="list-style-type: none"> – Obligaciones generales de información: los gastos asociados a la conversión de divisas se expresarán como un margen porcentual sobre el último tipo de cambio disponible publicado por el Banco Central Europeo. Se comunicarán al usuario con anterioridad al inicio de la operación de pago y se recogerán en el contrato marco. – Cuando la conversión se realice en el punto de venta o en un cajero, además: se informará al usuario del importe que se ha de pagar en la divisa del beneficiario y del importe total a pagar en la divisa de la cuenta del ordenante. – El proveedor de servicios de pago del ordenante le enviará un mensaje electrónico informando de sus comisiones cuando detecte un pago en un cajero o en el punto de venta en una divisa distinta a la de la cuenta (recordatorio mensual). 	<ul style="list-style-type: none"> – Los nuevos requisitos de información se exigirán en la ejecución de transferencias que se inicien en línea (p. e., a través del sitio web, banca móvil...) – Antes de iniciar la operación, se informará al usuario de: i) una estimación de los gastos aplicables por la conversión de divisa; ii) el importe total estimado de la operación de pago en la divisa de la cuenta (incluidos todos los gastos aplicables), y iii) el importe estimado que se transferirá en la divisa del beneficiario. 				

FUENTE: Banco de España.

último caso, las medidas de transparencia introducidas solo se exigirán cuando se ofrezcan servicios de conversión de divisas asociados a la ejecución de una transferencia en el entorno de banca *online* (sitio web o aplicación de banca móvil).

En cuanto a los servicios de conversión de divisas asociados a operación de pago basadas en tarjeta, a fin de facilitar la comparabilidad entre comisiones, los proveedores de servicios de pago y las partes que ofrezcan servicios de conversión de divisas en cajeros automáticos o en puntos de venta, a los que se refiere el artículo 59, apartado 2, de la Directiva (UE) 2015/2366, expresarán el total de las comisiones por conversión de divisas como un margen porcentual sobre el último tipo de cambio de referencia del euro disponible publicado por el Banco Central Europeo. Dicho margen se comunicará al ordenante con anterioridad al inicio de la operación de pago. Además, esta información se publicará, de forma comprensible y fácilmente accesible, en un soporte electrónico ampliamente disponible y de fácil

acceso; en particular, en los sitios web transaccionales, en los sitios web de banca *online* y en las aplicaciones de banca móvil.

Toda la información exigible se facilitará al ordenante de manera gratuita, neutra y comprensible.

Cuando los servicios de conversión de divisas se presten a través de cajero automático o en el punto de venta, la parte que preste el servicio deberá exponer claramente la información anterior en el cajero automático o en el punto de venta. Asimismo, con anterioridad al inicio de la operación de pago, se informará debidamente al ordenante de la posibilidad de efectuar el pago en la divisa del beneficiario, de forma que la conversión se efectúe por el proveedor de servicios de pago del ordenante, esto es, el emisor del instrumento de pago. Adicionalmente, con anterioridad al inicio de la operación de pago se facilitará al ordenante la siguiente información: a) el importe que se abonará al beneficiario en la divisa utilizada por el

NOVEDADES REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DE LOS PAGOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 19/2018 Y EL REGLAMENTO (UE) 2019/518 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE MARZO DE 2019 (cont.)

beneficiario, y b) el importe que abonará el ordenante en la divisa de la cuenta del ordenante.

Se introducen asimismo determinadas obligaciones de información exigibles al proveedor de servicios de pago del ordenante. En particular, cuando reciba una orden de pago para realizar una retirada en efectivo en un cajero automático, o un pago en el punto de venta, en cualquier moneda de la Unión que no sea la de la cuenta del ordenante, el proveedor de servicios de pago del ordenante deberá informarle sin demora indebida, mediante un mensaje electrónico, de los gastos que aplica a los servicios de conversión de divisas. Dicha información se facilitará para cada tarjeta de pago emitida al ordenante y que esté vinculada a la misma cuenta de pago.

Las partes acordarán los canales de comunicación electrónica a través de los cuales se enviará dicho

mensaje, ofreciendo a los usuarios de servicios de pago la posibilidad de optar por no recibir este tipo de comunicaciones.

En el esquema 2 se resumen brevemente las principales modificaciones que introduce el citado reglamento.

Las nuevas obligaciones de información se introducirán, de forma progresiva, a partir del 19 de abril de 2020. El 19 de abril de 2022, la Comisión presentará un informe sobre la aplicación y el potencial impacto de las medidas introducidas por el reglamento, que contendrá, entre otras cuestiones, una valoración de la viabilidad técnica de facilitar toda la información requerida en relación con las distintas opciones de conversión de divisas disponibles, de forma simultánea, antes del inicio de una operación de pago en un cajero automático o en el punto de venta.

condiciones y con los mismos derechos y obligaciones, con independencia del lugar en el que se encuentren.

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

- No hay distinción de tratamiento entre pagos nacionales y transfronterizos en el espacio de la UE.
- Se tramitan, como regla general, de acuerdo con el identificador único del destinatario que se facilite, no estando obligadas las entidades a comprobar otros datos, como el nombre del beneficiario. Así, el cliente ordenante de una operación de pago debe verificar que el identificador único que facilite a su proveedor de servicios de pago sea correcto. Tampoco deben los proveedores de servicios de pago, en caso de que el identificador único resulte incorrecto (porque no exista la cuenta a la que corresponda o haya sido cancelada, por ejemplo), abonar el importe en otra cuenta porque exista identidad de titulares o por otro motivo, sin haber recibido instrucciones del ordenante en ese sentido.
- Los gastos serán compartidos, como regla general, lo que significa que el ordenante paga a su entidad los gastos que aplique esta a la operación de pago y el beneficiario abona a la suya los que esta le repercute.

- La fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario coincidirá con la fecha en la que la entidad de crédito de este reciba los fondos de la entidad de crédito del ordenante.

Sistemas de pago

Los sistemas de pago son procedimientos en los que participan las entidades financieras, cuyo objeto es asegurar el intercambio, la compensación, la liquidación y el registro de cualquier transacción monetaria o financiera de una economía.

En los pagos que no se realizan en efectivo, sino por sistemas electrónicos, en ocasiones se da la circunstancia de que el deudor u ordenante tiene cuenta en la misma entidad —o en entidades del mismo grupo— que el acreedor o beneficiario. En estos casos opera lo que se denomina «compensación interna» o «intracompensación». Estas transacciones no son liquidadas a través de procedimientos interbancarios, sino en los propios libros de la entidad o del grupo. Esto ocurre en un elevado número de transacciones. Sin embargo, si el acreedor y el deudor no disponen de cuenta en el mismo proveedor de servicios de pago, entra en juego el sistema de pagos interbancarios. El sistema español de pagos interbancarios está estructurado en torno a dos sistemas: TARGET2-BE, para el procesamiento de grandes pagos, y el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), para los pagos de pequeño importe.

Dada la problemática que se aborda en la presente Memoria, y el ámbito subjetivo de protección de las normas de transparencia y protección a la clientela, en pocas ocasiones las operaciones planteadas ante este DCMR se compensan y liquidan a través del sistema de TARGET2-BE, toda vez que se trata de un sistema de liquidación bruta (sin compensación previa) y en tiempo real, destinado a procesar grandes pagos. No obstante, TARGET2-BE puede desempeñar —y, de hecho, desempeña— un papel complementario como canal de liquidación de transferencias de poco valor y carácter urgente (transferencias urgentes vía Banco de España).

El SNCE está gestionado por Iberpay, una empresa privada propiedad de las entidades de crédito participantes. A través de este sistema se procesan o compensan operaciones realizadas con instrumentos de pago al por menor: transferencias, cheques, domiciliaciones, efectos y otras operaciones diversas. La liquidación de estas operaciones se realiza en las cuentas de los participantes en TARGET2-BE. En las tarjetas de crédito, sin embargo, los flujos son compensados por los propios esquemas de tarjetas y liquidados en TARGET2-BE.

Los servicios de pago más usuales, a los que vamos a hacer referencia en esta Memoria, son el pago mediante tarjeta o dispositivo similar (bien sea a través de una

cuenta de pago, bien a través de una cuenta de crédito), las transferencias, los adeudos domiciliados y los que permiten la retirada o el ingreso de efectivo en una cuenta de pago. Ello sin perjuicio de que la normativa también regula la adquisición de instrumentos de pago, así como el envío de dinero.

8.1.1 Condiciones contractuales

Conforme a lo que preveía la disposición transitoria tercera de la LSP, todos los contratos que las entidades tenían suscritos con su clientela para la regulación de las condiciones en las que había de tener lugar la prestación de los servicios de pago debían estar adaptados a lo previsto en dicha norma desde el 4 de junio de 2011.

El artículo 12 de la OSP establece las obligaciones de información en el momento de celebrar contratos de servicios de pago, entre las que se incluyen las relativas a la prestación del consentimiento en el funcionamiento de dichos servicios (ejecución de operaciones, plazos, gastos y tipos de interés y de cambio, seguridad y responsabilidad por su utilización...).

Transparencia, integridad

Sin perjuicio del contenido de los contratos exigido en la normativa de transparencia de servicios de pago, el DCMR, en aplicación de las normas generales sobre contratos, viene manteniendo que las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en los contratos sea clara y transparente, legible y comprensible para sus clientes, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitable y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de la relación.

Oscuridad de las cláusulas

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

8.1.2 Información y documentación contractual

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

En este sentido, ha sido opinión reiterada del 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. Por ello, es esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos, de modo que esta decisión mutua de contratación vaya precedida de un período de reflexión y aceptación recíproca, facilitando la comparación de las ofertas de las distintas entidades y, por ende, estimulando la competencia.

Además, de acuerdo con los criterios mantenidos por el 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 oportunos, posibilitándoles su comprobación y verificación, si bien en estos casos, y dado que ha de suponerse que a lo largo de la relación contractual la entidad ha estado cumpliendo con sus obligaciones informativas y con la periodicidad establecida, esta podría repercutir a su cliente, informándole previamente, el coste que por la prestación de dicho servicio adicional tuviera establecido.

Operaciones de pago singulares

Según la OSP, en las operaciones de pago singulares —aquellas no cubiertas por un contrato marco— los proveedores de servicios de pago deben facilitar información:

- i) Con anterioridad a la ejecución de la operación —artículo 7—.
- ii) En el momento de la ejecución —artículo 8—.
- iii) Con posterioridad a aquella, tanto al ordenante de la operación, tras la recepción de la orden de pago —artículo 9—, como al beneficiario, tras la ejecución de la operación de pago —artículo 10—.

Operaciones amparadas en un contrato marco

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco —artículos 11-16—, el proveedor de servicios de pago deberá proporcionar:

- i) Información general al usuario con anterioridad a la celebración del contrato marco —artículo 11—.
- ii) A solicitud del ordenante, información con anterioridad a la ejecución de la operación de pago sujeta al contrato marco, en el caso de haber sido iniciada por aquel —artículo 14—.
- iii) Información al ordenante y al beneficiario tras la ejecución de la operación —artículos 15 y 16—.

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 y en la norma novena de la Circular del Banco de España 5/2012.

Conservación de documentos

La entidad está obligada a conservar copia del contrato firmada por el cliente. Véase a este respecto lo dispuesto en el apartado 6 («Depósitos a la vista»), punto 6.3 («Apertura. Obligaciones derivadas de la normativa de transparencia»), en relación con la obligación de entrega del documento contractual y de conservación de documentos. Por otra parte, hay que recordar que el artículo 13 de la OSP establece que el usuario de servicios de pago tendrá derecho a recibir, en cualquier momento de la relación contractual, copia de las condiciones pactadas en el contrato marco.

8.1.3 Modificación de las condiciones del contrato marco

Tras la entrada en vigor de la LSP, según disponía su artículo 22, y se mantiene sustancialmente en la norma vigente, la modificación de las condiciones del contrato marco había de ser propuesta por el proveedor de servicios de pago de forma individualizada y en papel o soporte duradero, en términos fácilmente comprensibles y de manera clara y legible, con una antelación no inferior a dos meses respecto a la entrada en vigor de la modificación.

8.1.4 Resolución del contrato

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

8.1.5 Comisiones y gastos

Nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el epígrafe 6.4.19, «Cancelación de la cuenta».

Véase a este respecto lo dispuesto en el punto 5.2 («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 —LSP y OSP—, que regula la información que se ha de suministrar a los usuarios de servicios de pago, incluyendo la relativa a las condiciones de la operación y a los gastos aplicables.

Así pues, con carácter general, la normativa prevé una doble garantía para el usuario:

- Le deberá ser suministrada, de forma individualizada, información previa y posterior a la operación —incluyendo la relativa a los gastos que deberá abonar al proveedor de servicios de pago, añadiendo, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes—.
- Deberá poder contar con la información genérica, que habrá de estar disponible en todos y cada uno de los establecimientos desde los que pudiera iniciarse la operación de pago.

8.1.6 Uso no autorizado

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

Entre sus peculiaridades, cabe destacar que:

- Es aplicable a cualquier dispositivo personalizado utilizado por el usuario del servicio de pago para iniciar una orden de pago. Es decir, resulta igualmente aplicable a las libretas de ahorro y a otros instrumentos de pago, además de a las tarjetas de pago.
- Se fija un plazo máximo general para comunicar a la entidad que se ha producido una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, estableciéndose el plazo en 13 meses desde la fecha de adeudo o abono.
- El límite de responsabilidad se aplicará, entre 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 o el ordenante de una transferencia— tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarlo a la entidad, sin tardanza injustificada.

Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de 13 meses desde la fecha del adeudo o del abono.

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

En estos supuestos, el proveedor de servicios de pago del ordenante debe 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; ello, claro está, con independencia del derecho

que asiste a la entidad de efectuar cuantas actuaciones estime convenientes en defensa de sus legítimos intereses.

Prueba de la autenticación y ejecución de operaciones de pago

En los casos de operaciones no autorizadas a los que nos venimos refiriendo con carácter general, corresponde a la entidad demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o por cualquier otra anomalía, poniendo a disposición del cliente la documentación acreditativa de la operación en cuestión.

8.1.7 Traslado de cuentas de pago

Dentro de las novedades regulatorias acaecidas en los dos últimos años en el ámbito de los servicios de pago, hemos de hacer especial mención del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, en vigor desde el día siguiente a su publicación, que es el resultado de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/92/UE, sobre comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

En virtud del real decreto-ley y de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, los proveedores de servicios de pago deberán facilitar el traslado eficaz y ágil de las cuentas de pago, colaborando activamente e intercambiando toda la información que resulte necesaria, llevando a cabo las acciones señaladas en la orden en un plazo de 12 días hábiles y siendo dicho servicio gratuito para el cliente.

Por otra parte, el artículo 15.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y, en desarrollo de esta, la Circular 5/2012, de 27 de junio, en su norma quinta, punto 5, ya establecían el deber de las entidades de colaborar activamente y de intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre ellas y con el cliente, al objeto de facilitar el traslado a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que utilicen como soporte una cuenta a la vista; por ejemplo, domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencias y transferencias periódicas recibidas.

Asimismo, en la norma sexta, apartado 2.1.i), de la misma circular se incluye, dentro de la información precontractual que deben facilitar las entidades de depósito, la adhesión a los «principios comunes para el traslado de las cuentas bancarias», diseñados para su aplicación a escala comunitaria por el Comité Europeo de Industria Bancaria (EBIC, por sus siglas en inglés), debiendo indicar la entidad de forma destacada, en caso de no haberse adherido, este último aspecto.

Este DCMR ha venido indicando que, dado que el procedimiento de traspaso de la cuenta involucra, por un lado, a dos entidades y, por otro, al cliente, y que dicho procedimiento se inicia mediante solicitud a la entidad receptora, los reclamantes deberían formular reclamación contra ambas entidades, aportando los datos concretos de la operación de traspaso que consideren defectuosamente realizada, así como las fechas en que fue solicitado el traspaso y en que este fue efectuado, la demora y cuantos datos sean necesarios para comprobar si el procedimiento se realizó correctamente, toda vez que el DCMR solo puede pronunciarse sobre operaciones concretas y debidamente documentadas.

Respecto a lo anterior, consúltese el recuadro 2.4, sobre el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, en lo relativo al traslado de cuentas de pago.

8.1.8 Comparabilidad de comisiones

Por otra parte, con motivo del mandato contenido en el citado Real Decreto-ley 19/2017, el Banco de España ha publicado, en su sitio web (www.bde.es), un listado de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, incorporando así la terminología normalizada recogida en el Reglamento Delegado de la Comisión Europea, publicado el 11 de enero de 2018, y en la Circular del Banco de España 2/2019, de 29 de marzo, que deberá ser utilizada por las entidades en su información contractual, comercial y publicitaria con los clientes.

Dicho listado se compone de los siguientes servicios: i) mantenimiento de la cuenta; ii) emisión y mantenimiento de una tarjeta de débito; iii) emisión y mantenimiento de una tarjeta de crédito; iv) descubierto expreso; v) descubierto tácito; vi) transferencia; vii) orden permanente; viii) retirada de efectivo a débito mediante tarjeta en cajeros automáticos; ix) retirada de efectivo a crédito mediante tarjeta en cajeros automáticos; x) servicio de alertas (SMS, correo electrónico o similar); xi) negociación y compensación de cheques, y xii) devolución de cheques.

Otra novedad introducida por la norma con el fin de facilitar la comparabilidad entre cuentas es la puesta a disposición por parte del Banco de España de un sitio web de acceso gratuito que permite comparar las comisiones aplicadas por los diferentes proveedores de servicios de pago por, al menos, los servicios más representativos. Además, se prevé la posibilidad de que otros operadores establezcan sitios web de comparación, previa presentación ante este organismo supervisor de una declaración responsable sobre el cumplimiento de ciertos requisitos, cuyo objetivo es asegurar que actúan con independencia, objetividad y transparencia.

Respecto a lo anterior, consúltese el recuadro 2.4, sobre el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, en lo relativo a la comparabilidad de cuentas de pago.

Recuadro 2.4

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO

El 25 de noviembre de 2017 se publicó el *Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones* (en adelante, el Real Decreto-ley 19/2017), que transpone parcialmente la Directiva 2014/92/UE del

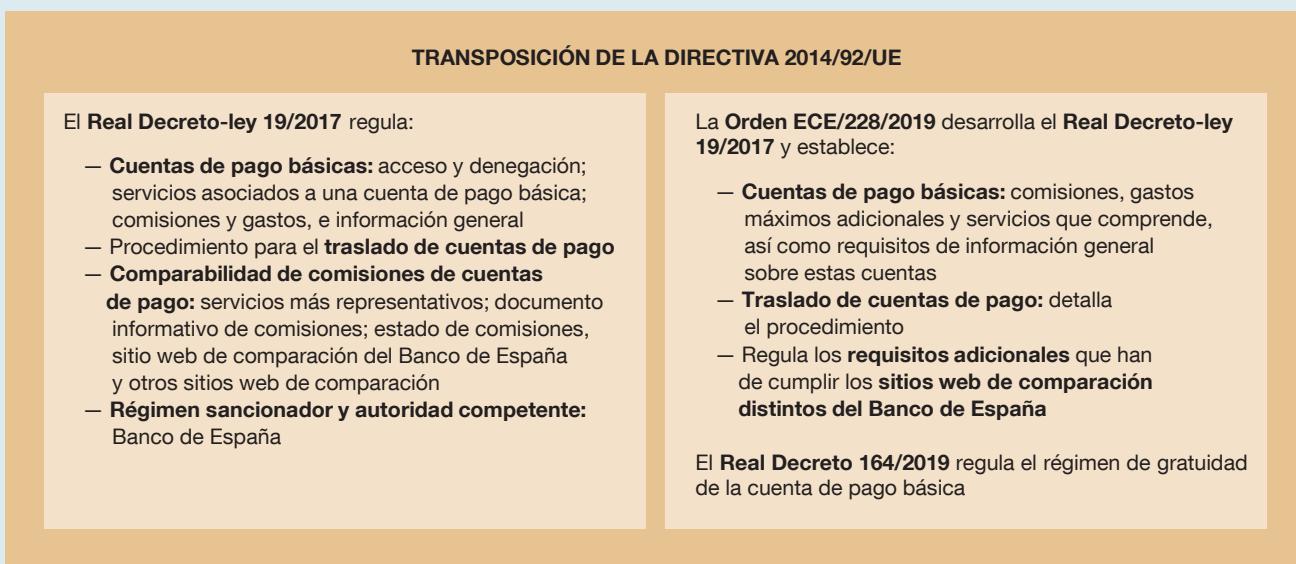
Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas (en adelante, la Directiva 2014/92/UE). La transposición se completa con

Esquema 1
PRINCIPALES MEDIDAS PREVISTAS EN LA DIRECTIVA 2014/92/UE



FUENTE: Banco de España.

Esquema 2
PRINCIPALES MEDIDAS INCLUIDAS EN CADA UNA DE LAS NORMAS



FUENTE: Banco de España.

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación (en adelante, la Orden ECE/228/2019), y el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera (en adelante, el Real Decreto 164/2019).

1 Comparabilidad de comisiones asociadas a las cuentas de pago

Con el objetivo de mejorar la transparencia de las comisiones ligadas a servicios asociados a cuentas de pago, y para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma más ágil y rápida, incluso a escala transfronteriza, la Directiva 2014/92/UE contempla una serie de medidas destinadas a mejorar la comparabilidad de las comisiones

asociadas a las cuentas de pago. Estas medidas incluyen: el establecimiento de una terminología estandarizada de servicios; la determinación de documentos estandarizados de información previa y periódica, y el establecimiento de sitios web que permitan comparar las comisiones que los proveedores de servicios de pago cobran por los servicios asociados a cuentas de pago.

1.1 Terminología estandarizada de servicios

El establecimiento de una terminología estandarizada de servicios asociados a las cuentas de pago se enmarca dentro del primer bloque de medidas de la Directiva 2014/92/UE tendentes a lograr una mejora en la comparabilidad de las comisiones de pago.

El artículo 15 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que el Banco de España deberá publicar y mantener actualizada la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago, que incorpore la

Cuadro 1
LISTA DE TERMINOLOGÍA ESTANDARIZADA EUROPEA

Término	Definición
Mantenimiento de la cuenta	La entidad gestiona la cuenta para que el cliente pueda operar con ella.
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de débito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe de cada una de las operaciones realizadas con la tarjeta se carga directamente y en su totalidad a la cuenta del cliente.
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de crédito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe total correspondiente a las operaciones realizadas con la tarjeta durante un período de tiempo acordado se carga total o parcialmente a la cuenta del cliente en la fecha acordada. En el contrato de crédito formalizado entre la entidad y el cliente se determina si se aplican intereses por las cantidades dispuestas.
Descubierto expreso	La entidad y el cliente acuerdan por anticipado que este último pueda disponer de fondos cuando no quede saldo disponible en su cuenta. En el acuerdo se determina la cantidad máxima de la que puede disponerse y si el cliente deberá abonar comisiones e intereses.
Transferencia	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad transfiere fondos desde la cuenta del cliente a otra cuenta.
Orden permanente	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad realiza periódicamente transferencias de un importe determinado desde la cuenta del cliente a otra cuenta.
Domiciliación bancaria	El cliente permite a un tercero (beneficiario) ordenar a la entidad que transfiera fondos desde la cuenta del cliente a la del beneficiario, la entidad transfiere los fondos al beneficiario en la fecha o fechas acordadas entre el cliente y el beneficiario. El importe de dichos adeudos puede variar.
Retirada de efectivo	El cliente retira efectivo de su cuenta.

FUENTE: Reglamento delegado 2018/32.

Recuadro 2.4

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

terminología normalizada contenida en el Reglamento Delegado (UE) 2018/32 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se complementa la Directiva 2014/92/UE, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación de una terminología normalizada de la Unión Europea (UE) aplicable a los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

Con la publicación de este listado, se espera, por un lado, lograr cierta armonización en la forma en que los proveedores de servicios de pago nacionales denominan a los servicios asociados a las cuentas de pago y, por otro, garantizar cierta coherencia con el modo en que los

proveedores de servicios de pago de otros Estados miembros hacen alusión a los mismos. Se pretende, además, que los consumidores puedan identificar, más fácilmente, la cuenta de pago que más se ajusta a sus necesidades y características, incluso a escala transfronteriza.

Tras la publicación de la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago en el sitio web del Banco de España, la lista se incorporó en la *Circular del Banco de España 2/2019*, de 29 de marzo, sobre los requisitos del documento informativo de las comisiones y del estado de comisiones, y los sitios web

Cuadro 2
LISTA DE SERVICIOS MÁS REPRESENTATIVOS ASOCIADOS A UNA CUENTA DE PAGO

Servicio	Definición
Mantenimiento de la cuenta	La entidad gestiona la cuenta para que el cliente pueda operar con ella.
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de débito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe de cada una de las operaciones realizadas con la tarjeta se carga directamente y en su totalidad a la cuenta del cliente.
Emisión y mantenimiento de una tarjeta de crédito	La entidad facilita una tarjeta de pago asociada a la cuenta del cliente. El importe total correspondiente a las operaciones realizadas con la tarjeta durante un período de tiempo acordado se carga total o parcialmente a la cuenta del cliente en la fecha acordada. En el contrato de crédito formalizado entre la entidad y el cliente se determina si se aplican intereses por las cantidades dispuestas.
Descubierto expreso	La entidad y el cliente acuerdan por anticipado que este último pueda disponer de fondos cuando no quede saldo disponible en su cuenta. En el acuerdo se determina la cantidad máxima de la que puede disponerse y si el cliente deberá abonar comisiones e intereses.
Descubierto tácito	La entidad pone fondos a disposición del cliente que superan el saldo disponible en su cuenta. No existe acuerdo previo entre la entidad y el cliente.
Transferencia	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad transfiere fondos desde la cuenta del cliente a otra cuenta.
Orden permanente	Siguiendo instrucciones del cliente, la entidad realiza periódicamente transferencias de un importe determinado desde la cuenta del cliente a otra cuenta.
Retirada de efectivo a débito mediante tarjeta en cajeros automáticos	El cliente retira efectivo de su cuenta a través de un cajero automático de otra entidad, mediante tarjeta, a cuenta del saldo disponible.
Retirada de efectivo a crédito mediante tarjeta en cajeros automáticos	El cliente retira efectivo a través de un cajero automático de su entidad o de otra entidad, mediante tarjeta, cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para el cliente y con independencia del saldo disponible en la cuenta.
Servicio de alertas (SMS, e-mail o similar)	La entidad remite información sobre movimientos efectuados en la cuenta del cliente mediante SMS, correo electrónico u otra tecnología similar.
Negociación y compensación de cheques	La entidad realiza las gestiones oportunas para obtener el cobro de un cheque.
Devolución de cheques	La entidad realiza actos ocasionados por la falta de pago de un cheque por otra entidad.

FUENTE: Anejo 1 Circular 2/2019.

Recuadro 2.4

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 5/2012 (en adelante, la Circular 2/2019).

Por otro lado, el artículo 20 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán utilizar los términos incluidos en la lista de terminología estandarizada en la información contractual, comercial y publicitaria relativa a cuentas de pago, además de en los formularios estandarizados regulados en la propia Directiva 2014/92/UE, que serán explicados en el apartado siguiente.

1.2 Documentación estandarizada

Dentro del bloque de medidas destinadas a mejorar la transparencia y la comparabilidad de las comisiones asociadas a cuentas de pago, la Directiva 2014/92/UE también contempla la entrega, por un lado, de un documento de información previa, el *documento*

informativo de las comisiones, que deberá ofrecer, de un solo vistazo, la información más relevante que permita al consumidor decidir qué cuenta le interesa más y, por otro, un documento que deberá recoger información sobre las comisiones cobradas durante el período de referencia, por todos los servicios asociados a la cuenta del pago del consumidor, el *estado de comisiones*.

A Documento informativo de las comisiones

El artículo 16 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán proporcionar a sus clientes o potenciales clientes, gratuitamente y con la suficiente antelación, un documento informativo de las comisiones, en el que deberá figurar la terminología estandarizada de la lista de los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago, junto con las comisiones aplicables a cada uno de dichos servicios, si el proveedor de servicios de pago los ofrece.

Imagen 1
FORMULARIO DEL DOCUMENTO INFORMATIVO DE LAS COMISIONES

Documento informativo de las comisiones																									
Nombre del proveedor de la cuenta: Nombre de la cuenta: Fecha:																									
<ul style="list-style-type: none">El presente documento le informa sobre las comisiones aplicadas por la utilización de los principales servicios asociados a la cuenta de pago. Le ayudará a compararlas con las comisiones de otras cuentas.También pueden aplicarse comisiones por la utilización de otros servicios asociados a la cuenta que no se recogen aquí. Encuentra toda la información en [indíquense los nombres de los documentos contractuales y precontractuales pertinentes].Tiene a su disposición, de forma gratuita, un glosario de los términos utilizados en el presente documento.																									
<table border="1"><thead><tr><th>Servicio</th><th>Comisión</th></tr></thead><tbody><tr><td colspan="2">Servicios generales de la cuenta</td></tr><tr><td>[servicio principal] [marca comercial]</td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="2">Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.</td></tr><tr><td colspan="2">Pagos (excluidas las tarjetas)</td></tr><tr><td></td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="2">Tarjetas y efectivo</td></tr><tr><td></td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="2">Descubiertos y servicios conexos</td></tr><tr><td></td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="2">Otros servicios</td></tr><tr><td></td><td>[•]</td></tr></tbody></table>		Servicio	Comisión	Servicios generales de la cuenta		[servicio principal] [marca comercial]	[•]	Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.		Pagos (excluidas las tarjetas)			[•]	Tarjetas y efectivo			[•]	Descubiertos y servicios conexos			[•]	Otros servicios			[•]
Servicio	Comisión																								
Servicios generales de la cuenta																									
[servicio principal] [marca comercial]	[•]																								
Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.																									
Pagos (excluidas las tarjetas)																									
	[•]																								
Tarjetas y efectivo																									
	[•]																								
Descubiertos y servicios conexos																									
	[•]																								
Otros servicios																									
	[•]																								
<table border="1"><thead><tr><th>Paquete de servicios</th><th>Comisión</th></tr></thead><tbody><tr><td>[marca comercial]</td><td>[•] [•]</td></tr></tbody></table> <p>Los servicios que excedan de estas cantidades se cobrarán por separado.</p>		Paquete de servicios	Comisión	[marca comercial]	[•] [•]																				
Paquete de servicios	Comisión																								
[marca comercial]	[•] [•]																								
<table border="1"><thead><tr><th colspan="2">Información sobre los servicios adicionales</th></tr><tr><th colspan="2">Información sobre las comisiones aplicadas por los servicios que excedan de la cantidad cubierta por el paquete de servicios (excluidas las comisiones anteriormente indicadas).</th></tr><tr><th>Servicio</th><th>Comisión</th></tr></thead><tbody><tr><td>[marca comercial]</td><td>[•]</td></tr></tbody></table>		Información sobre los servicios adicionales		Información sobre las comisiones aplicadas por los servicios que excedan de la cantidad cubierta por el paquete de servicios (excluidas las comisiones anteriormente indicadas).		Servicio	Comisión	[marca comercial]	[•]																
Información sobre los servicios adicionales																									
Información sobre las comisiones aplicadas por los servicios que excedan de la cantidad cubierta por el paquete de servicios (excluidas las comisiones anteriormente indicadas).																									
Servicio	Comisión																								
[marca comercial]	[•]																								
<table border="1"><thead><tr><th colspan="2">Indicador de costes totales</th></tr></thead><tbody><tr><td colspan="2">[•]</td></tr></tbody></table>		Indicador de costes totales		[•]																					
Indicador de costes totales																									
[•]																									

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/34.

Recuadro 2.4

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

Este documento debe ser corto, fácil y preciso, y contendrá únicamente información sobre las comisiones asociadas a los servicios incluidos en la lista de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago. Se pretende, por tanto, que el consumidor pueda entender de un simple vistazo las comisiones que va a tener que pagar por la utilización de aquellos servicios más habituales (transferencias, retiradas de efectivo, etc).

Los proveedores de servicios de pago deberán elaborar un documento informativo de las comisiones por cada tipo de cuenta que ofrezcan. Estos documentos habrán de publicarse en los tablones de anuncios (en caso de contar con ellos) y en los sitios web de los proveedores de servicios de pago, junto con el propio listado de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

Para su elaboración, los proveedores de servicios de pago utilizarán el formulario contenido en el *Reglamento*

de Ejecución (UE) 2018/34 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución respecto del formato de presentación normalizado del documento informativo de las comisiones y su símbolo común, y atenderán las instrucciones adicionales recogidas en la Circular 2/2019.

B Estado de comisiones

El artículo 17 del Real Decreto-ley 19/2017 establece que los proveedores de servicios de pago deberán facilitar al cliente, gratuitamente y, al menos, con periodicidad anual, un estado de comisiones que incluya las comisiones cobradas por todos los servicios asociados a la cuenta de pago del cliente, durante el período al que el documento hace referencia, así como, en su caso, la información relativa a los tipos de interés aplicados y cobrados.

Imagen 2
FORMULARIO DEL ESTADO DE COMISIONES

Estado de comisiones																																														
[Nombre del proveedor de la cuenta] [Datos de contacto del proveedor de la cuenta]																																														
[Nombre del cliente] [Datos de contacto]																																														
Cuenta Identificación de la cuenta																																														
Periodo Del al Fecha																																														
<ul style="list-style-type: none">El presente documento le ofrece una panorámica de todas las comisiones por los servicios asociados a su cuenta de pago durante el período anteriormente indicado.También le proporciona información sobre todos los intereses que se le hayan cargado o abonado durante ese período.La información sobre las distintas operaciones y sobre el saldo de la cuenta se encuentra en sus extractos de cuenta.																																														
Resumen de comisiones e intereses																																														
Total de comisiones cobradas (total de comisiones del paquete de servicios y comisiones totales cobradas)	[•]																																													
Total de intereses cargados	[•]																																													
Total de intereses abonados	[•]																																													
Indicador de costes totales	[•]																																													
Estado detallado de las comisiones cobradas en la cuenta																																														
<table border="1"><thead><tr><th>Servicio</th><th>Número de veces que se ha utilizado el servicio</th><th>Comisión unitaria</th><th>Número de veces que se ha cobrado la comisión</th><th>Total</th></tr></thead><tbody><tr><td colspan="5">Servicios generales de la cuenta</td></tr><tr><td>[•]</td><td></td><td></td><td></td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="5">Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado</td></tr><tr><td colspan="5">Pagos (excluidas las tarjetas)</td></tr><tr><td colspan="5">Tarjetas y efectivo</td></tr><tr><td colspan="5">Descubiertos y servicios conexos</td></tr><tr><td colspan="5">Otros servicios</td></tr><tr><td colspan="4">Total de comisiones cobradas</td><td>[•]</td></tr></tbody></table>		Servicio	Número de veces que se ha utilizado el servicio	Comisión unitaria	Número de veces que se ha cobrado la comisión	Total	Servicios generales de la cuenta					[•]				[•]	Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado					Pagos (excluidas las tarjetas)					Tarjetas y efectivo					Descubiertos y servicios conexos					Otros servicios					Total de comisiones cobradas				[•]
Servicio	Número de veces que se ha utilizado el servicio	Comisión unitaria	Número de veces que se ha cobrado la comisión	Total																																										
Servicios generales de la cuenta																																														
[•]				[•]																																										
Incluye un paquete de servicios que consiste en: Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado																																														
Pagos (excluidas las tarjetas)																																														
Tarjetas y efectivo																																														
Descubiertos y servicios conexos																																														
Otros servicios																																														
Total de comisiones cobradas				[•]																																										
Estado detallado de las comisiones incluidas en el paquete de servicios																																														
<table border="1"><thead><tr><th>Paquete de servicios</th><th>Comisión</th><th>Número de veces que se ha cobrado la comisión</th></tr></thead><tbody><tr><td>«Paquete de servicios» [marca comercial, en su caso]</td><td>[•]</td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="3">Incluye:</td></tr><tr><td colspan="3">Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado.</td></tr></tbody></table>		Paquete de servicios	Comisión	Número de veces que se ha cobrado la comisión	«Paquete de servicios» [marca comercial, en su caso]	[•]	[•]	Incluye:			Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado.																																			
Paquete de servicios	Comisión	Número de veces que se ha cobrado la comisión																																												
«Paquete de servicios» [marca comercial, en su caso]	[•]	[•]																																												
Incluye:																																														
Los servicios que exceden de estas cantidades se han cobrado por separado.																																														
Detalle de los intereses cargados a la cuenta																																														
<table border="1"><thead><tr><th>Tipo de interés</th><th>Intereses</th></tr></thead><tbody><tr><td></td><td>[•]</td></tr><tr><td colspan="2">Total de intereses cargados</td></tr></tbody></table>		Tipo de interés	Intereses		[•]	Total de intereses cargados																																								
Tipo de interés	Intereses																																													
	[•]																																													
Total de intereses cargados																																														

FUENTE: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/33.

Recuadro 2.4

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

Este documento se entregará en enero de cada año y hará alusión a la información relativa a las comisiones cobradas por aquellos servicios asociados a la cuenta de pago del cliente que hayan sido efectivamente prestados durante el año natural anterior. Se podrá entregar junto con el «documento anual de comisiones y gastos» previsto en la Circular 5/2012, pero ambos documentos no podrán unificarse.

Para su elaboración, los proveedores de servicios de pago utilizarán el formulario contenido en el *Reglamento de Ejecución (UE) 2018/33* de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución respecto del formato de presentación normalizado del estado de comisiones y su símbolo común, y tendrán en cuenta las instrucciones adicionales recogidas en la Circular 2/2019.

1.3 Sitios web de comparación

A Sitio web de comparación del Banco de España

El artículo 18 del Real Decreto-ley 19/2017 preceptúa que el Banco de España dispondrá de un sitio web, de acceso gratuito, que permita comparar las comisiones asociadas, como mínimo, a los servicios incluidos en la lista de terminología estandarizada de servicios. Dicho sitio web deberá estar debidamente actualizado y posibilitará la

descarga completa de esta información, de forma puntual, y en formatos que faciliten su tratamiento por parte de los usuarios. Se espera que este sitio web facilite a los usuarios el acceso ágil y rápido a información sobre las comisiones que los proveedores de servicios de pago cobran por los servicios más comunes asociados a cuentas de pago.

Para dar efectivo cumplimiento a este mandato, la Circular 2/2019 establece un reporte periódico de las cuantías que los proveedores de servicios de pago van a cobrar por las comisiones relativas a los servicios incluidos en la lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

B Otros sitios web de comparación

Por su parte, el artículo 19 del Real Decreto-ley 19/2017 prevé que aquellos operadores distintos del Banco de España que deseen establecer sitios web que permitan comparar comisiones por los servicios asociados a cuentas de pago deberán presentar ante el Banco de España, con carácter previo al inicio de su actividad, una declaración responsable sobre los requisitos que les resultan de aplicación.

El mismo artículo contempla una serie de requisitos que resultan de aplicación a estos operadores y que están

Esquema 3

PRINCIPALES REQUISITOS APLICABLES A LOS OPERADORES DE SITIOS WEB DE COMPARACIÓN

<p>El artículo 19 del Real Decreto-ley 19/2017 establece los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none">– Ser funcionalmente independientes– Garantizar que los PSP reciben un trato equitativo en los resultados de las búsquedas– Indicar sus propietarios– Establecer los criterios claros y objetivos en los que se basará la comparación– Utilizar un lenguaje sencillo y, en su caso, la terminología estandarizada– Proporcionar información precisa– Incluir un conjunto amplio de las ofertas– Ofrecer un procedimiento eficaz de notificación de errores	<p>El artículo 13 de la Orden ECE/228/2019 establece los siguientes requisitos adicionales:</p> <ul style="list-style-type: none">– Contar con políticas y procedimientos escritos que garanticen el cumplimiento de los requisitos– Mostrar la información de forma que la prevalencia de alguno de los productos no responda exclusivamente a intereses comerciales– El motivo principal por el que aparezcan productos en los resultados no puede ser la retribución del propio PSP– Cuando entre los resultados se incluya cualquier publicidad, esta deberá indicar la palabra «anuncio»– Toda publicidad que lleven a cabo deberá ser clara, objetiva y no engañosa
--	--

FUENTE: Banco de España.

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

destinados principalmente a garantizar la independencia de estos y de los resultados de las búsquedas. El artículo 13 de la Orden ECE/228/2019 establece una serie de principios adicionales que, con los mismos objetivos, también resultan de aplicación a estos operadores.

El artículo 19 del Real Decreto-ley 19/2017, además, asigna al Banco de España la función de verificar el cumplimiento y el mantenimiento, por parte de los operadores de sitios web de comparación, de los requisitos anteriormente mencionados.

2 Traslado de cuentas de pago

Para facilitar que los consumidores europeos puedan cambiar de proveedor de servicios de pago de una forma más ágil y rápida, la Directiva 2014/92/UE también prevé el establecimiento de un procedimiento armonizado para el traslado de cuentas de pago que se fundamente en unos principios comunes que resultan de aplicación en toda la UE.

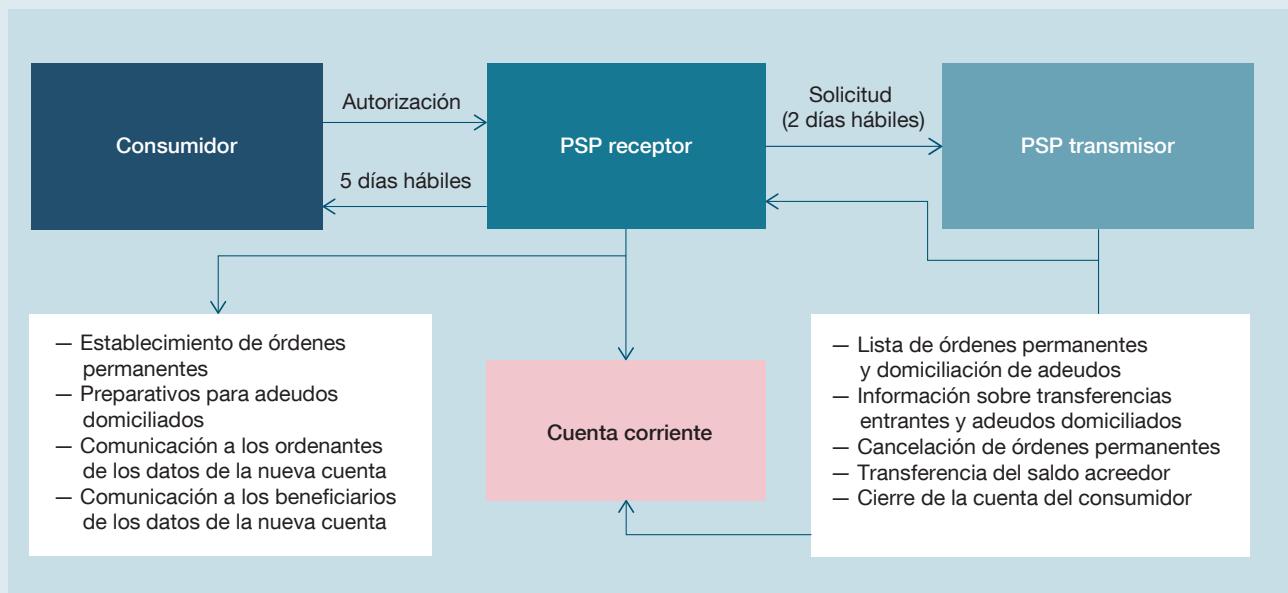
El Real Decreto-ley 19/2017 configura un procedimiento para el traslado de cuentas de pago «eficaz y ágil», imponiendo una colaboración activa entre los proveedores

de servicios de pago y el propio cliente. Esta norma sienta las bases del procedimiento que se debe seguir para llevar a efecto el traslado y establece el deber de reembolsar, con la mayor brevedad posible, el perjuicio financiero que pudiera, en su caso, ocasionarse al cliente. También contempla la posibilidad de denegar el traslado del saldo, cuando existan obligaciones de pago exigibles y pendientes de cargo.

La Orden ECE/228/2019 fija la gratuitidad del procedimiento para los consumidores, determina una serie de medidas tendentes a facilitar la apertura transfronteriza de cuentas de pago y establece el procedimiento concreto que se ha de seguir cuando se recibe una solicitud de traslado de cuenta de pago.

El procedimiento será iniciado por el proveedor de servicios de pago receptor tras la presentación de la correspondiente solicitud. El cliente deberá cumplimentar un formulario que autorice al proveedor de servicios de pago receptor a obtener cierta información necesaria para el traslado, así como a realizar una serie de actuaciones contempladas en el proceso. Este, por su parte, deberá, en el plazo de dos días hábiles, solicitar al proveedor de servicios de pago transmisor que le facilite

Esquema 4
PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO



FUENTE: Banco de España.

REAL DECRETO-LEY 19/2017, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE CUENTAS DE PAGO BÁSICAS, TRASLADO DE CUENTAS DE PAGO Y COMPARABILIDAD DE COMISIONES, Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO (cont.)

la lista de órdenes permanentes, transferencias y adeudos, así como información relativa a transferencias entrantes y emitidas de la cuenta de pago original.

Finalmente, en el plazo de cinco días hábiles desde la recepción de la información anterior, el proveedor de servicios de pago receptor deberá: abrir la nueva cuenta, establecer las correspondientes órdenes permanentes, llevar a cabo los preparativos necesarios

para la aceptación de adeudos domiciliados y comunicar a los ordenantes de transferencias periódicas y a los beneficiarios de los adeudos los datos de la nueva cuenta. Dentro de este mismo plazo, el proveedor de servicios de pago transmisor, a su vez, tendrá que cancelar las correspondientes órdenes, transferir el saldo acreedor de la cuenta y proceder a la cancelación de la cuenta original, en caso de que el cliente así lo haya solicitado.

8.2 Tarjetas

8.2.1 Gastos y comisiones

Emisión, renovación y mantenimiento

Antes de desarrollar cuestiones específicas del apartado relativo a tarjetas, y por lo que se refiere a comisiones y gastos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 8.1.5.

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

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

En las reclamaciones resueltas durante el año 2018 se ha analizado que las entidades estuviesen en condiciones de acreditar ante el DCMR el haber adaptado los contratos de tarjeta de crédito o de débito a los preceptos de la LSP dentro del plazo conferido al efecto, así como el haber informado a su cliente de los gastos y comisiones que se derivarían por la emisión, la renovación y el mantenimiento de las tarjetas, o de su posterior modificación; de lo contrario, el DCMR pudo estimar que su proceder resultaba contrario a lo establecido por la normativa de transparencia y protección de la clientela y/o las buenas prácticas y usos financieros.

Reclamación de posiciones deudoras

Véase a este respecto lo dispuesto en el apartado sobre comisión de reclamación de posiciones deudoras, incluida en el apartado 6.4.14.

Límites de utilización y disposición de capital de la tarjeta

Los contratos de tarjeta de crédito recogen características propias de su doble naturaleza: por un lado, como instrumento de pago y, por otro, como instrumento de crédito en virtud del cual la entidad emisora concede financiación al titular con un determinado límite para financiar las operaciones autorizadas con la tarjeta. En función de esta doble naturaleza de las tarjetas de crédito, pueden establecerse límites a su uso como instrumento de pago y límites a la disposición de efectivo, a crédito, o del saldo de la cuenta vinculada.

En ambos casos, la entidad emisora debe tener muy presentes los principios de claridad y transparencia con respecto a la información que debe facilitar al cliente titular del instrumento de pago.

En las tarjetas de débito, con carácter general y salvo cualquier otra disposición en el contrato, su límite natural es el saldo de la cuenta asociada y, en las de crédito, el crédito disponible.

Las modificaciones contractuales que se pretendan realizar sobre una tarjeta, en cuanto instrumento de pago, deben realizarse, en caso de contratación con consumidores, siguiendo el procedimiento establecido en la normativa de servicios de pago y, en lo que resulte de aplicación, de conformidad con lo previsto en la normativa de transparencia de los servicios bancarios —en particular, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, como normativa que regula la transparencia de los servicios bancarios—. En las tarjetas de crédito, además de la normativa aludida, resulta aplicable la normativa de crédito al consumo⁸⁹, en tanto la tarjeta va a servir como forma de disposición de un crédito.

El cambio en las circunstancias que determinaron la fijación del límite de crédito disponible de la tarjeta podría ocasionar una reducción del límite concedido, siempre respetando el procedimiento, el plazo y las formalidades acordados en la normativa vigente de aplicación, según la naturaleza de la modificación.

89 Por lo que se refiere a la línea de crédito asociada a la tarjeta de crédito, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1.4 de la LSP, en virtud del cual dicha ley se entendía «sin perjuicio de lo previsto en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza», referencia que había de entenderse hecha a la vigente LCCC de 2011, que deroga la Ley 7/1995. Por su parte, el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 19/2018 contiene idéntica previsión, hoy ya referida a la vigente LCCC.

En los contratos de tarjeta debe establecerse un límite de utilización que sirva para delimitar la responsabilidad de una y otra parte en los casos de uso fraudulento de la tarjeta, en el que este límite opera como un límite de garantía.

En el supuesto de 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, estaríamos ante una modificación de las condiciones contractuales que debería efectuarse en los términos y con los requisitos que exige la normativa de transparencia y protección de la clientela, señalados anteriormente.

En este marco, en la R-201813093 la reclamante mostraba su malestar, entre otros aspectos, con la ampliación del límite de disposición diaria de efectivo —de su tarjeta— en cajero automático por parte de los supuestos autores de operaciones fraudulentas, que le habrían sustraído previamente el instrumento de pago y otra documentación.

El DCMR comprobó que dicha modificación había sido efectuada en un cajero tras la introducción del PIN y la marcación del NIF de la titular, lo cual mereció nuestro pronunciamiento desfavorable, dado que no resulta razonable que la mera introducción de un dato fácilmente accesible en los casos de hurtos de cartera —NIF— permita la modificación del dicho límite, que recordamos debe operar como un auténtico límite de garantía o seguridad.

Comisión por exceso sobre el límite de crédito

No podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, circunstancialmente, efectuar operaciones por encima del límite de crédito, ya que 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 superar el límite de crédito que les fue concedido.

Una vez aclarado lo anterior, y respecto a esta comisión, 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 del que se trate el cliente no ha efectuado disposiciones con tarjeta que excedan el límite de crédito.
- No puede reiterarse como consecuencia de un mismo excedido, aun en el caso de que este se prolongue en sucesivas liquidaciones de la 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 tampoco cargarse una vez cancelada la tarjeta, dado que ya no existe límite alguno concedido desde el momento en el que se lleva a cabo la cancelación.

La normativa vigente instituye la libertad de las entidades para pactar con sus clientes las comisiones que estimen oportunas. Las únicas limitaciones que, en principio, se establecen son que se correspondan con servicios solicitados por sus clientes y que sean efectivamente prestados. Además, aquellas deberán poder estar en condiciones de acreditar el cumplimiento, en relación con las comisiones aplicadas, de la normativa de transparencia de las operaciones vigente en cada momento.

Comisión por cancelación anticipada

La propia LSP reconoce, en su artículo 21 (hoy 32 del RD-I), la posibilidad de que en los contratos de duración indefinida las partes pudieran pactar el derecho de una y otra a resolver el contrato en cualquier momento, debiendo la entidad avisar en dicho caso de tal intención a su cliente con una antelación mínima de dos meses. Véase a este respecto el epígrafe 8.1.4, «Resolución del contrato».

Partiendo de la distinción ya expuesta de la doble naturaleza de la tarjeta en cuanto instrumento de pago e instrumento de crédito, ocurrida la resolución del contrato marco de servicios de pago, estaría pendiente la liquidación del crédito dispuesto de la tarjeta. En este sentido, en los artículos 27.1 y 30 de la LCCC se reconoce el derecho a liquidar, en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas de un contrato de crédito. Véase con respecto a esto lo expuesto también sobre el derecho de reembolso anticipado en el epígrafe 3.1.2 de esta Memoria, sobre préstamos con garantía personal. El reembolso anticipado puede generar (de haberse pactado así) una comisión a favor del prestamista que no podrá ser superior al 1 % o al 0,5 % del crédito, dependiendo del tiempo que reste desde la fecha del reembolso anticipado hasta la terminación acordada en el contrato. Esta previsión solo podrá aplicarse en el caso de contratos de crédito de duración determinada, porque, en caso de tratarse de contratos de duración indefinida, podría resultar de aplicación la previsión del artículo 27, que dispone la gratuitad de la liquidación del contrato por iniciativa del consumidor con el plazo de preaviso que se hubiese pactado, que no podrá exceder de un mes.

8.2.2 Actuación unilateral de la entidad

Emisión de tarjetas sin solicitud previa

La normativa de servicios de pago imponía al proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago la obligación de abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hubieran sido solicitados, salvo en caso de que debiera sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago.

Sobre el particular, se dispone que la entidad emisora de la tarjeta ha de cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario facultado para utilizar dicho instrumento, al tiempo que señala que es la entidad la que soporta los riesgos que puedan derivarse del envío del instrumento de pago y de sus elementos de seguridad.

Envío por medios que no aseguran su recepción

El momento de la recepción de la tarjeta es básico para conocer desde cuándo tiene el titular a su cargo el deber de su custodia, así como el de denuncia en caso de verse desposeído de esta o de tener conocimiento de que un tercero ha accedido a cualquiera de sus elementos de seguridad. De esta manera, el DCMR considera que las entidades no podrían hacer recaer responsabilidad alguna sobre sus clientes por operaciones que afirman no haber autorizado si no pueden acreditar el momento en que el titular ha recibido el instrumento de pago, y este afirma no haberlo recibido.

Las entidades, cuando deciden emitir una tarjeta —de acuerdo con la confianza depositada en su cliente—, suelen dar a esta relación un plazo de duración indefinido o temporal con renovaciones tácitas automáticas, lo que supone implícitamente que ambas partes tienen la posibilidad de rescindirla unilateralmente [art. 85.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU)].

Incremento unilateral de tipos de interés

Por lo que se refiere a las modificaciones del contrato marco, cuya regulación se recogía en el artículo 22 de la LSP (y hoy se contempla en el 33 del RD-I), nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado 8.1.3, «Modificación de las condiciones del contrato marco».

Cuando la modificación del contrato marco se refiera al tipo de interés, una vez dicha modificación entre en vigor, el nuevo tipo de interés se aplicará a las

liquidaciones que se practiquen a partir de entonces, que serán comprensivas tanto de las disposiciones realizadas a partir de la modificación como de la deuda viva vigente en ese momento.

Ahora bien, si el usuario de servicios de pago hubiera optado por la resolución del contrato, al no aceptar la aplicación del nuevo tipo de interés, la deuda viva se amortizaría conforme a las condiciones vigentes hasta ese momento (incluido el tipo de interés), lo cual no ha de confundirse con el vencimiento anticipado de la deuda vigente o con que el usuario del servicio de pago hubiera optado por su reembolso anticipado.

Bloqueo unilateral de tarjeta

En relación con el bloqueo del instrumento de pago (en este caso, la tarjeta), la LSP señala en su artículo 26 (hoy 40 del RD-I) que la entidad puede reservarse el derecho a bloquear su utilización, siempre que así se haya acordado en el contrato marco, por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta de aquel o, en caso de que estuviera asociada a una línea de crédito, si su uso pudiera suponer un aumento significativo del riesgo de que el titular pueda ser incapaz de cumplir con su obligación de pago. Asimismo, se establece que en estos supuestos, y de ser posible, la entidad debería comunicar previamente a su cliente el bloqueo; y, si no resultara posible, inmediatamente después⁹⁰.

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 realizar las gestiones pertinentes para obtener los justificantes de las operaciones expedidas por los establecimientos, con el fin de comprobar que dichas disposiciones reúnen 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.

⁹⁰ Véase el artículo 27, número 3, de la LCCC, relativo a la resolución del derecho del consumidor a disponer de cantidades de un contrato de crédito de duración indefinida.

8.2.3 Formas de pago de la deuda de la tarjeta

Las entidades, como profesionales en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, que las obligan a velar tanto por sus intereses como por los de sus clientes, tienen el deber de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que contratan. Los contratos de tarjeta deberán especificar, junto con el resto de las condiciones contractuales, la forma de pago contratada —así como el resto de las modalidades previstas y, en su caso, la forma de modificación—, además del tipo de interés que esta lleve aparejada.

En las tarjetas, existen distintas posibilidades de pago:

- En las tarjetas de débito, el pago se verifica deduciendo el importe mediante cargo en la cuenta vinculada en el momento de la utilización de aquella.
- En las tarjetas de crédito, es frecuente hablar de dos modalidades:
 - Las de pago o de débito diferido, en las que el saldo derivado de la utilización de la tarjeta se carga —normalmente, a fin de mes— en la cuenta vinculada, sin que se perciban, habitualmente, intereses por este aplazamiento de pago.
 - Las de crédito con pago aplazado, que suelen devengar intereses día a día, liquidables mensualmente, a favor del banco, al tipo nominal mensual que figure en las condiciones particulares del contrato.

En todo caso, es necesario que el cliente sea perfectamente advertido de las condiciones económicas de la utilización de la tarjeta, en especial en las de pago aplazado, para evitar situaciones de consumo irresponsable y sobreendeudamiento.

En este sentido, de conformidad con las exigencias que demandan las buenas prácticas, consideramos que los documentos de solicitud-contrato de tarjetas de crédito deberían plantearse de modo que sea el cliente quien opte por una concreta modalidad de pago, lo que supondría por su parte un ejercicio de reflexión, estudio y comparación de las características del producto antes de su elección, de manera que pueda seleccionar la forma de pago que más se ajuste a sus necesidades, así como conocer, desde el inicio de la relación contractual, las consecuencias aparejadas a cada una de ellas.

En consonancia con lo expuesto, en el caso de un contrato de tarjeta cuya forma de pago viniera prefijada por la entidad, no resultaría acorde con las buenas prácticas ni con los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones entre entidades y clientes el que dicha característica —la forma de pago prefijada—

no se recoja de forma destacada, clara y visible en el documento de solicitud de tarjeta.

A mayor abundamiento, si esa forma de pago bajo la que se emite —por defecto— la tarjeta en cuestión no figura destacadamente entre la información precontractual (INE) que debe proporcionarse al cliente con la debida antelación, el DCMR podrá apreciar la concurrencia de un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, al considerar que se trata de información especialmente relevante, en aplicación de las normas sexta y séptima a las que se refiere el punto 1.3.2.a) del anexo 3 de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio. La misma conclusión se alcanzaría en el supuesto de que no apareciesen resaltadas las diversas modalidades de pago que admite la tarjeta, ni la posibilidad de su posterior modificación.

A este respecto, en el expediente R-201811486 el reclamante mostraba su malestar con la forma de pago de su tarjeta de crédito, que había sido establecida por la entidad como pago mínimo, en lugar de como pago a fin de mes, tal y como él habría solicitado en una llamada telefónica. La actuación de la entidad mereció nuestra opinión desfavorable por el hecho de que la forma de pago —pago mínimo— viniera prefijada por aquella en el documento contractual, sin que apareciese este dato de forma clara y destacada. Además, se observó que la INE aportada no tenía resaltada, como información especialmente relevante, la referente a la forma de pago preestablecida ni a las restantes modalidades disponibles, motivo por el cual se estimó que el proceder de la entidad podría suponer un quebrantamiento de la citada circular.

Tarjetas revolving. Lenta amortización de la deuda

Las tarjetas *revolving* son una tipología especial de tarjeta de crédito. Su principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos y otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.).

Las principales características de este tipo de tarjeta son:

- La posibilidad de activar un crédito *revolving*. Frecuentemente ofrecen la posibilidad de operar alternativamente con la modalidad de pago, diferido a fin de mes.
- La modalidad de pago asociada al crédito *revolving*. Estas tarjetas permiten el cobro aplazado mediante cuotas que pueden variar en función del uso que se haga del instrumento de pago y de los abonos que se realicen en

la cuenta de crédito asociada, mientras que en las estrictamente de crédito se abonan de una vez las cantidades adeudadas, o bien se establecen cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y la amortización de la financiación solicitada, como si de un préstamo se tratara; en relación con esta cuestión, debe observarse con especial interés el criterio expuesto en el apartado precedente, donde nos referimos a las formas de pago de la deuda de la tarjeta.

- La reconstrucción del capital que se debe devolver en el crédito *revolving*. Las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente (de ahí su nombre, *revolving*), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente, y sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses.

El funcionamiento *revolving* consiste en la disposición de un crédito, con un límite determinado (que suele oscilar entre 600 y 6.000 euros, aunque algunas entidades lleguen a permitir u ofrecer hasta 30.000 euros —estos importes se han tomado de la observación de la práctica bancaria general, pero nada impide que las entidades financieras puedan establecer límites inferiores o superiores a los indicados—), cuya amortización se efectúa con las cuotas mensuales abonadas al banco, contando con un tipo de interés generalmente más elevado que el utilizado en los préstamos, que se corresponde con el habitualmente mayor riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

No existiendo hasta la fecha límite legal o jurisprudencial a los tipos de interés remuneratorios pactados por las partes en los contratos de tarjetas *revolving*, se ha de señalar, como se ha hecho en numerosos informes durante 2018, que el DCMR carece de competencia para entrar a valorar y declarar el posible carácter usurario del tipo de interés fijado en dichos documentos contractuales, a la luz de las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales, pues tal pronunciamiento les corresponde en exclusividad a estos.

En esta tipología de tarjeta, el titular puede disponer de hasta el límite de crédito concedido a cambio del pago aplazado de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden consistir en un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad.

El hecho de que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones (pagos en

comercios, en Internet o reintegros de cajero) implica que, ante elevados tipos de interés de la deuda de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realizará en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo, y que se calculan sobre el total de la deuda pendiente.

Por ello, en tarjetas de esta tipología, este DCMR considera que una buena práctica financiera consistiría en que, para los casos en los que la amortización del principal se vaya a realizar en un plazo muy largo (y, en todo caso, cuando la forma de pago elegida por el acreedor fuera el «mínimo»), la entidad financiera facilitara de manera periódica (por ejemplo, mensual o trimestralmente) información a su cliente sobre los siguientes extremos:

- i) El plazo de amortización previsto, teniendo en cuenta la deuda generada y pendiente por el uso de la tarjeta y la cuota elegida por el cliente (cuándo terminaría el cliente de pagar la deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota).
- ii) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido.
- iii) El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

La elevación de la cuota mensual, por tanto, haría que se acortara el período de amortización de la deuda, con la consecuente reducción del importe absoluto de intereses que se han de pagar durante la vida de la operación.

El efecto de toda la operativa descrita 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 con la tarjeta.

Por ello, la normativa de transparencia no exige que esta información figure entre la que periódicamente se debe facilitar al titular de la tarjeta, y sí 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 figuran 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.

En consecuencia, 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 facilitarle 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— por el que 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 en una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha. Así, este DCMR considera que es posible, y 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 informarle teniendo en cuenta los posibles recibos o cuotas devengadas pendientes de liquidación, para que pueda conocer su cuantía con total precisión.

Un problema añadido de estas tarjetas surge cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o ni siquiera para mantener el crédito dispuesto dentro del límite inicialmente autorizado. Esto último suele dar lugar a ampliaciones automáticas del límite previstas 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 (adicionalmente, véase «Comisión por exceso sobre el límite de crédito»).

Con el fin de facilitar información a los usuarios sobre cómo se amortizará la deuda pendiente de una tarjeta *revolving*, en una determinada fecha y para una cuota mensual, el Banco de España ha puesto a disposición del público un simulador a través de su Portal del Cliente Bancario, al que se puede acceder en Internet en la siguiente dirección:

https://app.bde.es/asb_www/vencimiento.html#/principalVencimiento

También está disponible la aplicación «Simuladores. Banco de España» para dispositivos iOS y Android.

Traspasos de efectivo a una cuenta con cargo a la línea de crédito

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

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

Por ello, este DCMR considera una mala práctica bancaria que, cuando se informe de las condiciones aplicables a la operación, se haga tal énfasis en el coste de la propia transferencia —normalmente, gratuita— que los titulares de las tarjetas puedan confundir este coste con el del propio crédito. Lo exigible a las entidades en estos casos es que, de una forma clara y precisa, indiquen que la gratuitad 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 el traspaso de fondos; de forma tal que no se planteen dudas de que los titulares conocen y comprenden los términos de la propuesta que realizan los operadores y, en consecuencia, puedan prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

8.2.4 Terminales de punto de venta

En los contratos de afiliación a los sistemas de tarjeta, suscritos entre un comercio y una entidad gestora de un terminal de punto de venta (TPV), suele recogerse que las entidades únicamente estarán obligadas a liquidar el importe de las facturas de venta y notas de abono si los comercios afiliados cumplen fielmente lo acordado, de lo que se deduce 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 operaciones que resultaron rechazadas por el titular o por el propio sistema, ya que se limita a seguir las instrucciones de la sociedad gestora de este.
- Cualquier discrepancia en relación con la calidad de los productos adquiridos con la tarjeta deberá resolverse entre el comprador y el establecimiento comercial.

Así, la aceptación de tarjetas y su consiguiente liquidación se regulan en las condiciones generales del contrato de afiliación del establecimiento a los sistemas de tarjetas suscrito por las partes, que constituye ley *inter partes* de conformidad con lo previsto en el artículo 1091 del Código Civil. Por tanto, este DCMR entiende que, una vez que las entidades han cumplido las obligaciones que tienen como intermediarias en la operación, el que estas lleven a cabo la retrocesión de las operaciones que se cuestionen por los titulares de las tarjetas no puede estimarse contrario a las buenas prácticas y usos financieros, siempre que dicha retrocesión venga justificada por las solicitudes de devolución de los cargos iniciadas por los legítimos titulares de las tarjetas que no reconocen la autoría de las transacciones, y siempre que no sea aportada documentación que permita suponer que las operaciones fueron autorizadas por dichos titulares.

Durante el ejercicio 2018 se han tramitado varias reclamaciones a instancia de establecimientos comerciales titulares de contratos de TPV —singularmente, agencias de viajes— que vieron retrocedidas por parte de su entidad de pagos diversas operaciones asentadas en su cuenta. A título de ejemplo, cabe citar el expediente R-201812624, en el cual la agencia de viajes reclamante mostraba su disconformidad con un cargo anotado en su cuenta que se correspondía con el importe que había cobrado con anterioridad a un cliente por la venta de billetes de avión y de alojamiento, en el marco de su relación comercial. En ese caso, la entidad explicaba que había tenido conocimiento de que la operación de pago había sido denunciada como no autorizada por el titular de la tarjeta y que la orden había sido introducida en el sistema por parte del establecimiento sin observarse las condiciones establecidas en el contrato de afiliación al TPV para la autorización de compras no presenciales. En concreto, al haber operado mediante tecleo manual de los datos de la tarjeta, el establecimiento debió adjuntar, al objeto de defender la corrección de la

operación, documentación adicional suficiente que acreditara la correcta autenticación del cliente, que, en el caso al que nos venimos refiriendo, no había sido aportada. Así, en expedientes como el analizado, en el que las condiciones generales del contrato de afiliación al TPV recogían claramente las obligaciones formales del establecimiento a la hora de aceptar pagos a través de dicho canal, y tras constatar que las mismas no habían sido observadas por la reclamante, el DCMR resolvió de manera favorable a la entidad.

Por otra parte, cabe apuntar que las directrices definitivas sobre la seguridad de los pagos en Internet —publicadas por la ABE el 19 de diciembre de 2014 y dirigidas a las entidades financieras— establecen unos requisitos mínimos en el área de la seguridad de los pagos en Internet, entre los que se dispone que las soluciones ofrecidas por los comercios electrónicos de los proveedores de pago permitirán realizar la autenticación fuerte del ordenante de las operaciones de pago con tarjeta a través de Internet.

«Contactless»

Cada vez con mayor habitualidad, los establecimientos comerciales disponen de TPV con lectores *contactless*, de forma que se pueden autorizar los pagos sin necesidad de introducir la tarjeta en el datáfono, acercando simplemente la tarjeta al aparato y, en caso de que se trate de operaciones por un importe superior a 20 euros, introduciendo además el PIN. Estas nuevas tecnologías introducidas por las entidades en sus instrumentos de pago, que están destinadas a agilizar y facilitar los procesos de autorización de los pagos, han despertado en ocasiones recelos en los titulares de las tarjetas, que han solicitado a sus entidades continuar utilizando los instrumentos de pago sin la incorporación de esas nuevas utilidades.

Con respecto a esto, el DCMR debe indicar que no existe imperativo legal alguno que establezca una obligación por parte de las entidades financieras de ofrecer los productos bancarios con las condiciones que los clientes requieran, pues se trata de una cuestión que recae en el ámbito de la política comercial y de funcionamiento operativo de la entidad en la que el DCMR no debe inmiscuirse.

Debemos tener en cuenta que el continuo proceso de innovación tecnológica característico de este siglo XXI no permanece ajeno al entorno financiero, de manera que es habitual que, en el ámbito de su operativa bancaria, las entidades incorporen novedades funcionales en los instrumentos de pago que comercializan con el objeto de incrementar la velocidad y la seguridad de las operaciones de pago.

En este supuesto específico, no consideraríamos ineludiblemente exigible que las entidades deban estipular en los contratos de tarjeta o en sus posteriores modificaciones, de una forma minuciosa y detallada, los aspectos concretos de

progreso de los que podrán ser dotados en este sentido —a lo largo de la relación contractual— los instrumentos de pago que emiten.

Comercio electrónico seguro

Con frecuencia, las entidades emisoras de tarjetas, ante una reclamación de un titular de tarjeta por la que manifiesta no haber autorizado un pago con los datos de aquella por Internet, se limitan a indicar que se ha realizado mediante «Comercio Electrónico Seguro». Con este sistema se trata de garantizar la seguridad de las compras con tarjeta a través de Internet, de forma que, al efectuar la compra, la plataforma redirige al cliente a un sitio seguro, en el que, además de los datos de la tarjeta —número, caducidad, los tres dígitos del reverso—, debe introducir un código de identificación personal (CIP, habitualmente una OTP) que solo el titular de la tarjeta debe conocer. Los datos de la tarjeta irán encriptados, de forma que el establecimiento comercial no llega a conocer esos datos.

8.2.5 Pagos con tarjeta no autorizados

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el apartado 8.1.6, «Uso no autorizado».

Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones no autorizadas

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el apartado 8.1.6, «Uso no autorizado».

Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

Como indicamos anteriormente, corresponde a la entidad demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o por cualquier otra anomalía. No obstante, el registro por parte del proveedor de servicios de pago de la utilización del instrumento de pago no bastará necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante ni que este actuó de manera fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben como usuario del servicio de pago, a saber: i) utilizar

el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización; ii) tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de los que vaya provisto, y iii) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas a la entidad, en cuanto tenga conocimiento de ello, debiendo la entidad adoptar las medidas necesarias para evitar, desde que se produce dicha comunicación, la utilización ilegítima del instrumento de pago por terceros no autorizados, debiendo contar esta con medios adecuados y gratuitos a fin de posibilitar, en todo momento, que el titular efectúe la comunicación de la operación de pago cuya autoría no reconoce.

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 establecimientos comerciales. En el primero de los casos, la entidad deberá acreditar mediante sus propios registros internos —o los de la entidad propietaria del cajero en el que se llevó a cabo la operación, previa solicitud a esta de la correspondiente documentación justificativa— 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 aporte evidencia documental justificativa de la operación, especialmente de la referida a su autenticación, esto es, de la autorización otorgada a la operación por parte del titular conforme al modo pactado por las partes: autenticación mediante tecleo de PIN o mediante boleta firmada.
- Que contacte con el comercio para comprobar la versión de los hechos defendida por su cliente —que asevera que no autorizó la operación en cuestión—, frente a la afirmación del propio comercio beneficiario del pago, recabando para ello cuantos elementos de prueba obren en poder de este o de cualquier otra manera, siempre que se derive de la actuación de la entidad una gestión diligente de la reclamación instada. Y ello tanto en el supuesto de operaciones efectuadas presencialmente como a distancia, debiendo desplegar la entidad una especial diligencia en la averiguación de los hechos cuando esta resulte gravosa para el cliente, como ocurriría en el caso de operaciones realizadas en el extranjero.
- Que realice una gestión diligente y puntual de la reclamación efectuada por su cliente ante la sociedad propietaria del sistema, para conseguir, en su caso, la devolución de los importes adeudados en cuenta si estos no hubieran sido procedentes de acuerdo con las condiciones en que se realizará la contratación.

En cuanto a la valoración de la autenticidad de las firmas contenidas en los resguardos de compras, no corresponde al DCMR efectuar dicha apreciación, pues únicamente los tribunales de justicia, a través de la práctica de los medios de prueba que estimen necesarios, pueden determinar la falsedad de la firma contenida en los resguardos, así como pronunciarse acerca de la diligencia empleada por todos los sujetos intervenientes en el cumplimiento de sus obligaciones; entre ellos, los establecimientos comerciales.

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

El artículo 32 de la LSP prevé que el ordenante tan solo soportará hasta un máximo de 150 euros —que desde el 24 de febrero de 2019 se ha reducido a 50 euros, por mor de lo dispuesto en el vigente RD-I⁹¹— de las pérdidas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, salvo que la operación de pago no autorizada fuera fruto de una actuación fraudulenta del ordenante o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de sus obligaciones, en cuyo caso este soportará el total de las pérdidas derivadas de las operaciones de pago no autorizadas.

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

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 por negligencia grave, de las obligaciones que corresponden al titular en relación con el instrumento de pago.

Fraude con datos de tarjetas

Dentro del apartado que ahora analizamos, y en lo que respecta a la responsabilidad del servicio de pago por operaciones de pago no autorizadas, cabe incluir, a juicio del DCMR, aquellas en las que el titular no ha perdido la posesión del plástico.

91 Otra novedad interesante en relación con esta cuestión, introducida por el nuevo Real Decreto-ley 19/2018, es la de que el ordenante quedará exento de toda responsabilidad en caso de sustracción, extravío o apropiación indebida del instrumento de pago cuando las operaciones se hayan efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos impresos en el propio instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia del instrumento de pago y las credenciales de seguridad, y haya notificado dicha circunstancia sin demora.

En estos casos, para demostrar que las operaciones de pago fueron autenticadas, registradas con exactitud y contabilizadas, las entidades financieras aportan con frecuencia copia de sus registros internos, en los que se reflejan diferentes datos sobre la ejecución de las distintas operaciones de pago. El DCMR ha venido considerando que, además de la aportación de dichos registros, en caso necesario, deben aportar una explicación de su contenido.

Por lo que respecta a la presentación de la documentación justificativa de las operaciones controvertidas, una dificultad añadida aparece cuando la utilización de la tarjeta se produce a distancia, por Internet, utilizando únicamente los datos de aquella en conjunción, en su caso, con otros dispositivos o códigos de seguridad.

Las entidades emisoras de las tarjetas suelen aportar para acreditar tanto la autenticación por parte del titular (no olvidemos que en operaciones a distancia no se puede realizar una identificación presencial del portador de la tarjeta) como la autorización de la operación copia de los registros internos, que, a su vez, les facilitan las redes o las entidades globales. En cualquier caso, desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa sobre servicios de pago y de las buenas prácticas con las que se debe proceder con la clientela, resulta imprescindible que la forma de prestar el consentimiento para la realización de las operaciones de pago esté acordada con el cliente y se encuentre debidamente recogida en el contrato, todo ello en los términos que señala la normativa de servicios de pago.

Además, con respecto a esta cuestión, resulta oportuno recordar las ya citadas directrices de la ABE sobre la seguridad de los pagos por Internet, que fueron adoptadas como propias por la Comisión Ejecutiva del Banco de España en su sesión del 24 de marzo de 2015⁹² y que han sido incorporadas al derecho positivo a través de las normas sobre seguridad del vigente Real Decreto-ley 19/2018. Estas previsiones establecen un conjunto de requisitos mínimos de seguridad en la lucha contra el fraude, y su finalidad es aumentar la confianza del consumidor en los servicios de pago por Internet. Así, recomiendan con carácter general —salvo en ciertas excepciones⁹³— que los proveedores de servicios de pago, para autorizar las operaciones de pago por Internet o para modificar datos sensibles, usen procedimientos de autenticación fuerte del cliente, que se definen como aquellos basados en el uso de dos o más de los siguientes elementos, clasificados como conocimiento, posesión e inherencia:

- i) Algo que solo conoce el usuario: por ejemplo, una contraseña, un código o un número de identificación personal fijos.

92 Pueden consultarse en <https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Guias/Guias.html>.

93 Pagos de escasa cuantía o a beneficiarios de confianza que el cliente previamente seleccione, pagos a favor de beneficiarios de confianza que estén incluidos en listas blancas que ese cliente haya establecido, operaciones entre dos cuentas del propio cliente dentro de la misma entidad o transferencias dentro de la misma entidad de pago cuando esté justificado por un análisis del riesgo de las operaciones.

- ii) Algo que solo posee el usuario: por ejemplo, *token*, tarjeta inteligente, teléfono móvil.
- iii) Algo que caracteriza al propio usuario: por ejemplo, una característica biométrica, como su huella dactilar.

Tales elementos, según la ABE, deben ser independientes entre sí (es decir, la violación de uno no debe comprometer la seguridad de los otros) y al menos uno de ellos no debe ser reutilizable ni reproducible, ni debe resultar posible su sustracción, de manera subrepticia a través de Internet.

Del contenido de dichas directrices, también interesa destacar su punto 5, que establece que los proveedores de servicios de pago deben contar con procesos que garanticen que todas las operaciones, así como el flujo del proceso del mandato electrónico, quedan adecuadamente registradas.

Por lo tanto, resulta esencial que las operaciones de pago autorizadas por internet queden adecuadamente explicadas, con especial referencia a la forma en que se autenticó el titular y el modo en que se prestó el consentimiento a la operación realizada, también para poder comprobar si la operativa se ajusta a lo establecido en las directrices. Si la entidad emisora de la tarjeta no dispusiera de documentación suficiente, deberá recabarse de los sistemas de tarjetas, redes o plataformas y/o de los establecimientos comerciales intervinientes.

8.2.6 Programas de fidelización en tarjetas

Al DCMR llegan reclamaciones que se refieren a campañas de fidelización asociadas a algunos tipos de tarjetas. En muchas ocasiones, estos programas de fidelización están gestionados por entidades sobre las que el DCMR no tiene competencias al no estar sujetas aquellas a la supervisión del Banco de España, como es el caso de los programas de puntos de determinadas compañías aéreas, gasolineras, etc.

8.2.7 Dinero electrónico

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

Dicho esto, y utilizando una clasificación que interesa a nuestra exposición, en función del soporte utilizado, hemos de distinguir entre el dinero unido a tarjeta y el

dinero *software*. El primero se corresponde con el modelo de instrumentos de pago basados en una tarjeta (*card-based instruments*), que, con carácter general, y salvo las especialidades que cada sistema está desarrollando, adopta la forma de tarjeta prepago recargable. El dinero almacenado en esta se suele utilizar para compras al contado de pequeño valor, así como para compras en la red, aprovechando el mayor grado de seguridad que proporciona el chip integrado en la tarjeta. Por su parte, el dinero electrónico almacenado bajo un formato de *software* permite realizar transacciones sin que se requiera *software* ni *hardware* adicional.

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

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

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

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

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

8.3 Transferencias

Las transferencias son operaciones de pago nacionales o transfronterizas, iniciadas por el ordenante, que da instrucciones a su proveedor de servicios de pago a fin de que, de conformidad con aquellas, acredeite determinados fondos en la cuenta por él designada.

Una vez completada la migración a SEPA, las transferencias se tramitan, como ya hemos señalado, o bien por compensación interna —si beneficiario y ordenante

tienen cuenta de pago en el mismo proveedor de servicios de pago—, o bien por compensación interbancaria, de forma residual, a través de TARGET2-BE y, con carácter más general, a través de los subsistemas de transferencias del SNCE, el Subsistema General de Transferencias SEPA SNCE 013, regulado por el SEPA *credit transfer scheme rulebook*, y el Subsistema General de Traspasos y Otras Operaciones⁹⁴, cuyas normas técnicas y operativas se recogen en la Instrucción Operativa Base SNCE/CE/03/001, de 30 de septiembre de 2014.

El *rulebook* refleja el esquema diseñado por el Reglamento 260/2012, al que se han adherido los diversos sistemas interbancarios nacionales en el seno de la Unión y deviene obligatorio para las entidades en virtud de su adhesión.

Las instrucciones operativas del SNCE, por su parte, constituyen un conjunto de normas y procedimientos que regulan su operativa de sistemas y servicios, establecida de conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica⁹⁵, señalando dicho precepto que el reglamento constituye la norma básica de funcionamiento del SNCE. Además, el artículo 2 indicado señala que ambos —el reglamento y las instrucciones operativas— serán de obligado cumplimiento para todas las entidades miembros, en función de su tipo de participación.

Finalmente, cabe indicar que, en caso de conflicto, prevalecerá lo dispuesto por la normativa de servicios de pago y por el Reglamento 260/2012 sobre las reglas interbancarias, pues estas solo resultan obligatorias para las entidades participantes en el SNCE y no son oponibles a la clientela.

En todas las transferencias que se ejecuten contra una cuenta, las entidades de depósito deben asegurarse de que las órdenes que reciben se ajustan a lo previsto en los correspondientes contratos.

Además, las entidades financieras deben extremar las precauciones para asegurarse de que toda la información facilitada a sus clientes se ajusta a la exigencias de transparencia establecidas por la normativa aplicable y las buenas prácticas bancarias que deben ser observadas en toda la operativa bancaria.

8.3.1 Identificador único

La normativa de servicios de pago señala que el identificador único consiste en una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios

94 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.

95 Publicado en el BOE de 11 de enero de 2013

de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago, a su cuenta de pago en una operación de pago o a ambos, y que vendría dado por el número de cuenta (IBAN) facilitado para la ejecución de la orden de pago.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LSP (59 del RD-I), cuando una orden de pago se ejecute conforme al identificador único, dicha orden se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario indicado en dicho identificador, no siendo responsable el proveedor de servicios de pago de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación cuando el identificador único que le hubiera facilitado el usuario fuera incorrecto. No obstante, en esos casos se exige que la entidad proveedora de servicios de pago del ordenante de la operación realice esfuerzos razonables para recuperar los fondos, pudiendo repercutir por dichas gestiones los gastos de recuperación que se hubieran convenido en el contrato marco.

En la R-201815866, el reclamante denunciaba que había sido víctima de una estafa por parte de un particular que anunciaba el alquiler de una vivienda vacacional a través de una plataforma dedicada a la oferta de alojamientos. Al objeto de confirmar la reserva, procedió al envío de una transferencia a una cuenta indicada por el anunciante a través de un correo electrónico, percatándose posteriormente de que había sido engañado por el supuesto arrendador.

El reclamante solicitaba ante esta sede la devolución del importe de la transferencia y de una comisión cobrada por el banco en concepto de gestión de devolución de la operación. La entidad alegó haber realizado esfuerzos para recuperar el importe controvertido mediante solicitud de devolución dirigida a la entidad beneficiaria, rechazando esta su petición de forma automática.

Este DCMR concluyó que la falta de acreditación suficiente de las alegaciones de la reclamada en relación con dichas gestiones y su falta de pronunciamiento sobre la discutida comisión eran contrarias a las buenas prácticas y usos financieros, recalando que las responsabilidades que cabría exigir al receptor de la transferencia controvertida deben ser determinadas por los jueces y los tribunales de justicia.

La normativa de servicios de pago tampoco establece el deber de las entidades de comprobar que el nombre del beneficiario se corresponde con el del titular del número de cuenta de destino de la transferencia ni otros datos adicionales, más allá de la coincidencia del IBAN beneficiario con el indicado en la orden de pago.

En este contexto, en el asunto C-245/18, el TJUE analizó una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, referente a la interpretación de los artículos 74⁹⁶

96 El mencionado artículo 74, apartado 2, al que se refiere la sentencia del TJUE se corresponde con el artículo 44, apartado 2, de la LSP (hoy 59.2 del RD-I).

y 75 de la citada Directiva 2007/64/CE (actualmente derogada por la Directiva 2015/2366), con respecto al abono de una transferencia por parte del proveedor de servicios de pago del beneficiario, pues resultaba en ese caso que la operación se había cursado indicando el ordenante un IBAN o identificador único erróneo y el banco de destino, proveedor de servicios de pago del beneficiario, no había comprobado que el IBAN no se correspondía con el nombre de la persona designada como beneficiaria en la propia operación.

Pues bien, en el referido asunto, el TJUE ha declarado que el artículo 74, apartado 2, de la directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago y tal identificador no corresponda al nombre del beneficiario indicado por ese mismo usuario, la limitación de la responsabilidad del proveedor de servicios de pago establecida en esa disposición se aplicará tanto al proveedor de servicios de pago del ordenante como al del beneficiario.

Por otra parte, conviene recordar que los demás datos consignados en la orden de transferencia (entre ellos, el concepto consignado en esta) son mensajes destinados al beneficiario de los fondos, y no a la entidad. Por lo tanto, si el ordenante pretende hacer una imputación de pagos o cursar alguna instrucción para la entidad beneficiaria sobre los fondos transferidos, deberá remitir a dicha entidad comunicación ajena a la orden de transferencia y fuera del canal automático de compensación interbancario, por correo físico, electrónico o presencialmente, no sirviendo como instrucción a estos efectos el dato consignado en el campo «concepto» de la transferencia.

8.3.2 Irrevocabilidad de las transferencias

La transferencia constituye un mandato de pago irrevocable y, por lo tanto, las cantidades abonadas en cuenta al beneficiario no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento de este o la preceptiva orden o mandato legal o judicial, no estando, por tanto, facultadas las entidades para realizar una retrocesión de transferencia sin el consentimiento del titular beneficiario.

El criterio general de irrevocabilidad de las transferencias ordenadas adquirió rango legal con la entrada en vigor de la LSP, que establece en su artículo 37 (hoy 52 del RD-I) que el usuario de servicios de pago no podrá revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante. En aras de la seguridad del tráfico mercantil, esta irrevocabilidad no admite excepción alguna, con independencia del momento en que se haya ejecutado realmente la operación.

Diferente es el tratamiento que debe darse al supuesto de una transferencia que se abona en la cuenta de un determinado beneficiario —y, en correspondencia, se

carga en la de un usuario de servicios de pago—, por duplicidad (ya sea de la entidad o del cliente ordenante) o por un error atribuible a la propia entidad ordenante. Este aspecto será expuesto con mayor detalle en el apartado «Régimen de responsabilidad en caso de transferencias no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente».

Cuestión distinta sería el rechazo de la orden de transferencia por parte del proveedor de servicios de pago del beneficiario, en el que los fondos no llegan a ser abonados en la cuenta del beneficiario por determinados motivos, entre los cuales cabe destacar el caso de que la cuenta destinataria de los fondos estuviese cancelada.

8.3.3 Gastos de la operación

Con carácter general, en toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión en divisas, el beneficiario correrá con los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante asumirá los cargados por su proveedor de servicios de pago.

Esta regla se aplicará, igualmente, cuando la operación suponga un cambio de divisas, salvo pacto en contrario de las partes. El artículo 24.2 de la LSP establecía⁹⁷ que, en toda operación de pago en la que ambos prestadores de servicios estuvieran en España y que incluyera 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.

Por otra parte, el artículo 38 de la LSP, al referirse a los «importes transferidos e importes recibidos», establecía 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 interviniéran en la operación de pago deberían 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.

97 E idéntico régimen se contiene sobre esta materia en el RD-I de pagos (arts. 35 y 53).

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.

Con carácter excepcional, en las operaciones que no se tramitan por SEPA —bien por no estar alguno de los proveedores en la Unión Europea, bien por no estar nominadas en euros, o en moneda de algún otro Estado miembro—, el principio de gastos SHA o gastos compartidos decae, al igual que el principio de igualdad de importes transferidos e importes recibidos reflejado en el artículo 38 de la LSP.

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

8.3.4 Comisiones

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular, con carácter general, en el apartado 8.1.5, «Comisiones y gastos».

8.3.5 Fecha de abono

De acuerdo con lo dispuesto por la normativa de servicios de pago, el proveedor de servicios de pago del ordenante se asegurará de que el importe de la operación es abonado en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, como máximo, al final del día hábil siguiente, plazo que se podrá ampliar un día más si la operación se inicia en papel. Sin embargo, existe la posibilidad de que el abono se produzca dentro del mismo día, usando el procedimiento de transferencia urgente. Este tipo de transferencias se pueden tramitar a través de TARGET2-BE y también a través de SEPA.

8.3.6 Pagos inmediatos

En la era de la digitalización de la economía surge la necesidad de dotar de una mayor celeridad al procesamiento de los pagos, que tenga como resultado la inmediata disponibilidad de los fondos transferidos, como alternativa al dinero en efectivo.

Según la definición desarrollada por el Consejo de Pagos Minoristas en Euros, los pagos inmediatos son «las soluciones de pagos minoristas electrónicos disponibles 24/7/365 que conllevan el intercambio interbancario de la orden de pago y el abono de los fondos al beneficiario de manera inmediata o casi inmediata, facilitando al ordenante la confirmación de la operación en cuestión de segundos».

Como consecuencia, el dinero transferido se encuentra disponible en escasos segundos en la cuenta del beneficiario.

Bajo esta premisa, el 21 de noviembre de 2017 el Consejo Europeo de Pagos puso a disposición de los proveedores de servicios de pagos de la zona SEPA el nuevo esquema SEPA *Instant Credit Transfer* (SCT Inst).

La implementación de este cuarto esquema es opcional para los proveedores y permite efectuar, a cualquier hora del día, los 365 días del año, transferencias inmediatas en euros, tanto a escala nacional como entre países de la zona SEPA, cuyos fondos estarán disponibles en la cuenta del beneficiario en un tiempo inferior a diez segundos, con el único límite cuantitativo de 15.000 euros por operación.

Desde febrero de 2018 están adheridas a este esquema numerosas entidades bancarias españolas, que ya ofrecen a sus clientes este servicio de transferencias instantáneas.

Como indicábamos, los proveedores de servicios de pagos no están obligados a ofrecer pagos inmediatos a sus clientes, si bien en el ánimo de facilitar que un mayor número de proveedores ofrezcan dicha prestación, el Banco Central Europeo ha desarrollado el servicio de liquidación de pagos instantáneos TARGET (TIPS, por sus siglas en inglés, TARGET *Instant Payment Settlement*), que hace posible que los proveedores de servicios de pago liquiden los pagos de forma inmediata y segura en menos de diez segundos.

En este mismo entorno, ha visto la luz Bizum, proyecto conjunto de solución de pagos de la banca española, que nace como una iniciativa de innovación digital caracterizada por la immediatez de los pagos efectuados a través de su plataforma.

Se trata de un servicio que permite a sus usuarios realizar transferencias instantáneas entre particulares a través del teléfono móvil, con el único requisito de haber indicado previamente a su respectivo banco un número de móvil, al que se encontrará vinculada una cuenta bancaria de su titularidad. Deja de ser necesario, por tanto, proporcionar en la operación datos identificativos de la cuenta bancaria —como el número de cuenta (IBAN)— del otro usuario.

Bizum admite la posibilidad de enviar o pedir fondos en tiempo real por parte del usuario que inicia el pago, solicitando el sistema en ambos casos autorización a la

persona en cuya cuenta se cargará el importe de la transferencia. Resultan aplicables a las transferencias realizadas por Bizum las disposiciones de la normativa de servicios de pago, dado que no dejan de ser mandatos de pago irrevocables, por lo que, una vez dada la orden y en aras de la seguridad del tráfico mercantil, no cabe su retrocesión sin el consentimiento del destinatario de los fondos.

8.3.7 Transferencias no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

Notificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el apartado 8.1.6, «Uso no autorizado».

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

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular en el apartado 8.1.6, «Uso no autorizado».

Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago

En este epígrafe nos remitimos a lo ya expuesto sobre el particular dentro del apartado 8.2.5, «Pagos con tarjeta no autorizados», y en el apartado 8.1.6, «Uso no autorizado».

Fraude por Internet

En aquellos supuestos en los que se denuncia ante el DCMR la realización de transferencias, a través de los servicios de banca *online*, 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 en la normativa de servicios de pago a la que nos venimos refiriendo, que delimitaban, como ya hemos indicado, las consecuencias jurídicas de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente.

Así, cuando las personas legitimadas para operar con cargo a la cuenta no reconocen su autoría en la operación de pago, ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia —datos de acceso a la banca

electrónica, claves de un único uso recibidas en el teléfono móvil, tarjeta de coordenadas, etc.—, su entidad deberá reembolsarles 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 en cuanto usuarios del servicio de pago; 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 tanto, nos remitimos en este punto, con carácter general, a lo ya expuesto sobre el particular en el apartado 8.1.6, «Uso no autorizado».

Por el contrario, cuando de una u otra forma 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 la 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.

Procedimiento interbancario en caso de fraude

Con independencia de lo expuesto, debemos aludir al protocolo establecido por la AEB en su Circular número 1625, de 17 de mayo de 2010, en orden a la recuperación de los fondos para casos de suplantación de la identidad de los clientes de banca electrónica:

- «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 se pondrá en contacto telefónicamente con la entidad beneficiaria (aun sin haber recibido todavía la copia de la denuncia) y solicitará por fax o correo electrónico la retención del importe transferido. La entidad beneficiaria, si no hubiera abonado todavía la transferencia, la dejará en situación de “pendiente”. Si la transferencia se hubiese abonado,

la entidad beneficiaria deberá proceder a retener los importes reclamados, o el saldo que presente la cuenta, si fuera menor a los importes reclamados. Al tiempo, tratará de localizar a su cliente beneficiario y advertirle de la situación.

- La entidad ordenante deberá ratificar su petición, durante los dos días hábiles siguientes, por fax o por correo electrónico, adjuntando copia de la denuncia. 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). Si hubiera varias denuncias, la entidad deberá devolver el máximo posible de los importes, atendiendo al orden de recepción de las reclamaciones.
- 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.»

Régimen de responsabilidad en caso de transferencias 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 LSP establece, en su artículo 45.1 (hoy 60.1 de RD-I), el régimen de responsabilidad aplicable: cuando una orden de pago se efectúe de acuerdo con el identificador único (IBAN) consignado por el ordenante, se considerará correctamente ejecutada. Hasta el 1 de febrero de 2016, adicionalmente, podía ser requerido el BIC, código que identifica a la entidad del beneficiario de la transferencia. Es importante recordar en este punto que la transferencia se dirige a un número de IBAN de forma automática, sin posterior comprobación por parte de los proveedores de servicios de pago, ni del ordenante, ni del beneficiario. Igualmente, conviene recordar que los demás datos consignados en la orden de transferencia (entre ellos, el concepto consignado en esta) son mensajes destinados al beneficiario de los fondos, y no a la entidad. Por lo tanto, si el ordenante pretende hacer imputación de pago o cursar alguna instrucción para la entidad beneficiaria sobre los fondos transferidos, deberá remitir a dicha entidad comunicación ajena a la misma orden de transferencia y fuera del canal automático de compensación interbancario, por correo físico, electrónico o presencialmente, no sirviendo como instrucción a estos efectos el dato consignado en el campo «concepto» de la transferencia.

En el caso de errores por abonos indebidos de transferencias, imputables al cliente ordenante, 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 la cuenta del beneficiario no pueden ser retrotraídas si no media el oportuno consentimiento de este o la preceptiva orden o mandato legal.

Si la incidencia en la ejecución de la transferencia es atribuible a la entidad emisora de la operación, y el beneficiario de esta, tras la oportuna comunicación y retrocesión de la transferencia, muestra a su entidad su disconformidad (alegando, por ejemplo, que los fondos le pertenecían por una relación subyacente que mantenía con el ordenante), el DCMR exige de la entidad proveedora de servicios de pago del beneficiario que sufrió la retrocesión que procure obtener del proveedor de servicios de pago del ordenante una acreditación cualificada de la existencia de dicho error, con la finalidad de poder dar las explicaciones adecuadas al beneficiario desposeído de los fondos.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Instrucción SNCE/CE/13/002, que regula el procedimiento interbancario para las 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, por duplicidad, error o fraude. Una vez establecidas por la instrucción anteriormente citada las claves que permiten diferenciar si los errores fueron provocados por el cliente emisor (CUST) o por la entidad ordenante (BIC), la Instrucción SNCE/CE/13/003 contempla las responsabilidades en cuanto al procedimiento de retrocesión de transferencias emitidas por error o duplicidad.

La retrocesión de una transferencia abonada en cuenta fue el objeto reclamado en la R-201804803, en la cual la cliente denunciaba que aquella había tenido lugar sin su consentimiento. Su entidad afirmaba que dicha retrocesión tuvo su origen en una petición instada por problemas técnicos de la entidad ordenante y que había avisado a la cliente.

Este DCMR emitió un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad, por cuanto esta no aportó documentación suficientemente acreditativa de que la solicitud de retrocesión de transferencia hubiese estado motivada por la existencia de un error o de problemas técnicos de la entidad ordenante ni ofreció una aclaración más detallada al respecto.

Por otra parte, las transferencias procedentes de fuera de la zona SEPA, 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

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—.

También en relación con esta cuestión, este DCMR ha venido señalando que, en el marco de las reorganizaciones internas de las entidades en procesos de fusión y aunque se modifiquen números de cuenta (o, en este caso, códigos operativos), ello no puede implicar una modificación unilateral de lo acordado ni puede afectar al buen funcionamiento del servicio prestado, exigiéndose que, en aras de la transparencia, dichos cambios sean debidamente informados a los clientes.

8.4 Adeudos domiciliados

8.4.1 Consideraciones generales

El adeudo domiciliado es un servicio de pago nacional o transfronterizo destinado a efectuar un cargo en la cuenta de un ordenante o deudor, que se diferencia de la transferencia porque en el adeudo domiciliado la operación de pago es iniciada por el beneficiario o acreedor.

La LSP establecía un marco de actuación más transparente para el emisor y el 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 correctamente firmada debe conservarse por el emisor.
- La información al pagador, en tiempo y forma, del importe y del concepto del cargo.
- El importe que se ha de pagar por el deudor debe coincidir con lo esperado por este.

Con motivo de la desaparición de las aportaciones de fondos, los usuarios de servicios de pago, para encauzar la operativa que antes mantenían con estas, pueden usar el adeudo domiciliado SEPA de manera puntual. Hemos de precisar que no existe impedimento alguno para que el beneficiario y el ordenante puedan ser la misma persona, ni tampoco límites a la cantidad que puede soportar el adeudo domiciliado.

En los casos planteados a este respecto, el usuario dispone de dos cuentas en dos entidades distintas y pretende dotar de fondos la cuenta que mantiene en la entidad A,

que en este caso adopta el papel de entidad del beneficiario de la orden. Cursa instrucciones de emitir adeudo domiciliado contra su cuenta en la entidad B, entidad que se comporta, por lo tanto, como la entidad del ordenante o deudor del recibo, evitando de esta forma el cursar desde la entidad B con destino a la entidad A una orden de transferencia, en orden a eludir los mayores costes que, en ocasiones, esta le puede comportar.

Recordamos que la utilización de adeudos domiciliados en sustitución de las desaparecidas aportaciones de fondos no exime a las entidades de ajustar su actuación a lo dispuesto por la normativa de servicios de pago, y especialmente al principio de disponibilidad de los fondos del artículo 43.1 de la LSP (58.1 del RD-I), que señalaba que el proveedor de servicios de pago del beneficiario se aseguraría de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del primero.

8.4.2 Tipología de adeudos domiciliados

Una vez migrado el sistema de adeudos domiciliados nacionales al sistema SEPA, en la actualidad el sistema interbancario se organiza en torno a dos esquemas diferentes: el sistema B2B (por el inglés *Business to Business*) y el sistema de adeudos domiciliados básico (CORE).

Todas las entidades financieras que ofrecen servicios de pago de adeudos directos deben estar adheridas al esquema básico SEPA.

Por el contrario, la modalidad B2B es de uso exclusivo para empresas, autónomos o profesionales y tiene carácter voluntario para las entidades, de modo que no todos los proveedores del servicio de pago de adeudos domiciliados lo prestan. Por tanto, el usuario potencial del esquema debe comprobar si los proveedores de servicios de pago, tanto del beneficiario como del ordenante, participan en el esquema.

Por su secuencia, podemos decir que hay adeudos domiciliados puntuales, debiendo tener cada cobro puntual un mandato y un código diferente, y recurrentes.

8.4.3 La orden de domiciliación o mandato

Para que se pueda emitir un adeudo domiciliado, es presupuesto necesario la existencia de una orden de domiciliación o mandato. El mandato es una autorización concedida por el ordenante o deudor para que a partir de una fecha se pueda iniciar el cargo en su cuenta de los cobros y se autoriza a la entidad del deudor a atender los adeudos presentados al cobro por la entidad del acreedor. El mandato u orden de domiciliación lo custodia, por lo general, el acreedor. La entidad del acreedor o

beneficiario incorpora los datos del mandato firmado en papel a un formato electrónico. Es importante que se conserve la orden de domiciliación debidamente firmada, porque, en caso de no existir ese mandato, se considerará que la operación no está autorizada. El mandato debe estar suscrito por firma autógrafo o por firma electrónica avanzada del deudor, y es válido hasta que se produzca una retirada del consentimiento, o aquel caduque.

En la R-201805829, el reclamante solicitaba a su entidad la devolución de un recibo de un seguro de automóvil, aduciendo que no había dado autorización a este. Además de esgrimir la falta de revocación del recibo con anterioridad a la fecha de su adeudo en cuenta, la entidad sostenía el consentimiento de su cliente al cargo, aportando al efecto un documento del seguro sin firma del tomador reclamante, razón por la que se emitió una opinión desfavorable a su actuación al no haber quedado acreditada la autorización a la operación de pago.

Desde que entró en vigor la LSP, es imprescindible que exista autorización previa de carácter genérico por parte del titular de la cuenta o del autorizado en la misma para que todas las órdenes de adeudo de iguales características puedan ser imputadas en su cuenta sin preaviso. Así, el recibo no domiciliado no tiene cabida en SEPA, si bien pueden realizarse órdenes puntuales de este tipo de adeudos. La única excepción que contemplaba dicha ley a la existencia de una orden de domiciliación, como la acabamos de definir, era la existencia de una orden tácita anterior a su entrada en vigor (esto es, al 4 de diciembre de 2009).

El Reglamento (UE) n.º 260/2012 asegura la continuidad de las órdenes de domiciliación emitidas con anterioridad al 1 de febrero de 2014, de tal forma que en el proceso de migración se dotó de validez y continuidad a las domiciliaciones que existían antes de la fecha mencionada en el ámbito de los adeudos SEPA básicos SEPA. Sin embargo, los adeudos directos SEPA B2B (entre no consumidores) requieren un mandato o una autorización expresa del deudor a la entidad financiera para que se proceda a cada cargo en cuenta.

8.4.4 El adeudo domiciliado B2B

En el adeudo directo B2B, ordenante y beneficiario deben ser empresas o autónomos y la orden de domiciliación debe especificar que se acepta operar expresamente en el esquema B2B. Una vez conferida dicha autorización, y antes de la emisión del adeudo, el acreedor o beneficiario notificará al deudor que se va a emitir aquel, y, antes de asentar el cargo en la cuenta, las entidades recabarán el específico consentimiento del deudor al cargo, siendo necesaria una autorización por cada adeudo. Estas formalidades tienen su explicación en que en este esquema el deudor renuncia al derecho a ser reembolsado por su entidad financiera una vez cargado en cuenta el recibo, que puede ser rechazado o devuelto por los

proveedores de servicios de pago que intervienen en la operativa, por otros motivos, hasta dos días hábiles después del vencimiento.

En el expediente R-201816046, la reclamante mostraba su disconformidad con las comisiones que le habían sido cargadas en concepto de presentación y denegación de adeudo SEPA en la modalidad B2B, tras completar de manera incorrecta la orden de adeudo. En concreto, esta cliente inició con su proveedor de servicios de pago en España una orden de adeudo puntual para recibir fondos procedentes de una mercantil con sede en Alemania. Sin embargo, el mandato introducido por el representante de la reclamante (acreedora) en el esquema B2B no contenía el código alfanumérico que le habría sido facilitado por la empresa alemana (deudora). Por ello, la orden de adeudo fue rechazada por el proveedor de servicios de pago de la mercantil alemana, expresando el motivo «mandato no válido». Analizadas las circunstancias de este expediente, este DCMR concluyó que, al haber aceptado la reclamante operar a través de un esquema de adeudos propio de profesionales y empresarios, había asumido con ello su estándar de diligencia. A mayor abundamiento, se ha de señalar que se constató en el expediente que el contrato marco que regía la adhesión a este sistema de pagos incluía claras y suficientes especificaciones para la cliente en lo referente a los adeudos directos B2B, así como que específicamente destacaba la importancia de cumplir con las formalidades en este tipo de esquemas de pago.

8.4.5 El adeudo domiciliado básico SEPA

El adeudo directo SEPA del esquema básico es un instrumento para presentar al cobro de forma electrónica y automatizada operaciones de pago en euros, entre cuentas de clientes, particulares o empresas, abiertas en entidades adheridas al *SEPA Core Direct Debit Scheme*.

Son adeudos directos entre cuentas de pago, en euros, y se emiten con destino a países de la zona SEPA. Se requiere la existencia previa de consentimiento por parte del titular o autorizado de la cuenta de cargo para que todos los adeudos directos de similares características puedan ser imputados en cuenta. Este consentimiento se reflejará en la mencionada orden de domiciliación o mandato. En caso de que se modifiquen los datos de la orden de domiciliación original (por cambios en el acreedor —por ejemplo, por una fusión o un cambio societario— o por cambios en el deudor —por ejemplo, el cambio de la cuenta de domiciliación del recibo de que se trate—), deberá también indicarse esta circunstancia por los procedimientos interbancarios y consignarse el dato que se ha modificado, a fin de que no se produzcan errores en la domiciliación.

Los adeudos directos deberán presentarse con antelación a su fecha de cobro, que será aquella en la que el deudor debe cumplir con su obligación de pago, dentro de

un plazo que variará según se trate de una única operación o de la primera operación de una serie de adeudos recurrentes (siete días hábiles) o de un adeudo de una serie de adeudos recurrentes (cuatro días hábiles).

8.4.6 Procesos excepcionales

Cuando por algún motivo no se pueda gestionar el cobro del adeudo domiciliado por el procedimiento normal, nos encontraremos ante lo que en el *rulebook* se califica como «Transacciones-R», que están constituidas por:

- Solicitudes de cancelación. Tienen su origen en el beneficiario del recibo, generalmente porque este advierte que no se debió generar la operación de pago. Es una operativa opcional que debe ser pactada expresamente entre el beneficiario y su entidad, teniendo su base legal en los artículos 44 y 45 de la LSP (59 y 60 del RD-I).
- Los rechazos de un adeudo domiciliado. Son cobros que se desvían de la ejecución antes del abono en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. Su base legal está en el artículo 36 de la LSP (51 del RD-I). Para mayor información al respecto, nos remitimos al siguiente apartado, «8.4.7. Devolución de recibos».
- Devoluciones. Son cobros que se desvían de la ejecución normal, tras el abono en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, a petición de la entidad del ordenante o del ordenante mismo. Su base legal está en los artículos 29, 33 y 34 de la LPS (43, 48 y 49 del RD-I).

8.4.7 Devolución de recibos

La normativa regula el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados, distinguiéndose dos plazos para ello en función de si el cargo en cuenta estaba previamente autorizado o no.

- Si el adeudo no estaba autorizado, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicarla sin tardanza injustificada a la entidad, a fin de poder obtener rectificación de esta y, salvo en los casos en que la entidad no le hubiera proporcionado o hecho accesible 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). Como hemos visto, en el caso de adeudos domiciliados B2B, el plazo

máximo acordado entre no consumidores en el esquema para la devolución por incorriente es de dos días.

En el sistema de adeudos domiciliados básico, el acreedor podrá negarse a la devolución, aportando copia del mandato vigente, en la fecha de cargo del recibo.

- Si el adeudo estaba previamente autorizado, 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.
 - Dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente, teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes del caso.

A petición de la entidad, el ordenante deberá aportar datos de hechos 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; y, en el plazo de diez días hábiles desde su recepción por parte de la entidad, esta deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación a la devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

Respecto de los adeudos

En la R-201809858, la cliente reclamaba la falta de atención por parte de su banco de la orden de devolución de un recibo de seguro que había sido adeudado en su cuenta. La entidad reclamada alegó que el recibo constaba autorizado desde 2015, sin que hubiese recibido instrucciones en otro sentido hasta después de que la operación fuese asentada en la cuenta, y sin que concurrieran las dos circunstancias previstas en el artículo 33 de la LSP. La entidad añadía que tomaba nota de la voluntad de no renovar de la reclamante de cara a la próxima anualidad. El DCMR no apreció mala práctica bancaria en la actuación de la entidad, toda vez que fue aportada evidencia documental de la autorización al cargo de la prima del seguro, pero no de una posible orden de revocación emitida por la cliente, de conformidad con el artículo 37 de la LSP, recordando que en los aspectos relacionados con la ejecución y/o cancelación del seguro, la competencia para emitir un pronunciamiento corresponde a la DGSSyFP.

Y, en el expediente R-201816273, la mercantil reclamante emitió un recibo con cargo a la cuenta de un cliente, cuyo importe resultó abonado, pero posteriormente

retrocedido, motivo por el que mostraba su malestar, dado que obraba en su poder el mandato otorgado por el deudor, matizando que la devolución se hizo sin previa solicitud por parte de su banco de la orden de domiciliación. Al presentar su reclamación previa, la entidad le contestó invocando los plazos de devolución pactados en sede interbancaria, y en sus alegaciones afirmaba que procedió a la devolución del recibo al encontrarse dentro del plazo señalado por el artículo 34 de la LSP.

El DCMR estimó en ese caso que el proceder de la entidad reclamada fue contrario a las buenas prácticas, por cuanto no acreditó haber realizado gestiones en defensa de los intereses de su cliente antes de proceder a la retrocesión de los fondos. En concreto, no demostró que, una vez recibida la petición de retorno desde la entidad deudora, hubiese informado al usuario y, en este caso, beneficiario de los pagos de la existencia de la misma, con el fin de que este pudiera manifestar lo que estimara conveniente y/o aportar el correspondiente mandato u orden de domiciliación, conforme al procedimiento bancario establecido al efecto, para así permitir que la otra entidad participante conociera la versión de la reclamante (beneficiaria del pago) antes de decidirse a aceptar o no la devolución solicitada.

En la práctica, al parecer, la conducta adoptada por los proveedores de servicios de pago en el caso de los adeudos directos básicos pasa por aceptar con carácter general la devolución del adeudo directo, a instancia del deudor, durante esas ocho primeras semanas. Argumentan como justificación que dicho derecho está pactado en el contrato marco, como una mejora para el consumidor, de acuerdo con el contenido del último inciso del número 1 del artículo 33 de la LSP: «A efectos de adeudos domiciliados, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de su proveedor de servicios de pago, aun cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente», en relación con el último inciso del número 2 del artículo 34: «En el caso de adeudos domiciliados, dicha denegación no podrá producirse cuando el ordenante y su proveedor de servicios de pago hubieran convenido en el contrato marco el derecho de aquél a obtener la devolución, aun en el supuesto de que no se satisfagan las condiciones establecidas para ello en el artículo 33.1.»

Sin embargo, y contrastando con esta argumentación, este DCMR ha constatado que en otras muchas ocasiones las entidades, cuando se trata de devoluciones de recibos emitidos por compañías de su mismo grupo o afines, alegan que no se atendió la orden de devolución cursada por el cliente por no cumplirse las condiciones de devolución de los artículos 33 y 34 de la LSP.

Por otro lado, se hace necesario recordar a las entidades que deben consignar como motivo de devolución el que más se ajuste a la realidad que *de facto* la provoca, pues en ocasiones el consignar un motivo inexacto tiene trascendencia.

A modo de ejemplo, la devolución por motivo de error o de baja en la domiciliación puede dar lugar a que el acreedor entienda que el deudor ha revocado el mandato y que ya no aceptará más recibos de la misma clase, lo que ocasiona que por parte de este ya no se giren más recibos. En alguno de los casos planteados ante el DCMR de recibos emitidos por la Seguridad Social o por la Agencia Tributaria, la devolución por el mencionado motivo ha generado recargos y pérdidas de subvenciones o bonificaciones no solo del recibo devuelto, sino incluso de los siguientes, que se dejaron de emitir. Esto no debió ocurrir si lo que el cliente pretendía era la devolución por duplicidad de un recibo en particular, toda vez que dicha circunstancia tiene su propia clave específica de devolución. En estos casos no puede apreciarse que la actuación de la entidad se ajustara a las buenas prácticas bancarias.

Distinto del caso de la devolución de recibos es el rechazo de la ejecución de una orden de pago por parte del proveedor de servicios de pago del ordenante. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la LSP, la entidad deberá notificar al usuario de servicios de pago tanto dicha negativa como, en la medida de lo posible, los motivos de esta, a fin de que se puedan rectificar, en su caso, los errores de hecho que lo hayan originado.

Alguna de las causas por las que se puede producir el rechazo de la orden de pago son: IBAN de la cuenta incorrecto, cuenta cancelada o bloqueada, o que la cuenta no admite adeudos directos por razones normativas, formato de fichero incorrecto, saldo insuficiente, operación duplicada o mandato no válido o inexistente (este es el motivo utilizado para el caso del mandato cancelado, para la inexistencia de mandato o, en el esquema B2B, para el mandato no confirmado por el deudor). Otras causas podrían ser el fallecimiento del deudor o la simple orden de este de no pagar el recibo.

8.4.8 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 LSP establece en el punto 3 de su artículo 25 (36 del RD-I) que el ordenante podrá retirar el consentimiento a una orden de pago en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a la que se refiere el artículo 37 de dicha norma (y 52 del RD-I). Su retirada implicará que toda operación de pago futura que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada. El punto 3 del citado artículo 37 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».

La cancelación del mandato concierne al acreedor y al deudor, sin que se requiera comunicación por parte de estos a las entidades. Si el deudor pide la devolución de un recibo cargado en cuenta, invocando la revocación anterior de la orden de domiciliación, y solicita a su entidad la devolución del recibo dentro de los 13 meses posteriores al cargo justificando la cancelación de la domiciliación, la entidad deberá proceder a la devolución por la falta de mandato vigente.

Caso diferente es el de la cancelación del mandato por falta de uso. A este respecto, en SEPA, cuando hayan transcurrido 36 meses sin que un acreedor presente adeudos asociados a un mandato, este quedará automáticamente cancelado, es decir, el acreedor no podrá realizar nuevos adeudos relacionados con aquel, sin recabar una nueva orden de domiciliación.

8.5 Ingresos, retiradas de efectivo y otras cuestiones relacionadas con el servicio de caja

8.5.1 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.

8.5.2 Efectivo ingresado en una cuenta de pago

La LSP establece en su artículo 42 (37 del RD-I) que, cuando un consumidor ingrese efectivo en una cuenta de pago en la moneda de esa cuenta, podrá disponer del

importe ingresado desde el mismo momento en que tenga lugar el ingreso. Cuando el titular de la cuenta no sea un consumidor, las partes podrán pactar que se disponga del importe ingresado, como máximo, el día hábil siguiente al de la recepción de los fondos. Igual fecha de valor habrá de darse a los fondos ingresados. 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.

8.5.3 Discrepancia en el importe de las entregas en efectivo en oficina

Cuando existen versiones contradictorias sobre el importe exacto del efectivo entregado por un cliente a la entidad, este 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 en esta sede.

La acreditación documental de sus actuaciones, que la entidad puede y debe aportar, es el listado de operaciones del diario electrónico y el arqueo de caja de fin del día. En cualquier caso, cabe señalar que el cuadro del efectivo de la caja solo sería determinante si, al hacer el arqueo, hubiera sobrado exactamente el importe cuestionado (pues ello corroboraría la tesis del reclamante); pero cualquier otro resultado del arqueo no supondría ninguna prueba concluyente respecto de la cantidad que efectivamente se había ingresado. Sin perjuicio de lo anterior, habiendo aportado el cliente un resguardo de ingreso validado por la entidad que no incluya la mención «salvo recuento» o «salvo buen fin», y sobre cuya autenticidad no se planteen dudas, no se podrá considerar que los registros internos antes mencionados, aportados posteriormente por la propia entidad, puedan ser suficientes, en principio, para invalidar lo que en dicho resguardo aparezca recogido.

En suma, es obligación de la entidad acreditar que la operación de ingreso se llevó a cabo correctamente, y se contabilizó por la cuantía exacta, sin incidencias de ningún tipo, como se infiere de lo establecido en el artículo 30 de la LSP (44 del RD-I).

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. Se plantean en ocasiones discrepancias de los clientes y los usuarios de las entidades con motivo de la realización de ingresos en cuenta (propia o de un tercero), por el hecho de que la entidad retenga billetes por su apariencia de falsedad, para su remisión al Banco de España.

8.5.4 Billetes y monedas

Billetes falsos

Se plantean en ocasiones discrepancias de los clientes y los usuarios de las entidades con motivo de la realización de ingresos en cuenta (propia o de un tercero), por el hecho de que la entidad retenga billetes por su apariencia de falsedad, para su remisión al Banco de España.

Efectivamente, las entidades de crédito tienen la obligación de retirar de la circulación los billetes con apariencia de falsificados. Pero también la de recoger y reflejar los datos identificativos de quien porta el billete.

En virtud de lo dispuesto en el artículo sexto del Reglamento (CE) 1338/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, las entidades se encuentran obligadas a garantizar la autenticidad de los billetes y las monedas en euros que han recibido y que tienen previsto volver a poner en circulación, retirando de la circulación los billetes y las monedas falsos que detecten. Sin embargo, el procedimiento establecido al efecto exige que estos sean entregados al Banco de España, el cual emitirá un recibo que servirá como justificante del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades de crédito⁹⁸. Si de la peritación efectuada en el Centro Nacional de Análisis resultara que el billete o los billetes remitidos fueran legítimos, su importe será abonado con 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.

Monedas. Límites a los ingresos en efectivo (conteo de moneda)

La única normativa existente sobre la limitación en el número de piezas de euro que pueden ser utilizadas en el pago de un servicio viene establecida en el artículo 11 del Reglamento 2169/2005 del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, por el que se modifica el Reglamento 974/98. En este sentido, el artículo citado *in fine* establece expresamente 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».

⁹⁸ 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

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 exigen un servicio de caja diario, intensivo en consumo de recursos humanos y medios técnicos, y los clientes que no precisan de dicha atención especial.

Cabe que, por la actividad desarrollada por el titular de la cuenta, se ponga de manifiesto con el tiempo que requiere una dedicación singular en relación con los servicios de caja.

Normalmente, estos servicios específicos se concretan en atender, aceptar, recontar, empaquetar o transformar la entrega periódica de moneda fraccionaria para su ingreso en la cuenta del titular o la remisión o entrega de reintegros en efectivo en moneda fraccionaria, según solicitud del cliente.

Esta atención especial requerida puede producir importantes distorsiones en las oficinas en horario de atención al público, además de romper el equilibrio inicial entre prestaciones y contraprestaciones consideradas en el contrato genérico de adhesión de apertura de cuenta corriente. Es preciso indicar que, haciendo una aplicación analógica del citado artículo 11 del Reglamento 2169/2005, de 21 de diciembre, y entendiendo que existe una misma ratio entre la necesidad de limitar el número máximo de monedas que se pueden entregar en el tráfico para efectuar un pago y la necesidad de que las entidades puedan conocer el límite máximo de monedas que puede entregarles un cliente para hacer un ingreso en cuenta de carácter inmediato, se podría llegar a entender que la entidad estuviera legitimada para denegar el recuento instantáneo de la moneda fraccionaria entregada para su ingreso si excediese de 50 monedas. Por ello, si se aceptase esta interpretación analógica de la norma citada, no teniendo obligación de admitir más de una determinada cantidad de monedas⁹⁹, las entidades las admitirían en condiciones distintas de las de un ingreso ordinario, esto es, para abonar en cuenta con posterior recuento, debiendo estar en cada caso a lo que se acredite.

Entre los pactos que se suelen alcanzar entre los clientes profesionales que precisan estos servicios extraordinarios de caja y las entidades se encuentran los siguientes:

- La admisión de ingresos de efectivo de más de 50 monedas en los que su importe se abona en cuenta «salvo posterior recuento» por parte de la entidad de crédito, con el objeto de no demorar más allá de lo razonable

⁹⁹ 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

la atención al resto de la clientela. El cliente que entrega el efectivo es consciente de que queda en manos de la entidad —de acuerdo con la mutua confianza existente— el recuento de la cantidad ingresada, de modo que, en caso de que existan diferencias entre el importe declarado y el resultante del recuento, prevalece este último, salvo que las partes hayan acordado otra cosa.

- La entrega de cartuchos (blísteres) a los clientes para que introduzcan las monedas, de manera que se facilite su recuento.
- La oferta de servicios especiales de gestión integral de efectivo para este tipo de profesionales, que 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 indubitablemente 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, como las indicaciones que se contienen en la nota de entrega para ingreso en cuenta, en la que suele recogerse una cantidad, y el hecho de que en los resguardos entregados por los ingresos se establezca que estos se hacen condicionados a un recuento posterior, así como la información referida a la actuación que debe seguir la entidad ante la posible discrepancia en el recuento y al plazo para el contraasiento de devolución.

En consecuencia, aun entendiendo que la actuación de las entidades al abonar en cuenta el importe procedente del recuento, según justificación que aporten, no podría considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios, se recomienda

a las entidades, en aras de la transparencia, que se informe al cliente previamente del tiempo aproximado que se va a emplear para el recuento y, por tanto, del que se requiere para que el abono adquiera firmeza.

Dentro de la libertad de establecimiento de comisiones que la normativa otorga a las entidades de crédito, se puede admitir que pacten el cobro de una comisión por la admisión y el recuento de un número elevado de monedas con cierta frecuencia, esto es, lo que se suele denominar «comisión de recuento». El DCMR considera que el cobro de dicha comisión no se aleja de las buenas prácticas bancarias, siempre y cuando los clientes hayan sido adecuadamente informados de su existencia y de la forma de calcular su importe.

8.5.5 Comisión por ingresos en efectivo

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

En consecuencia, las entidades no están habilitadas para adeudar comisión alguna por efectuar dicho ingreso de efectivo, salvo que el ordenante pretenda un servicio añadido al del simple ingreso en la cuenta de un tercero, en cuyo caso la entidad podría cobrarle una comisión, comunicándole previamente su existencia e importe. Por otra parte, entendemos que no puede considerarse una prestación adicional que habilite al cobro de la comisión la simple indicación de la persona que realiza el ingreso.

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 ese 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 red de la entidad, pues en ninguno de los dos casos existe propiamente un movimiento efectivo de fondos y las operaciones informáticas que ha de efectuar la entidad son básicamente las mismas.

8.5.6 Limitaciones de canales, horarios y medios de pago para realizar determinadas operaciones en las cuentas a la vista. Ingresos en efectivo y pago por ventanilla de recibos no domiciliados

Se ha de diferenciar, en primer lugar, la prestación del servicio de caja, inherente al contrato bancario de cuenta corriente, del servicio de pago de recibos no domiciliados.

Así, mientras que el primero lleva aparejada, por lo general, la posibilidad de realizar ingresos y reintegros en efectivo en la cuenta de la que se es titular, el pago de recibos no domiciliados en cuenta, en el que quien efectúa el ingreso es persona distinta del titular, puede tratarse de un servicio que presta la entidad (si presta servicios adicionales al mero ingreso, como es la indicación de cualquier concepto dirigido al titular de dicha cuenta), por lo que es a esta a quien corresponde informar de las condiciones aplicables, en lo relativo a comisiones, horarios u otros.

Dicho esto, conviene precisar que el servicio de caja básico asociado al contrato de cuenta corriente o de ahorro, en el que suele considerarse que están incluidos los reintegros e ingresos en efectivo, es un pacto accesorio de instrumentación del contrato subyacente que tiene tanta importancia como el contrato principal, pues, en virtud de este, la entidad administra, como si fueran propios, los fondos disponibles a favor del cliente; y es indudable que el particular no depositaría su dinero en la entidad de crédito si no fuera por las ventajas y comodidades que para él representa el servicio de caja y de tesorería prestado por aquella.

Sin embargo, la forma en que este servicio 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 la política comercial de la entidad establecer los servicios que ofrece, sin que este DCMR pueda ni deba inmiscuirse en aquella. Corresponde 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 el pago de recibos no domiciliados, por lo que adoptar para su admisión en ventanilla un horario más o menos amplio, o restringirlo, tiene su origen, también, en una decisión libremente adoptada por la entidad en su funcionamiento operativo y de organización interna.

Establecimiento de limitaciones

En la cuestión relativa al establecimiento de determinadas limitaciones horarias, o incluso de días concretos de la semana o del mes para la prestación de ciertos

servicios bancarios relacionados con las cuentas corrientes, es fundamental determinar la naturaleza de la operación de la que se trate:

- A diferencia de lo que sucede con el pago de recibos, los ingresos en cuenta corriente (también los pagos) forman parte, como se ha dicho, 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 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 —en tal supuesto, entendemos que corresponde al titular de la cuenta informar de las limitaciones establecidas contractualmente a quienes hayan de realizar ingresos en ella por cualquier motivo—, sin perjuicio del derecho de los clientes a disponer en todo momento de su saldo en cuentas a la vista.

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.

- 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 u otros canales. La intención expresada por las entidades para implantar dicha medida es evitar aglomeraciones en las oficinas, procurando dispensar un mejor trato a la clientela bancaria.

En estos supuestos, nada puede objetar este 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 en los que se informe de dicha limitación para ese tipo de servicio específico. En este tipo de 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 en la normativa sectorial aplicable¹⁰⁰, por lo que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la normativa bancaria de transparencia.

En cuanto a la existencia de limitaciones para reintegros superiores o inferiores a determinada cantidad, este DCMR considera que los clientes y los usuarios de las entidades deben estar, en todo caso, en condiciones de conocerlas, para lo que habrán de colocarse 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 los sábados. Lo que resultará siempre exigible es que, en el momento de decidir dónde quiere tener su cuenta, el cliente conozca con todo detalle los canales que la entidad pone a su disposición para la prestación de sus 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 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

¹⁰⁰ A modo de ejemplo, la relacionada con los pagos a la Seguridad Social y a las Administraciones Tributarias.

meses, de conformidad con la normativa de servicios de pago), al objeto de que aquellos puedan decidir si continúan como clientes de la entidad o dejan de serlo.

Además de ello, y para el caso específico de los ingresos, habrá que tener en cuenta que desde la entrada en vigor de la LSP, y según refleja su artículo 42 (57 del RD-I), 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. Es exigible a la entidad que admite este tipo de ingresos por cajero automático que recoja las limitaciones que afecten a estos en el respectivo contrato de cuenta, además de advertirlo de forma específica tanto al realizar el ingreso como al consultar el disponible en cuenta por los medios habilitados al efecto, sin que consideremos que ello sea incompatible con el cumplimiento por la entidad de lo preceptuado en la referida previsión normativa, pues en realidad en estos casos no siempre se puede comprobar realmente si se ha dado un ingreso en cuenta (a no ser que el cajero automático disponga de contador de monedas y/o billetes) ni cuál es ese importe hasta que la verificación se lleva a cabo, lo que es una limitación intrínseca a esa modalidad de ingreso, que se establece expresamente en el contrato.

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

Mediante el Real Decreto-ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automáticos, se añadió a la hoy derogada LSP una disposición adicional segunda que determinaba los límites a las comisiones que podían establecer los titulares de los cajeros automáticos y los emisores de tarjetas por la retirada de efectivo, así como la información que se debía proporcionar a los titulares de las tarjetas en esos casos.

El mismo régimen se contempla en el marco establecido para los servicios de pago en el ya referido Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, que dispone que el proveedor de servicios de pago propietario de un cajero automático no puede exigir a los clientes de los demás proveedores —por retirar efectivo a débito— cantidad adicional alguna a la comisión que pueda exigir al proveedor emisor de la tarjeta.

Antes de proceder a la retirada de efectivo a débito, el titular del cajero debe informar al usuario acerca de la comisión que por dicha retirada se va a cobrar al proveedor emisor de la tarjeta, así como de la posibilidad de que ese importe pueda ser repercutido al usuario total o parcialmente por parte de su proveedor de servicios de pago.

Para las retiradas de efectivo a crédito, la información anterior deberá incluir, además, el importe máximo añadido que el proveedor emisor de la tarjeta puede aplicar al cliente.

9 Expedientes de testamentaría

Tras el fallecimiento de un cliente de una entidad de crédito, esta, a instancia de los herederos, pone en marcha un proceso, comúnmente denominado en el ámbito bancario «de testamentaría». Dicho proceso, que se sigue ante las distintas entidades en las que el difunto tenía sus posiciones bancarias¹⁰¹ (bienes o deudas), da lugar cada año a numerosos conflictos entre las entidades de crédito y su clientela.

Así, durante el ejercicio 2018 fueron analizados y resueltos por el DCMR un total de 596 expedientes de reclamación relacionados con algún aspecto de esta materia. Respecto a la tramitación de los expedientes de testamentaría, conviene recordar que en España las normas de Derecho Sucesorio Común contenidas en el Código Civil¹⁰² 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 civil¹⁰³. La antedicha normativa ha de ser tenida en cuenta tanto por la entidad a la hora de tramitar la testamentaría como por este DCMR en el momento de analizar su actuación en relación con los hechos reclamados.

Dicho lo anterior, y centrándonos en el Derecho Sucesorio Común, debemos partir de la premisa de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

9.1 Derecho de información sobre las posiciones del causante

Sin perjuicio de los derechos sucesorios que corresponden a los herederos, es preciso que, en caso de fallecimiento del titular de una cuenta, las entidades se aseguren de que quienes acuden a ellas solicitando información ostentan efectivamente la condición de herederos.

101 En el caso de que se desconozca en qué entidades mantenía posiciones el fallecido (depósitos, préstamos, etc.), previa acreditación de la condición de heredero, pueden solicitarse a la Administración Tributaria los datos sobre los rendimientos financieros que se le hubieran imputado al fallecido, los cuales deberían haber sido comunicados a esta por la entidad o las entidades donde tuviera cuentas. No existe en el Banco de España registro alguno de las cuentas o los productos bancarios que los clientes mantienen con las entidades de crédito

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

103 Véanse los artículos 13-16 del Código Civil.

9.1.1 Legitimidad para solicitar información

Con carácter general, los legitimados para acceder a la información de las posiciones del causante son los herederos. El hecho de que la información ya haya sido proporcionada por la entidad a un heredero no obsta para que la misma información pueda ser solicitada y entregada a cualquier otro heredero que, igualmente, haya acreditado su condición.

Asimismo, el DCMR ha señalado que no se puede condicionar la entrega de información a un heredero al hecho de que la solicitud de información tenga que estar refrendada por todos los herederos. Así, en la R-201814726 el DCMR concluyó que la entidad reclamada podría haber quebrantado la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela al supeditar la entrega de movimientos habidos en la cuenta, con posterioridad al fallecimiento y la relativa a la cancelación de la cuenta al consentimiento de todos los herederos.

Por otra parte, debemos tener en cuenta los supuestos en los que los herederos no cuentan con plena capacidad de obrar, pues, de conformidad con el Derecho Civil, si bien la personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento, la plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad.

En este sentido, los menores de edad no emancipados, aunque tienen capacidad jurídica, no tienen capacidad de obrar y, de la misma forma que los incapaces, deben actuar a través de sus representantes legales. Por regla general, serán los padres o progenitores (quienes, en principio, ostentan la patria potestad) los legítimos representantes de los hijos menores no emancipados y, en el caso de los incapaces, sus tutores o cuidadores.

9.1.2 Cómo acreditar la condición de heredero

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, en su defecto —cuando el causante ha fallecido sin testar—, la declaración de herederos abintestato. En este último caso, el documento que se ha de presentar a las entidades debe incorporar el acta de conclusión de la declaración de herederos abintestato¹⁰⁴.

104 El procedimiento de declaración de herederos abintestato se inicia mediante acta, a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo a juicio del notario (art. 55.2 de la Ley del Notariado), y termina según lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley del Notariado: «Ultimadas las anteriores diligencias y transcurrido el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en

En cuanto al procedimiento que han de seguir las entidades para recabar la acreditación de la condición de heredero, este DCMR ha manifestado que, una vez acreditada la condición de heredero en una oficina o sucursal concreta, no se entiende ajustado a las buenas prácticas que la acreditación de tal condición deba reiterarse en otras sedes de la misma entidad de crédito a las que acudan los herederos, pues la entidad opera como una sola persona jurídica frente a los terceros operadores del mercado, incluidos los usuarios y los clientes de los servicios que ofrece, debiendo habilitar la entidad los sistemas que estime convenientes a efectos de comprobación interoficinas de la cualidad de heredero de un difunto cliente ya acreditada.

Por último, respecto de la acreditación de la condición de heredero, en el presente ejercicio se ha planteado ante el DCMR como particularidad el supuesto de premoriencia del heredero.

Así, en el expediente R-201813283 la controversia se centraba en la documentación exigida por la entidad para tramitar una testamentaría en la que habían premuerto tres de los ocho herederos universales designados por la causante en su testamento.

Planteados así los hechos, y tras dejar constancia de que el testamento abierto otorgado por la causante preveía expresamente que todos los herederos universales instituidos por la testadora serían sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes y, en su defecto, con derecho de acrecer entre ellos, el DCMR trajo a colación que en el supuesto de premoriencia de un heredero instituido como tal en testamento, como aquí sucedía, las distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁰⁵ distinguen entre la existencia o no de descendientes, de forma que:

- Para justificar la eficacia del derecho a acrecer, en caso de no existir descendientes, se requiere una prueba fehaciente —acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos—.
- Sin embargo, en el caso de existir descendientes, como aquí sucedía, se produce un llamamiento directo, siendo suficiente, en este segundo supuesto, acreditar el fallecimiento del heredero premuerto, así como la filiación de los descendientes, a través del certificado de nacimiento.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalan que los sustitutos vulgares están directamente llamados a la herencia, por lo que no puede decirse que no queden debidamente acreditados estos extremos, en la

que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del Notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización.»

¹⁰⁵ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 3 de febrero de 2012 y 29 de enero de 2016.

medida en que los sustitutos no se limitan a manifestar que lo son, sino que lo justifican fehacientemente.

De ello se deriva que, una vez justificada la premoriencia del heredero sustituido y el nacimiento de los descendientes sustitutos —mediante los certificados de defunción y nacimiento, respectivamente—, no resulta necesario probar el hecho negativo de la inexistencia de otros descendientes mediante acta de notoriedad, testamento o acta de declaración de herederos, imponiendo a los herederos una prueba de hechos negativos que la ley no exige.

A lo anterior habría que añadir que no puede desvirtuarse la eficacia del testamento y condicionarla a la existencia, en estos casos, de un acta de notoriedad, ni cabe presumir la existencia de otros descendientes cuando, ni del título sucesorio, ni de la partición, ni de los libros registrales, resulten indicios para suponer su existencia.

Por ello, este DCMR, apoyándose en el citado razonamiento, consideró que habría de estarse a la existencia o no de descendientes de cada uno de los herederos premuertos, siendo que en dos de ellos se acreditó la existencia de descendientes, por lo que se producía un llamamiento directo, debiendo acreditar los sucesores de ambos herederos premuertos tan solo el fallecimiento de estos, a través del certificado de defunción, así como su filiación como descendientes de estos; y, en el caso del tercer heredero premuerto, dado que falleció sin descendencia, resultaría necesario, para justificar el derecho a acrecer de los demás herederos, que aportaran el acta de notoriedad, testamento o declaración de herederos abintestato. Así las cosas, el proceder de la entidad reclamada, al requerir la referida documentación, no se estimó contrario a la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco contrario a las buenas prácticas y usos financieros.

9.1.3 Qué información tiene derecho a obtener el heredero

En relación con el contenido de la información que han de facilitar las entidades a quienes acrediten ser herederos de sus clientes fallecidos, es criterio ya conocido del DCMR el considerar que las entidades han de facilitar a estos la información que les sea requerida, tanto sobre las posiciones que mantuviera el causante a la fecha del fallecimiento como la relativa a los movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento, con las salvedades que efectuaremos.

Certificado de posiciones y movimientos de las cuentas

Tanto la normativa de transparencia como los criterios de buenas prácticas de este DCMR concretan los deberes de información de las entidades de crédito para con los herederos de la siguiente manera:

- La normativa de transparencia¹⁰⁶ y protección a la clientela establece que las entidades deben facilitar a los herederos, sin dilación injustificada, tanto el certificado de posiciones del causante a fecha del fallecimiento como los movimientos habidos en la cuenta con posterioridad a la fecha del fallecimiento.
- Desde la perspectiva de las buenas prácticas y usos financieros, cabe exigir a las entidades, además, que, con las matizaciones que se indicarán a continuación, atiendan las peticiones de movimientos de las cuentas referidas a un período temporal anterior a la fecha del fallecimiento y no muy lejano a ella, situando este período, de forma aproximada u orientativa, en el año anterior al óbito, para, de este modo, facilitar a los herederos, entre otras cuestiones, el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Por lo que respecta a la información relativa a los movimientos habidos en las cuentas con anterioridad al fallecimiento, el DCMR ha matizado lo siguiente:

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

En el expediente R-201817312, la reclamante denunciaba que, ante la posibilidad de que algunos de los herederos de su madre hubieran podido disponer, antes o después de su fallecimiento, de las cuentas u otros productos de los que hubiera sido titular, había solicitado a la entidad los movimientos de dichos productos «desde la fecha más antigua (histórico) que se conserve en la entidad», indicando que esta solo le refirió la situación a fecha de fallecimiento de su madre, acaecido el 5 de septiembre de 2017.

Por su parte, la entidad reclamada indicaba que habían transcurrido casi diez años desde que la fallecida había dejado de ser cliente de la entidad, habiéndose

¹⁰⁶ La Orden EHA/2899/2011 dispone en su artículo 8.5: «Las entidades de crédito deberán facilitar la información que permita a los herederos de un cliente, una vez acreditada tal condición, conocer su situación patrimonial en la entidad de crédito al tiempo del fallecimiento del causante.» Mientras que el apartado 4.a) de la norma quinta de la Circular 5/2012 concreta los deberes de las entidades de la siguiente forma: «Facilitar sin dilación injustificada la información que permita a los herederos de un cliente —ante su petición y una vez acreditada tal condición— conocer la situación patrimonial del causante en la entidad al tiempo de su fallecimiento y con posterioridad al mismo.»

cancelado sus posiciones en 2008, por lo que no podía facilitar dicha información, dado que la causante no tenía posición alguna a la fecha de fallecimiento y, respecto a los movimientos anteriores al fallecimiento, las buenas prácticas bancarias solo exigen que dichos movimientos se refieran a un período previo al fallecimiento, siendo que en este caso se habría superado sobradamente al referirse a información del año 2007 y años anteriores a este.

El DCMR concluyó que la petición de la reclamante resultaba desproporcionada y tenía por objeto, como se deducía de sus afirmaciones, el efectuar una auditoría de todos los productos contratados por su causante desde el momento de su contratación, con objeto de examinar todos y cada uno de los movimientos, habiendo comprobado e indicado la entidad, por otra parte, que no existían productos a nombre de la causante a fecha de su fallecimiento, ni tampoco en el año anterior al óbito. En consecuencia, el proceder del banco no se estimó contrario a la normativa de transparencia ni tampoco a las buenas prácticas bancarias.

- En el caso de solicitar extractos más allá del año anterior al fallecimiento, la entidad no se encuentra obligada, al amparo de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas, a proporcionarlos, aun cuando facilitar esta información será, en cualquier caso, una buena práctica bancaria. En este supuesto —información más allá del año anterior al fallecimiento— se entendería razonable la pretensión de la entidad de cobrar una comisión por facilitar dicha información y documentación adicionales, la cual debe ser correctamente informada antes de su cobro.
- Tratándose de cuentas de titularidad plural, si existiera oposición expresa del cotitular o cotitulares supérstites de la cuenta a que se facilite información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento —la cual ha de ser no solo invocada, sino también acreditada—, y dado que ha de conjugarse el derecho de información del heredero con el deber de secreto de la entidad y la protección de datos de carácter personal consagrada en nuestra legislación, la negativa de las entidades a facilitar información a los herederos, sin que exista un previo pronunciamiento judicial, no podría considerarse arbitraria, sino que obedecería a la prudencia y la cautela con las que deben actuar estas en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, cotitulares sobrevivientes y terceros—.

A título de ejemplo, en el expediente R-201817546 la reclamante solicitaba información sobre las posiciones de su fallecido padre referidas al año anterior a su fallecimiento, acreditando su condición de heredera, denunciando que la entidad tan solo le había facilitado información sobre el saldo de la cuenta a fecha de fallecimiento, señalando la reclamante que la información requerida le resultaba necesaria para la observancia del artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre

Sucesiones y Donaciones. La entidad reclamada, por su parte, había facilitado el certificado de posiciones del causante a fecha de fallecimiento, detallándose en este el mayor saldo contable presentado en la cuenta en el año anterior al óbito, al tiempo que invocaba y acreditaba documentalmente la oposición expresa del otro cotitular indistinto de la cuenta a que dicha información fuera facilitada.

El DCMR, en aplicación del criterio antes expuesto, no estimó que del proceder de la entidad reclamada se derivara quebrantamiento de la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni vulneración de las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que quedó convenientemente acreditado en el expediente la oposición expresa de la cotitular supérstite a que la entidad facilitara información sobre los movimientos habidos en la cuenta el año anterior al fallecimiento del otro cotitular. Finalmente, el DCMR informó a la reclamante del derecho que le asistía a solicitar dicha información a través de la autoridad judicial, la cual podía evaluar la procedencia o no de una solicitud de esta naturaleza, atendiendo a las circunstancias del caso.

En cuanto al suministro de información sobre movimientos concretos habidos en la cuenta, habrá de valorarse si dicha información afecta o no a terceras personas, en orden a la protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)¹⁰⁷, siendo que, de afectar la información solicitada a terceras personas, la negativa de la entidad a atender dicha solicitud no puede estimarse contraria a las buenas prácticas y usos financieros; por ejemplo, acerca de una orden de transferencia realizada desde la cuenta del difunto, solicitándose información de la cuenta beneficiaria y de su titular.

Así, en el expediente R-201816842 denunciaba la reclamante que, tras entregarle la entidad, a su solicitud, un extracto de movimientos de la cuenta de la que era titular su fallecida madre y examinar estos, había requerido a la entidad información sobre determinadas transferencias efectuadas con cargo a la cuenta y, en concreto, sobre las cuentas beneficiarias y los titulares de dichas cuentas, negándose la entidad a facilitarla aquella. En este caso, el DCMR concluyó que la actuación de la entidad no podía estimarse contraria a lo establecido por la normativa de transparencia ni a los criterios de buenas prácticas y usos financieros, puesto que, habida cuenta de que la información requerida afectaba a terceras personas, no podían obviarse las obligaciones que le incumben en relación con la protección de datos de carácter personal, así como el deber de secreto bancario que ha de guardar en relación con sus clientes.

107 La citada ley orgánica ha sido derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (*BOE* de 6 de diciembre de 2018), que entró en vigor el 7 de diciembre de 2018, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta de la misma.

Información sobre las cuentas de una sociedad de la que el causante era socio

Nos referimos ahora a las solicitudes de información formuladas por un heredero en relación a las cuentas de una sociedad de la que su causante era socio.

A este respecto, este DCMR ha considerado que los herederos del socio ostentan legitimidad para obtener información sobre las cuentas de la sociedad, pues suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, ello con la debida observancia del régimen legal aplicable al tipo de sociedad —toda vez que en algunos tipos societarios existen limitaciones a la transmisión de los derechos societarios *mortis causa*—, así como de lo establecido en los estatutos de la sociedad.

En 2018 se planteó esta cuestión en los expedientes R-201806924 y R-201806937 por la misma reclamante contra dos entidades diferentes, concluyendo el DCMR, tras exponer el criterio antes indicado, que, dado que no obraba en los expedientes documentación alguna que permitiera comprobar al DCMR los extremos por ella señalados, esto es, la existencia o no de limitación a la transmisión de los derechos societarios *mortis causa*, así como lo establecido, en su caso, en los estatutos de la sociedad, no podían acogerse sus afirmaciones. Al respecto, se recordaba que este DCMR solo puede emitir un pronunciamiento sobre la base de aquellos hechos que queden acreditados documentalmente en el expediente, y no de simples manifestaciones verbales que carezcan del soporte probatorio correspondiente, por lo que el proceder de las entidades reclamadas no se estimó contrario a la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela ni de las buenas prácticas y usos financieros.

Entrega de contratos a herederos

En ocasiones se han planteado reclamaciones por parte de los herederos relativas a la negativa de las entidades a facilitarles copia de los contratos de los que eran titulares sus causantes.

A este respecto, la normativa de transparencia de operaciones y protección a la clientela (y, en concreto, el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, relativo a «Información contractual»), además de estipular la obligación de las entidades de entregar al cliente un ejemplar del contrato en que se formalice el servicio, establece el deber de estas de conservar el documento contractual y de poner a disposición del cliente copia de aquél, siempre que este lo solicite. Dicha obligación, por lo que ahora nos ocupa y en opinión del DCMR, se hace extensiva a los herederos, tras el fallecimiento del titular de los contratos y a su requerimiento. Debemos matizar en este punto que la obligación de entrega de contratos no se circunscribe únicamente a los contratos de cuenta corriente o depósito a plazo, sino también a aquellos que documenten operaciones de financiación (contratos de préstamo) o de garantía (contratos de aval). No obstante, y por lo que respecta a la obtención de copias de

operaciones formalizadas en documento notarial, habrá de estarse, según señala la orden, a lo dispuesto en la normativa notarial¹⁰⁸.

Otras veces, ante la solicitud de los herederos de contratos o información concreta sobre operaciones de financiación o de garantía, las entidades exigen a estos que, con carácter previo, lleven a cabo la aceptación de la herencia. Sobre el particular, este DCMR ha indicado que, dado que la aceptación de la herencia conlleva la asunción por los herederos de los derechos y las obligaciones del causante, resulta imprescindible para estos, antes de llevar a cabo la aceptación de la herencia, no solo obtener información sobre las posiciones que mantenía el causante a fecha de fallecimiento, sino también aquella otra información y aquella documentación que les permitan conocer el caudal relicito, los derechos y, sobre todo, las obligaciones que asumirían en caso de aceptar la herencia, siendo, por tanto, procedente y legítimo el acceso a dicha información, con anterioridad a la aceptación de la herencia, si así se solicitara, por lo que la negativa de las entidades a proporcionarla, antes de llevarse a cabo la aceptación de la herencia, podría quebrantar las normas de transparencia y protección a la clientela.

Además, el DCMR ha manifestado que el contrato de aval, al formar parte de la herencia yacente¹⁰⁹, constituye una obligación para los herederos del causante que acepten la herencia pura y simplemente, por lo que las entidades deben acreditar, si fuera objeto de controversia, que informaron a los instituidos como herederos, de forma clara y completa, de las posiciones pasivas de sus causantes.

En el expediente R-201809910, los reclamantes solicitaron a la entidad información sobre las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios de los que era titular su causante, sin que esta atendiera su petición. El DCMR concluyó que la entidad reclamada se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al no entregar a los herederos las condiciones financieras de las operaciones hipotecarias, ni tampoco facilitar a estos los datos para la localización de las escrituras (fecha, notario, protocolo).

108 A tal efecto, el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 dispone en su artículo 224, lo siguiente: «Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tiene derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento.»

109 Sobre la necesaria inclusión de los avales vivos en el pasivo de la herencia, vid. sentencia núm. 419/2014, de 20 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid: «si realmente está acreditada la existencia del aval, en cuanto obligación de garantía que es, habrá de convenirse que el mismo no se extingue con el fallecimiento de la avalista, debiendo incluirse, en definitiva, en el pasivo de la herencia. Es norma sabida que la herencia comprende, como expresa el artículo 659 CC, todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguieren por su muerte. Téngase en cuenta, ex art. 1847 CC, que si la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, a sensu contrario, si la obligación del deudor persiste, también persistirá la obligación del avalista. Se extinguirá la garantía, visto su carácter accesorio respecto de la obligación principal, por las mismas causas que las demás obligaciones, y en el art. 1156 CC, no se pauta tal efecto extintivo para el caso de fallecimiento o muerte del obligado».

9.1.4 Comisiones por la entrega de información a herederos

En cuanto a la procedencia o no del cobro por parte de las entidades de una comisión por proporcionar información a los herederos, debemos distinguir entre los distintos tipos de información que la entidad puede facilitarles.

Certificado de posiciones

Por lo que respecta a la solicitud por parte de los herederos del certificado de posiciones del causante, a la fecha del fallecimiento, el DCMR ha indicado en numerosas ocasiones que la percepción de una comisión por dicho concepto no se ajusta a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que la entrega de dicho certificado deviene del cumplimiento de una obligación impuesta a la entidad por la normativa de transparencia [artículo 8.5 de la Orden EHA/2899/2011 y apartado 4.a) de la norma quinta de la Circular 5/2012] y, además, dicho certificado es un documento que resulta necesario para el cumplimiento de una obligación legal, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, por lo que no ha lugar al cobro de importe alguno por su emisión.

Así, por ejemplo, en los expedientes R-201817456 y R-201816228 el DCMR estimó que la entidad reclamada había quebrantado las buenas prácticas bancarias al cobrar una comisión por certificar las posiciones de la causante a la fecha de su fallecimiento.

Movimientos posteriores al fallecimiento

De la misma forma, este DCMR ha indicado que no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias que las entidades perciban una comisión por facilitar información sobre los movimientos habidos en las cuentas del causante con posterioridad al fallecimiento, por cuanto, al igual que en el caso anterior, dicha entrega de información, a solicitud de los herederos, trae causa de una obligación legal establecida en el apartado 4.a) de la norma quinta de la Circular 5/2012, al indicar que las entidades deben facilitar información sobre la situación patrimonial del causante al tiempo del fallecimiento y con posterioridad a él.

Movimientos anteriores al fallecimiento

Respecto de las solicitudes de información sobre los movimientos acaecidos en la cuenta corriente con anterioridad a la fecha de fallecimiento, cabe distinguir dos supuestos:

- Por lo que se refiere a la información relativa a los movimientos habidos en la cuenta durante el año anterior al fallecimiento, el DCMR considera que,

dado que dicha información puede resultar necesaria para el cumplimiento de una obligación legal como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, desde la óptica de las buenas prácticas y usos financieros cabe exigir a las entidades que no cobren una comisión por la entrega de esta información.

- Ahora bien, en aquellos casos en los que la información solicitada sobre movimientos anteriores al fallecimiento se extienda más allá del año anterior al óbito, y teniendo en cuenta que la entrega de dicha información no viene recogida en la normativa de transparencia ni cabría serle exigida desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este DCMR considera que no ha lugar a emitir un pronunciamiento contrario a las buenas prácticas bancarias en aquellos casos en los que la entidad perciba una comisión por facilitar información adicional, esto es, retrotrayéndose más allá del año anterior al óbito; ello con independencia de considerar que entregar dicha información sin coste alguno constituye una muy buena práctica bancaria.

En consecuencia, la normativa de transparencia no exige la entrega de información relativa a los movimientos anteriores al fallecimiento, si bien en el caso de los movimientos habidos en el año anterior al óbito cabe exigirle a las entidades, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, que faciliten dicha información sin coste alguno; sin embargo, en aquellos casos en los que la solicitud de información se retrotraiga a períodos anteriores al año del fallecimiento, estas podrían percibir la comisión que por facilitar dicha información adicional tengan establecida, siempre y cuando la referida comisión sea debidamente informada y aceptada, con carácter previo, por el peticionario de información.

9.1.5 Exigencia de la petición de tramitación de testamentaría junto con la solicitud del certificado de posiciones u otra información

Otra de las incidencias de las que este DCMR ha tenido conocimiento es el hecho de que, en ocasiones, la solicitud del certificado de posiciones del causante, o de información, se vincula a la prestación del servicio de testamentaría, de tal forma que los herederos, al solicitar en las entidades la emisión del certificado de posiciones de su causante, han de cumplimentar un impreso de solicitud en el que, además, se contiene el encargo de la tramitación del expediente de testamentaría, a pesar de no resultar de su interés, al menos en ese momento, dicho servicio y de conllevar el cobro de una comisión, sin que los reclamantes puedan discernir si la comisión obedece: i) a la emisión del certificado de posiciones del causante; ii) a la tramitación del expediente de testamentaría, o iii) a ambas cosas, generando confusión en estos, máxime cuando el importe repercutido les parece excesivo, atendiendo a la petición de la mera emisión de un certificado.

En estos casos, este DCMR ha señalado que la obtención del certificado de posiciones del causante y su consiguiente emisión por parte de la entidad no deben condicionarse en modo alguno a que los herederos efectúen a la entidad, en ese mismo momento o en otro posterior, el encargo de la tramitación del expediente de testamentaría, ya que su objeto, además de facilitar el cumplimiento de una obligación legal, como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, también es informar a los interesados en la herencia de las posiciones del causante a efectos de determinar la masa hereditaria, decidiendo estos posteriormente si aceptan o no la herencia, pudiendo darse el caso de que los interesados en recabar dicha información —previa acreditación, claro está, de su derecho a obtenerla— no llegaran a aceptar la herencia, por lo que no habría lugar a la tramitación del expediente de testamentaría.

En los expedientes R-201817355 y R-201815938, los herederos denunciaban que al solicitar un certificado de posiciones de sus causantes, a fecha de fallecimiento, la entidad les indicó que su emisión conllevaba un coste de 80 euros por el asesoramiento jurídico del expediente de testamentaría, manifestando estos que no habían solicitado dicha actuación. El DCMR estimó que la entidad reclamada habría quebrantado las buenas prácticas bancarias al incluir en el impreso/modelo destinado a solicitar el servicio de tramitación de expediente de testamentaría el «suministro de información sobre las posiciones deudoras y acreedoras del causante», indicándose, de forma general, que por la prestación del servicio, que englobaba dicho suministro de información, el precio era 80 euros, cuando por la emisión del certificado de posiciones la entidad no debería repercutir importe alguno.

9.2 Tramitación de la herencia

Una vez recabada la información sobre las posiciones que ostentaba el causante frente a la entidad, para llevar a cabo la disposición de los fondos los herederos habrán de acreditar su derecho a la adjudicación concreta de estos. Para ello, los herederos deberán aportar la documentación justificativa de la aceptación, participación y adjudicación de dichos fondos.

En el ejercicio 2018, y a resultas del expediente R-201804708, se planteó ante el DCMR la cuestión de la validez de los documentos presentados por la reclamante en relación con la tramitación de una sucesión *mortis causa* internacional, siendo la causante y la heredera de nacionalidad alemana. Así, invocaba la reclamante su condición de heredera para llevar a cabo la disposición de los fondos que su causante tenía en la entidad, solicitando la transferencia de estos a una cuenta abierta en Alemania, así como la cancelación de sus posiciones en España.

Por su parte, la entidad reclamada fundamentaba su negativa alegando, por una parte, la necesidad de llevar a cabo el expediente de testamentaría de la fallecida y, por otra parte, que los documentos aportados por la reclamante no cumplían con

los requisitos de validez necesarios en el Estado español, en la medida en que dichos documentos debían ser originales o copias certificadas por los mismos organismos expedidores de los documentos originales y traducidos al castellano. Al mismo tiempo, argumentaba que, salvo los supuestos en los que existiera convenio que estableciera la exención de legalización para determinados documentos, todo documento público extranjero debe ser previamente legalizado por vía diplomática o, en el caso de un Estado parte del Convenio de la Haya de 1961, rubricado con la Apostilla de la Haya, de conformidad con sus artículos 3 y 4.

El DCMR consideró que el proceder de la entidad reclamada no resultaba arbitrario o carente de justificación, sino que obedecía a la cautela con la que han de actuar las entidades en estos supuestos, debiendo verificar que los fondos de sus clientes fallecidos son entregados a las personas legitimadas para ello, a sus herederos. Se señalaba, asimismo, que nada cabía objetar a la exigencia de la entidad, comunicada en varias ocasiones a la reclamante, en relación con los requisitos formales que debían tener los documentos aportados, indicando el DCMR, como ha hecho en otras ocasiones, que los documentos de esta naturaleza otorgados ante un funcionario o fedatario público extranjero, para que surtan efecto en España, deben estar traducidos por traductor jurado, si fuera necesario, y apostillados; y, en el caso de resoluciones judiciales dictadas por juzgados extranjeros, hacerse efectivas mediante el correspondiente procedimiento de *exequatur*. Por lo expuesto, se consideró que el proceder de la entidad reclamada era ajustado a las buenas prácticas y usos financieros.

Finalmente, el DCMR informó a las partes de que el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que entró en vigor el 17 de agosto de 2015, facilita a los ciudadanos de los Estados miembros (excepto Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido) la tramitación de algunos aspectos legales relativos a la sucesión *mortis causa* internacional, de forma que se establece que una sucesión transfronteriza se trate bajo una única legislación y sea gestionada por una única autoridad. Asimismo, se indicó que dicho Certificado Sucesorio Europeo encuentra su regulación en el capítulo VI del citado reglamento, artículos 62-73, siendo la autoridad competente para expedir el mismo, en el caso de Alemania —Estado del que era nacional la reclamante del expediente—, bien los tribunales locales («*Amtsgericht*»), bien el notario («*Amtsnotariate*»), en Baden-Württemberg.

9.2.1 Aceptación de la herencia

La aceptación de la herencia es una declaración en virtud de la cual el sucesor manifiesta su deseo de convertirse en heredero del fallecido, pudiendo realizarse de manera pura y simplemente o a beneficio de inventario.

En cuanto al acto mismo de aceptación de la herencia, este puede efectuarse de forma expresa o de forma tácita¹¹⁰ (esto es, cuando la aceptación se sobreentiende por la realización de aquellos actos destinados a tomar posesión de los bienes por aquellos llamados a la herencia).

En ocasiones ha sido objeto de discrepancia entre las entidades y los herederos la negativa de estas a considerar que la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones implicaba la aceptación tácita de la herencia. Sobre el particular, este DCMR concluyó, en los expedientes R-201816340 y R-201802655, entre otros, que la negativa de las entidades reclamadas no podía considerarse contraria a las buenas prácticas y usos financieros, en la medida en que el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 1998, entre otras, declaró que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significan, por sí solos, aceptación de la herencia, obedeciendo su actuación a la prudencia y a la cautela con las que deben actuar estas en supuestos como el que nos ocupa, siendo la aceptación de la herencia, como es, requisito imprescindible para disponer de los fondos depositados en la entidad.

Por último, en relación con la aceptación de la herencia, el DCMR ha informado a los reclamantes, cuando así lo ha estimado oportuno, de la modificación operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, de diversos preceptos del Código Civil; entre ellos, y por lo que ahora interesa, del artículo 1005 de dicho cuerpo legal, que establece que cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia puede acudir al notario para que este comunique al llamado que tiene un plazo de 30 días naturales para aceptar pura y simplemente la herencia o a beneficio de inventario, o repudiarla, indicando el notario en dicha comunicación que, si no manifestare su voluntad en plazo, se entenderá aceptada aquella pura y simplemente.

9.2.2 Partición y adjudicación de bienes

Con independencia de la aceptación de la herencia, no puede obviarse el hecho de que la comunidad hereditaria está formada por todos los herederos, resultando que todos ellos tienen la plena titularidad de su participación o cuota en la herencia y que pueden enajenarla, cederla o hipotecarla, si bien los efectos de estos actos quedarán concretados en los bienes que se les adjudiquen en la partición al cesar la comunidad, por lo que, en todo caso, si alguno de los herederos quisiera disponer

¹¹⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1992 indica que «[...]a aceptación tácita se realiza por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de “aceptar” la herencia, o sea, aquellos actos que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia».

(antes de la partición y de la adjudicación) de cualquiera de los bienes concretos de la herencia, sería necesaria la unanimidad de todos ellos.

En el expediente R-201817567, el reclamante denunciaba que la entidad no le permitía disponer de la mitad del saldo de la cuenta de la que era titular su causante, a pesar de que la testadora le instituyó, junto con otra heredera, como heredero universal de todos sus bienes por mitades «indivisas».

Por su parte, la entidad reclamada alegaba que los herederos no habían acreditado su derecho hereditario, presentando la documentación necesaria para ello, así como que la testadora había dispuesto, entre otras cosas, que, si alguno de los herederos no estaba conforme con su voluntad expresada en testamento, quedaría excluido de él, acrecentando su parte el otro heredero. Constaba además en el expediente un acta de requerimiento mediante la cual el reclamante había requerido al notario para que, de conformidad con el artículo 1005 del Código Civil, comunicara a la otra heredera que tenía un plazo preclusivo de 30 días naturales, a contar desde la notificación, para aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia, informando el notario y advirtiendo a la requerida que, de no manifestar su voluntad en instrumento público de repudiar la herencia o de hacer uso del beneficio de inventario, se entendería aquella aceptada pura y simplemente.

El DCMR concluyó que, efectivamente, para poner a disposición de los herederos los fondos depositados en la entidad, resultaba necesario que estos acreditaran tal condición y llevaran a cabo la partición y adjudicación de la herencia, previo inventario de los bienes que la componían (si no hubiera sido repudiada la herencia por la otra heredera instituida en testamento, cuestión que se desconocía en el expediente). Y es que podría darse el caso de que, al efectuar la partición y adjudicación de herencia, los herederos establecieran que el saldo de la cuenta se adjudicara a uno solo de ellos, o por iguales partes «divisas», u otra fórmula, llevándose a cabo, en su caso, las compensaciones necesarias con cargo a otros bienes del causante, de forma tal que el «proindiviso» establecido en la disposición testamentaria se rompiera, adjudicándose de forma concreta el saldo de la cuenta. Por todo ello, el DCMR no apreció en el proceder de la entidad reclamada quebrantamiento de la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco vulneración de las buenas prácticas y usos financieros.

Por otra parte, en el expediente R-201817456 el reclamante denunciaba, entre otras cuestiones, que la entidad reclamada habría llevado a cabo la partición y la adjudicación de los bienes sobre la base de un documento privado, de fecha 4 de octubre de 2018, que no existía y al cual se hacía referencia en el informe de bastanteo de la testamentaría.

Examinada la documentación aportada al expediente, el DCMR concluyó que no obraba en el mismo un documento público ni privado, firmado por todos los herederos, en virtud del cual estos llevaran a cabo la partición y la adjudicación de la herencia de su causante; ello con independencia de que en la «Solicitud de reparto de los bienes de testamentaría», en virtud de la cual se encargó por parte del reclamante el servicio de tramitación de testamentaría, se relacionara, entre otros documentos, uno denominado «documento privado de aceptación de herencia de fecha 4.10.2018», el cual ni se adjuntaba al expediente, ni se acreditaba su existencia por parte de la entidad, a pesar de la denuncia formulada por el reclamante, por lo que su actuación se estimó contraria a las buenas prácticas y usos financieros, al no haber acreditado actuar con la diligencia que le es exigible a la hora de verificar la existencia de la documentación necesaria para llevar a cabo el reparto de los bienes de la testamentaría y su posterior análisis y bastanteo.

9.2.3 Forma del documento particional

Por lo que se refiere a la partición de la herencia, es preciso señalar que, de conformidad con el Código Civil, aquella puede ser testamentaria (realizada por el propio causante en su testamento), convencional¹¹¹ o, según la nueva redacción dada al artículo 1057 del Código Civil por la Ley 15/2015, sin testamento, sin que hubiera en él contador partidor designado o hallándose vacante el cargo. En este caso, tanto el letrado de la administración de justicia del juzgado competente como el notario pueden —a petición de los herederos y de los legatarios que representen, al menos, el 50 % del haber hereditario, y con citación de los interesados, si su domicilio fuere conocido— nombrar un contador partidor dativo —según las reglas que se establecen para la designación de peritos en la LEC y en la Ley del Notariado—, requiriendo la partición así realizada la aprobación del letrado de la administración de justicia o del notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

En cuanto a la forma del documento de aceptación, partición y adjudicación cuando nos encontramos ante una partición convencional —por acuerdo de los herederos—, debe precisarse que esta podrá formalizarse tanto en documento notarial como en documento privado, siempre que, en este último caso, venga firmado por todos los herederos o por sus representantes y se lleve a cabo el reconocimiento de firmas mediante la pertinente diligencia. En consecuencia, este DCMR ha venido considerando una conducta contraria a las buenas prácticas la exigencia de que la aceptación y la partición de la herencia se formalicen en documento público.

¹¹¹ El artículo 1058 del Código Civil dispone: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.»

En relación con esta cuestión, en los casos en los que la entidad se ha negado a poner a disposición de los herederos los saldos adjudicados, alegando que, debido a la concurrencia de un bien inmueble en la herencia, resultaba preceptiva la formalización en escritura pública de la aceptación, partición y adjudicación de la herencia, este DCMR ha manifestado que no compartía el argumento de la entidad, por cuanto no existe obligación legal alguna de instrumentar mediante documento público la partición y la adjudicación de la herencia. Por ello, el DCMR ha estimado el proceder de la entidad contrario a las buenas prácticas bancarias, al no encontrar justificada dicha imposición en lo que se refería a los productos bancarios, sin perjuicio de que, en caso de que los adjudicatarios de los inmuebles quisieran inscribir las adjudicaciones en el Registro de la Propiedad, sería necesario elevar a público el documento de partición y de adjudicación.

Por otro lado, en lo que respecta a los documentos privados de aceptación y partición de herencia, este DCMR ha declarado (R-201816340) que el trámite de reconocimiento de firmas puede realizarse mediante:

- La personación en la oficina de los herederos, sin que quepa exigir por parte de la entidad que todos los herederos realicen el trámite al mismo tiempo, esto es, en unidad de acto.
- La legitimación de firmas ante notario si la personación en la oficina no le resulta factible al heredero.

9.2.4 Contenido del documento particional

En cuanto al contenido del documento de aceptación, partición y adjudicación, debemos resaltar la necesidad de que este contenga la adjudicación de bienes concretos a cada uno de los herederos, de forma que las entidades puedan ejecutar la partición ajustándose a los exactos términos del documento.

En relación con este particular, es criterio de este DCMR que, cuando los saldos de las cuentas no se encuentran relacionados dentro del inventario y de la adjudicación de la testamentaría de los causantes o no coinciden con los expresados en dicho documento, es necesario que se lleve a cabo una adición de dichos bienes y se proceda a la adjudicación y partición de ellos entre los herederos, así como que se efectúe el pago del impuesto sobre sucesiones que, en su caso, corresponda, y que no se satisfizo en su momento. Este sería el criterio aplicable en los casos en los que, por ejemplo:

- al haberse modificado los saldos depositados en la entidad en el momento de efectuar el reparto respecto de los que existían a la fecha del fallecimiento y se reflejaron en el documento de partición y adjudicación, aumentando

- o disminuyendo estos¹¹², las entidades necesitan recabar de los herederos instrucciones adicionales de reparto, o
- el documento contiene la partición y no la adjudicación de bienes concretos, por lo que resulta necesario requerir a los herederos para que aporten un nuevo documento, relacionando las adjudicaciones concretas de los bienes de la herencia depositados en la entidad.

Así, en el expediente R-201815512 el reclamante denunciaba la negativa de la entidad a llevar a cabo el reparto y la adjudicación de la herencia conforme a la escritura de partición de herencia, discrepando ambas partes respecto a si la adjudicación del saldo de la cuenta se había efectuado en el cuaderno particional de forma divisa, como afirmaba el reclamante, o en proindiviso, como sostenía la entidad, al tiempo que requería que los herederos cursaran instrucciones adicionales de reparto suscritas por todos los herederos.

Examinada la referida escritura, el DCMR determinó que, de la interpretación literal de la disposición, los herederos se habían adjudicado «todos los bienes inmuebles descritos por quintas partes indivisas», al tiempo que se adjudicaba la cantidad de 1.511,68 euros a cada uno de ellos, siendo que, sumados dichos importes totales a la cantidad de 6.381,71 euros que se adjudicó expresamente a un heredero para el pago de las deudas de la herencia, totalizaban el saldo de la única cuenta indicada en el inventario y cuya disposición constituía el objeto de la reclamación. De ello se derivaba, de modo claro, que el saldo de la cuenta se había adjudicado de forma divisa a cada uno de los herederos.

Ahora bien, el DCMR señaló que cuestión distinta era que dicho saldo, inventariado y adjudicado de forma divisa, sufriera una modificación ostensible a la baja, desde que se efectuara en 2010 la adjudicación, por lo que, una vez efectuadas las aclaraciones y advertencias anteriores en relación con la forma en la que resultaba adjudicado el saldo, no podía estimarse contraria a las buenas prácticas bancarias la exigencia de la entidad de recabar instrucciones adicionales de reparto suscritas por todos los herederos, sino que obedecía a la prudencia y cautela con la que debía actuar en estos supuestos, habiendo manifestado esta, por otra parte, su disposición a poner los medios necesarios para que los herederos facilitaran dichas instrucciones en sus lugares de residencia, sin tener que desplazarse.

112 En este sentido, el artículo 1079 del Código Civil dispone: «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.»

Además, resulta de interés citar la sentencia del Tribunal Supremo n.º 2968/2015, de 16.6.2015, respecto de las adiciones particionales: «La doctrina actual de esta Sala que a efectos de partición, a que se remite la liquidación de gananciales, la omisión de bienes, siempre que sean de importancia no esencial, se puede adicionar al amparo del artículo 1079 y la diferencia de valoración se puede corregir: si es superior al cuarto, por medio del artículo 1074 del Código Civil. Siempre en interés del principio del *favor partitionis* y reiterando lo declarado jurisprudencialmente.»

9.2.5 Revocación del documento particional

Otra de las incidencias derivadas de la presentación del documento de partición que ha sido abordada por este DCMR es aquella en la que la entidad niega la disposición de herencia, a pesar de haber sido presentado documento de partición de herencia, alegando que uno de los herederos revocó la partición en un momento posterior a su firma.

En estos casos, el DCMR sostiene que habrá de estarse al caso concreto, evaluando el tipo de testamentaría ante la que nos encontramos (testamentaria, convencional, etc.), así como el contenido del cuaderno particional, a fin de comprobar si este contiene o no condiciones suspensivas o de otra índole que habiliten a los herederos a dejar ineficaz la partición con posterioridad a su firma, entendiendo por ineficacia un concepto que engloba todos aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico sanciona con la privación de efectos al negocio particional.

De no concurrir condición alguna, el DCMR ha estimado que, en los supuestos en los que la partición es realizada por todos los coherederos de mutuo acuerdo —convencional—, nos encontramos ante un supuesto de declaración de la voluntad plurilateral, destacando en estos casos el carácter o naturaleza contractual de la partición con sometimiento a las reglas generales de los contratos. Así pues, el consentimiento de los coherederos es el punto de partida tanto de la existencia de la partición como de su validez (art. 1261 del Código Civil)¹¹³.

Este criterio encuentra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁴, que ha declarado que en este tipo de supuestos no puede acogerse la pretensión de nulidad por contradecir la doctrina que impide ir contra los propios actos, pues el consentimiento prestado libre de vicios es inatacable. Ello sin perjuicio de que, como ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁵ —y así ha sido puesto de manifiesto en nuestros informes—, la partición, como negocio jurídico, puede padecer los vicios que ocasionen su ineficacia o permitan su impugnación, resultando que, en el caso de una partición realizada por los coherederos, le corresponden los vicios de los negocios *inter vivos*¹¹⁶.

113 En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Supremo 1701/2014, de 19.2.2014: «La partición convencional, partición realizada por los herederos (artículo 1058 del Código Civil), es decir, por los propios interesados por sí mismos y con absoluta libertad, sin límite alguno, que se ha considerado de naturaleza contractual (sentencias de 8 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1997) o negocio jurídico plurilateral (sentencia de 20 de enero de 2012), y en todo caso obliga a los herederos partícipes de la misma a aceptar y cumplir lo pactado.»

114 Así lo dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1960 (RJ 1960/1699).

115 Sentencia del Tribunal Supremo de 27.5.1998.

116 En este sentido, hay que señalar que el Código Civil no contiene una regulación específica sobre la ineficacia de la partición, sus diferentes categorías y las causas que la originan. De la misma forma, el Código Civil no regula de manera general la ineficacia de los negocios y actos jurídicos, sino que la

Ahora bien, tanto la nulidad como la anulabilidad requieren la acción de impugnación, mientras que la de rescisión requiere la acción de rescisión, acciones estas que deben ser planteadas ante los tribunales de justicia, sin que en ningún caso quiepa su apreciación por otras instancias.

9.2.6 Impuesto sobre sucesiones

En el marco del proceso de testamentaría que nos ocupa, las entidades exigen la justificación del pago o exención del impuesto sobre sucesiones, salvando así la responsabilidad subsidiaria que por el pago del impuesto corresponde a los intermediarios financieros en las transmisiones *mortis causa* de depósitos, garantías, certificados de depósito, cuentas corrientes, de ahorro, o cuentas especiales, según se infiere de lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en el artículo 19, letra a), del reglamento del citado impuesto.

Así, la citada ley y su reglamento establecen que «los intermediarios financieros no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice».

El DCMR ha indicado al respecto que la salvaguarda de tal responsabilidad no puede llevar a la conclusión de que las entidades se encuentran habilitadas para bloquear el saldo de la cuenta mientras no se efectúe el pago del impuesto o se justifique su exención. Cuestión distinta, sobre la que nada cabría objetar, es que las entidades retuvieran la suma necesaria para evitar el supuesto de responsabilidad subsidiaria establecido a su cargo por la normativa fiscal, tomando como base —a efectos fiscales y a falta de acreditación 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.

Por otro lado, para soslayar el posible perjuicio de los herederos que necesiten disponer de los bienes depositados en entidades bancarias sin que estas se conviertan en responsables subsidiarias del impuesto, el reglamento anteriormente citado tiene regulado un régimen de liquidación parcial o autoliquidación (arts. 78, 86.2 y 89)¹¹⁷ mediante el cual se puede obtener la disposición de los fondos y bienes

regulación más completa se encuentra en los contratos, y por ende hay que acudir al régimen jurídico de la nulidad, anulabilidad y rescisión.

117 «Artículo 78. Liquidaciones parciales a cuenta

1 Los interesados en sucesiones hereditarias podrán solicitar de la oficina competente, dentro de los plazos establecidos para la presentación de documentos o declaraciones, que se practique liquidación parcial del impuesto a los solos efectos de cobrar seguros sobre la vida, créditos del causante, haberes devengados y no percibidos del mismo, o retirar bienes, valores, efectos o dinero

depositados a través del ingreso del importe de la liquidación parcial o autoliquidación parcial que corresponda, ingreso que cumple, además, la función de extinguir la responsabilidad subsidiaria de las entidades bancarias.

Otra de las cuestiones que se plantean ante este DCMR son los supuestos de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto. Así, en la normativa tributaria se prevé la posibilidad de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto, pero no existe una previsión similar a la mencionada en el párrafo anterior en cuanto a la extinción de la responsabilidad subsidiaria de la entidad por la sola presentación de la correspondiente solicitud.

Por lo tanto, podemos afirmar, sin perjuicio de lo que pudiesen resolver, en su caso, la Administración Tributaria o los tribunales de justicia, que las entidades de crédito que entreguen fondos depositados en ellas por los causantes a los herederos y a los legatarios son responsables subsidiarias del pago del impuesto sobre sucesiones y donaciones, responsabilidad que se extingue únicamente mediante el ingreso del importe de la liquidación parcial o autoliquidación parcial que corresponde o, por supuesto, mediante el pago de la liquidación definitiva que corresponda.

En el expediente R-201812321, el reclamante denunciaba la negativa de la entidad a poner a su disposición los fondos de la herencia de su causante, a pesar de haber presentado a la entidad toda la documentación necesaria para la tramitación de la testamentaría y estando exento del impuesto sobre sucesiones, al amparo de la normativa del impuesto de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Por su parte, la entidad reclamada alegaba que el reclamante no había acreditado el pago del impuesto, ni la exención de este que invocaba, motivo por el cual mantenía los fondos retenidos por mandato legal.

que se hallasen en depósito, o bien en otros supuestos análogos en los que, con relación a bienes en distinta situación, existan razones suficientes que justifiquen la práctica de liquidación parcial.

- 2 Para la práctica de las liquidaciones parciales, los interesados deberán presentar en la oficina competente un escrito, por duplicado, relacionando los bienes para los que se solicita la liquidación parcial, con expresión de su valor y de la situación en que se encuentren, del nombre de la persona o entidad que, en su caso, deba proceder al pago o a la entrega de los bienes y del título acreditativo del derecho del solicitante o solicitantes.
- 3 A la vista de la declaración presentada, la oficina girará liquidación parcial, aplicando sobre el valor de los bienes a que la solicitud se refiere, sin reducción alguna, la tarifa del impuesto y el coeficiente multiplicador mínimo correspondiente en función del patrimonio preexistente.
- 4 Ingresado el importe de la liquidación parcial, se entregará al interesado un ejemplar del escrito de solicitud presentado con la nota del ingreso. La presentación de este escrito acreditará, ante la persona que deba proceder a la entrega o al pago, que, fiscalmente, queda autorizada la entrega, el pago o la retirada del dinero o de los bienes depositados.
- 5 Las liquidaciones parciales que se giren con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo tendrán el carácter de ingresos a cuenta de la liquidación definitiva que proceda por la sucesión hereditaria de que se trate.»

«Artículo 86. Régimen de autoliquidación: Requisitos. [...]»

El DCMR concluyó que compartía el razonamiento de la entidad en cuanto a que debe acreditarse que el organismo competente para la liquidación del impuesto ha declarado el pago o exención del impuesto sobre sucesiones, resultando que no obraba en el expediente tal documento, por lo que no podía darse por cumplido dicho trámite.

No obstante lo anterior, el DCMR señaló que la invocación de las normas que regulan el impuesto sobre sucesiones indicadas por la entidad no podía llevar a la conclusión de que esta estuviera habilitada para bloquear la totalidad del saldo de la cuenta, no resultando ajustado a las buenas prácticas y usos financieros dicho proceder, en la medida en que solo debía de haber bloqueado la suma necesaria para salvar su responsabilidad subsidiaria y no la totalidad del saldo, como así hizo.

9.2.7 Forma de disponer de los fondos

En cuanto a la forma de disponer de los fondos de la herencia, una vez finalizada la testamentaría, los herederos han de dar instrucciones a la entidad respecto a la forma en la que desean que les sean entregados los fondos, lógicamente en función de sus necesidades e intereses —efectivo, traspaso o transferencia, cheque bancario, etc.—, sin que quepa en ningún caso que la entidad imponga el medio de disposición.

Las entidades deben ofrecer un medio gratuito de disposición, resultando que solo en caso de que los herederos elijan otro medio distinto podrán estas percibir la correspondiente comisión al efecto (por ejemplo, emisión de transferencia, cheque bancario, etc.).

Así, es frecuente que, tratándose de cuantías no muy elevadas, los interesados opten por la entrega del dinero en efectivo por ventanilla, siendo que, en estos casos, como quiera que la entidad no presta ningún servicio adicional más allá de su mera entrega, no estaría legitimada para cobrar comisión alguna, en la medida en que no está sino cumpliendo con la obligación legal de reintegro de fondos a los herederos del depositante.

Sin embargo, si la entidad, por cualquier circunstancia, como puede ser en los supuestos de importes elevados, determinase que la disposición en efectivo no es posible, debe habilitar otro medio gratuito por el que disponerlo —cheque bancario o transferencia, por ejemplo—.

Sería una cuestión distinta que los herederos cursaran órdenes a la entidad para que los fondos les fueran abonados en una cuenta determinada —obviando la forma de disposición gratuita ofrecida—, suscribiendo a tal efecto la correspondiente

orden de pago a una cuenta de otra entidad, dando lugar a la prestación por parte de esta de un servicio adicional que, como tal, puede ser retribuido mediante al cobro de una comisión.

De la misma forma, en los supuestos en los que los reclamantes han planteado que, para poder disponer de los fondos de la herencia, la entidad les requería la apertura de una cuenta corriente en la entidad, este DCMR ha manifestado que, dado que para la apertura de una cuenta corriente se debe contar con el consentimiento expreso de ambas partes (entidad y cliente), tal imposición no resulta ajustada a las buenas prácticas, recordando además que, una vez resuelto el expediente de testamentaría, es su obligación poner a disposición de los herederos los fondos depositados en la entidad, en la forma en que estos determinen y conforme a las adjudicaciones establecidas.

Puede resultar también que los herederos opten por un cambio de titularidad de la cuenta, reemplazando al fallecido por los herederos, o incluso puede darse el caso de que una cuenta haya sido adjudicada de forma que se diferencie el usufructo de la nuda propiedad. En estos casos, es criterio de este DCMR que las entidades, como profesionales expertas que son de su operativa, deben contar con los medios para reflejar tal situación, facilitando el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

En los expedientes R-201817456 y R-201817171, los reclamantes denunciaban que las entidades les habían impuesto la forma de disponer de los fondos. En ambos casos, se indicaba que las entidades habían procedido a cancelar la cuenta a nombre del titular fallecido y a la apertura de una nueva cuenta cuyos titulares eran los herederos legales, abonando en ellas los fondos para que los herederos pudieran disponer de ellos. Por su parte, las entidades reclamadas negaron que la apertura de las cuentas obedeciera a una exigencia impuesta por ellas para que los herederos dispusieran de los fondos.

El DCMR, tras verificar que los contratos de apertura de las cuentas habían sido suscritos por los interesados, en prueba de conformidad, y advertir a las entidades de su criterio sobre el particular, se abstuvo de emitir un pronunciamiento sobre dicho motivo de reclamación, en la medida en que, no existiendo acreditación documental sobre la existencia de otras instrucciones de disposición dadas por los reclamantes, no podía hacer prevalecer una versión en detrimento de la otra, máxime cuando los contratos de apertura de las cuentas a las que se traspasaron los fondos se encontraban rubricados por los herederos.

Finalmente, en el expediente R-201815048 el DCMR consideró que la entidad se había separado de las buenas prácticas bancarias, al no ofrecer a la reclamante un medio gratuito para disponer de los fondos derivados de la tramitación de la testamentaría.

9.2.8 Deber de diligencia

Las entidades han de actuar con la máxima diligencia en la tramitación de los expedientes de testamentaría, debiendo justificar en todo caso, y aunque no existe plazo predeterminado para su tramitación, que no se encuentran demoras unilaterales e innecesarias en la entrega de los bienes o en su cambio de titularidad. El plazo de tramitación debe contarse desde que los herederos hayan presentado toda la documentación necesaria al respecto y firmado la solicitud de tramitación de la testamentaría.

Así, en el expediente R-201813639 el reclamante denunciaba la demora en la resolución de la testamentaría de su hermana, indicando que el 18 de junio de 2018 entregaron a la entidad la documentación necesaria para llevar a cabo la tramitación de la testamentaría, señalando que, ante la falta de noticias, efectuaron numerosas llamadas a la entidad para pedir información de en qué punto se encontraba el expediente, indicándoles la entidad que les llamarían, si bien no obtuvieron respuesta alguna.

Por su parte, la entidad reclamada, en su escrito de alegaciones ante el DCMR, lamentó que los trámites en la gestión no se hubieran efectuado con la celeridad deseada por el cliente y por la entidad, señalando que el 3 de octubre de 2018 se pusieron a disposición de los herederos los fondos depositados en la entidad a nombre de su causante.

El DCMR, en relación con la tramitación del expediente de testamentaría, estimó que, dado que la entidad reclamada, más allá de lamentar lo sucedido, no había ofrecido en sus alegaciones explicación alguna sobre las causas que habrían motivado la denunciada demora en el expediente de testamentaría, con objeto de que este DCMR hubiera podido valorar dichas razones y justificar, en su caso, el tiempo transcurrido, no existiendo razones, al menos invocadas, que pudieran justificar el tiempo transcurrido, a juicio del DCMR excesivo, el proceder del banco reclamado se estimó contrario a las buenas prácticas y usos financieros, ello con independencia de valorar positivamente las disculpas ofrecidas por la entidad reclamada a la parte reclamante.

Asimismo, se han planteado casos ante este DCMR en los que la parte reclamante infería que era obligación de la entidad instar unilateralmente el expediente de testamentaría al tener noticia del fallecimiento de un cliente. En estos supuestos, este DCMR ha aclarado que solo se inicia el expediente cuando los herederos suscriben el pertinente documento de solicitud de tramitación de la testamentaría.

9.2.9 Comisión por tramitación 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 lo relativo al cobro de comisiones.

Ahora bien, por lo que se refiere a la concreta comisión por tramitación de testamentaría, esta se ha venido justificando en la existencia de un servicio prestado por la entidad a los herederos, consistente en el análisis de la documentación aportada por los interesados en la herencia, de forma que, dependiendo de la política de cada entidad, dicho estudio debe, o no, serle retribuido mediante el pago de una comisión, para cuyo establecimiento y exigibilidad han de cumplirse los requisitos que establece la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela.

Por su parte, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, el DCMR ha señalado que la citada comisión no debe percibirse 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.

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 la emisión del certificado de posiciones del causante, en la medida en que no ha lugar el cobro de importe alguno por dicho certificado, por derivar su entrega del cumplimiento de una obligación legalmente establecida.

Por otro lado, al igual que en el ejercicio anterior, se han presentado durante 2018 reclamaciones en las que los reclamantes denunciaban la percepción de una comisión por tramitación de expediente de testamentaría, señalando que no habían solicitado conscientemente dicho servicio ni habían sido informados de la existencia de comisión alguna —y, en consecuencia, tampoco de su importe—, no siendo hasta después de efectuado el cargo cuando habrían sido informados de que el adeudo se correspondía con el cobro de la referida comisión.

En el expediente R-201810748, el reclamante indicaba que, con motivo del fallecimiento de su madre, los herederos solicitaron un certificado de posiciones de la causante a fecha de fallecimiento, denunciando que, sin embargo, la entidad no les facilitaba otro documento que el de tramitación de testamentarías (cuyo coste era de 240,79 €).

Se aportó al expediente una copia de un documento con el siguiente encabezamiento: «¿Cómo gestionar una herencia? Trámites a seguir y documentación necesaria», en el que constaban dos apartados —«Documentación necesaria para solicitar el certificado de posición de la/s cuenta/s del fallecido» y «Documentación necesaria para tramitar la testamentaría y realizar el reparto de la herencia», constando debajo de este último apartado que «los trámites de testamentaría conllevan una comisión de 199 € + IVA [...]».

Aplicando la normativa, así como los criterios de buena práctica bancaria a este supuesto, resultaba que el documento suscrito por la parte reclamante recogía tanto

la solicitud de información como la tramitación del expediente de testamentaría, pudiendo el cliente marcar uno de los dos servicios —solicitud de información o tramitación de testamentaría—, o bien ambos servicios. En este caso, únicamente se encontraba marcada la solicitud de información, a lo que había de añadirse que tanto en el apartado de firma como en el de «otros (detallar)» se especificaba que solo se solicitaba el certificado de posiciones, por lo que no se podía considerar aceptada la tramitación de la testamentaría, motivo por el cual el DCMR concluyó que cabía apreciar un posible quebrantamiento de la normativa de transparencia, y en concreto del artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Por otra parte, en el expediente R-201818358 los reclamantes denunciaban que no habían solicitado la tramitación del expediente de testamentaría de su causante a la entidad, sino tan solo la emisión del certificado de posiciones de aquel a fecha de fallecimiento, el cual les había sido entregado, sin que de dicha solicitud de emisión de certificado pudiera inferirse que, además, habían solicitado el servicio en firme de tramitación del expediente de testamentaría de su causante, ni que dicho servicio hubiera sido aceptado, como exige la normativa de transparencia.

Examinado el documento esgrimido por la entidad para justificar que los reclamantes habían solicitado el servicio de tramitación del expediente de testamentaría, el DCMR puso de manifiesto que el mero hecho de que el certificado de posiciones del causante contuviera una «nota» en la que se informaba de que la gestión del expediente de testamentaría conllevaba el cobro de una comisión por importe de 90 euros más impuesto no suponía, ni conllevaba, en modo alguno, que los reclamantes hubieran solicitado y aceptado la prestación del servicio de tramitación del expediente de testamentaría. Y es que tal documento no era sino el certificado de posiciones del causante solicitado y la rúbrica que en él se contenía se situaba bajo la leyenda «recibí»; recibí que se refería a la entrega del certificado y no a la solicitud de otro servicio, en este caso de tramitación de testamentaria, de cuya existencia y coste se informaba mediante la «nota» que constaba al pie del referido certificado.

En definitiva, el DCMR concluyó que el Banco reclamado podría haber quebrantado la normativa de transparencia de operaciones y de protección de la clientela, en la medida en que no acreditó que el cobro de la comisión por la tramitación de expediente de testamentaría obedeciera a un servicio solicitado en firme y aceptado por el cliente.

9.3 Incidencias sobre productos concretos derivadas del fallecimiento

Hasta ahora todo lo expuesto se ha centrado en el derecho de información, así como en el derecho de disposición de los herederos; sin embargo, el fallecimiento

de un titular de productos bancarios puede dar lugar a diversas incidencias durante la tramitación de la herencia, de forma que este DCMR viene resolviendo las reclamaciones presentadas, dependiendo del tipo de producto ante el que nos encontremos, con los criterios que se exponen a continuación.

9.3.1 Cuentas corrientes

Disposiciones singulares. Pago de gastos con cargo a la herencia yacente

En este apartado nos referimos a las disposiciones singulares efectuadas estando la herencia indivisa. Es criterio reiterado del DCMR considerar que no constituye una mala práctica que las entidades admitan disposiciones singulares antes de la adjudicación de la herencia, siempre y cuando:

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

Por lo que se refiere a las reclamaciones presentadas en relación con solicitudes de devolución de recibos domiciliados en cuentas de titulares fallecidos realizadas por los herederos, el DCMR entiende, con carácter general, que dichas solicitudes deben ser realizadas por todos los herederos tras acreditar estos debidamente su condición, siempre que dichos recibos se refieran al mantenimiento de los bienes que constituyen la herencia yacente o a los gastos de entierro y funeral.

Por el contrario, en el caso de los recibos domiciliados que tienen por objeto el pago de gastos que solo benefician a terceros y no el mantenimiento de bienes de la herencia yacente (como, por ejemplo, los suministros de una vivienda de la que el causante era usufructuario, no formando parte, por ende, de la herencia yacente), su adeudo debe realizarse solo si se cuenta con el consentimiento de todos los herederos.

En el expediente R-201815749, el reclamante denunciaba que la entidad había hecho caso omiso a las órdenes que había cursado de devolución de recibos adeudados en la cuenta de la que era titular su causante, indicándole el banco que para ello resultaba necesario que la orden fuera dada por todos los herederos.

Asimismo, subrayaba el reclamante que, si bien dichos recibos fueron domiciliados en su día por su padre, en la actualidad los bienes inmuebles a los que se referían aquellos ya no estaban a nombre del causante, sino al de los herederos adjudicatarios (IBI, tasa de basuras, etc.), constando dicho cambio en el Registro de la Propiedad y en el Ayuntamiento, como así acreditaba documentalmente, argumentando que no había lugar a que la entidad siguiera atendiendo los recibos con cargo a la cuenta de la que había resultado adjudicatario, junto con los otros dos herederos, por terceras partes iguales e indivisas, en la medida en que obedecían al mantenimiento de inmuebles que ya habían sido adjudicados a título de legado a cada uno de los herederos, según se recogía en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada con anterioridad a que él diera las órdenes de devolución de los recibos.

Así las cosas, y tras verificar este departamento que, a la fecha en la que el reclamante cursó las órdenes de devolución de los recibos, los bienes inmuebles habían sido ya adjudicados a los legatarios de estos y, por tanto, el pago de los recibos no obedecían al mantenimiento del caudal hereditario, puesto que se había extinguido el condominio y dividido los inmuebles de los que traían causa los recibos, el proceder de la entidad reclamada, al no atender la orden de devolución de los recibos dada por el reclamante, se estimó contraria a las buenas prácticas y usos financieros, siendo que el mantenimiento de los inmuebles solo beneficiaba a los legatarios que habían resultado adjudicatarios de cada uno de los inmuebles a título de herencia.

Por otra parte, en el expediente R-201812914 los reclamantes discrepaban de una serie de cargos en cuenta, la mayoría de ellos correspondientes a recibos adeudados con posterioridad al fallecimiento de la titular. Sobre el particular, el DCMR señaló, antes de analizar los cargos cuestionados por la parte reclamante, que no cabía exigir a la entidad que, con anterioridad al 18 de julio de 2017, adoptara alguna medida en orden a proteger los intereses de los herederos, al no haber quedado acreditado que la entidad conociera el fallecimiento de la titular de la cuenta con anterioridad a esa fecha. A continuación se examinaron cada uno de los cargos controvertidos, pudiendo agruparse del siguiente modo:

- Los adeudos domiciliados en concepto IRPF. La entidad reclamada acreditó que la contribuyente era la titular de la cuenta y se correspondían con el segundo y el tercer trimestres del pago fraccionado del IRPF, presentados por la AEAT. El DCMR consideró que dichos cargos, ordenados en vida por la titular de la cuenta, en calidad de contribuyente, entrarían dentro de las excepciones indicadas por aquél, al tratarse del pago de impuestos, cuya devolución, con carácter general, podría suponer recargos innecesarios. No obstante, se indicó a la parte reclamante que, en caso de estimar que no había lugar al pago de aquellos, debería plantear esta cuestión ante la AEAT, por cuanto el banco reclamado, en estos casos, actúa como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria.

- Los recibos emitidos por una compañía de suministros básicos, como es el agua, y que venían siendo atendidos con anterioridad al fallecimiento de la titular, no existiendo orden de devolución de aquellos dada por el conjunto de los herederos, por lo que no cabía calificar la actuación de la entidad, al atender su pago, como constitutiva de una mala práctica bancaria.
- Adeudo de recibo correspondiente a «Impuesto vehículos». El banco alegaba que el devengo del impuesto se produce el 1 de enero de cada año, siendo a cargo de quien fuera titular de aquel a esa fecha, que en el caso examinado era la causante, al tiempo que señalaba que no se había protocolizado el cuaderno particional hasta el 29 de enero, no pudiendo el heredero adjudicatario del vehículo ponerlo a su nombre con anterioridad. El DCMR consideró que no constituía una mala práctica bancaria el que la entidad atendiera el pago del referido impuesto; ello con independencia de las acciones que los herederos pudieran llevar a cabo entre sí, en orden a efectuar las compensaciones a las que, en su caso, hubiera lugar tras la adjudicación de los bienes y, en concreto, del vehículo del que traía causa el pago del referido impuesto, siendo esta una cuestión que, como indicaba la entidad y este departamento compartía, resultaba ajena al banco y se enmarcaba en las relaciones jurídico-privadas de los herederos.

Disposición de fondos por cotitulares o autorizados tras el fallecimiento de un titular

Numerosas son también las reclamaciones que se presentan ante el DCMR en las que se cuestionan disposiciones realizadas en la cuenta con posterioridad al fallecimiento del causante, bien por cotitulares, bien por autorizados por el titular en vida para operar con las cuentas. Para el análisis de los casos que tienen que ver con las discrepancias de esta naturaleza se toma en consideración si la cuenta afectada por la disposición es de titularidad única o de titularidad plural, así como, en este último caso, si el régimen de disposición pactado para la cuenta es indistinto o también llamado solidario o, por el contrario, es conjunto o también llamado mancomunado.

Cuentas con un único titular

En las cuentas de titularidad única, ante el fallecimiento del titular, las entidades deben requerir, para la realización de nuevas operaciones con cargo a la cuenta, la autorización de aquellos a los que ahora pertenecen los fondos —sus herederos—, salvo que, como se ha indicado anteriormente, estando la herencia indivisa, se tratara de disposiciones singulares con las características y requisitos ya indicados

(gastos de sepelio, operaciones ordenadas en vida por el causante —con las matizaciones que hemos expuesto—).

Por otro lado, en caso de existir autorizados en la cuenta, hay que señalar que, tras el fallecimiento del titular, es criterio del DCMR que las entidades, tan pronto como sean conocedoras del fallecimiento del titular de la cuenta, en orden a la protección de los intereses de los herederos, deberán impedir que el que hubiera sido autorizado efectúe cualquier tipo de disposición con cargo a ella, en la medida en que, habiendo sido nombrado por el titular fallecido, el mandato se extingue por la muerte del mandante¹¹⁸.

Así, en los casos en los que los herederos denuncian la realización de disposiciones indebidas por haber sido efectuadas por un autorizado, resulta fundamental acreditar el momento en el que la entidad tuvo conocimiento de dicho fallecimiento, en la medida en que la actuación que cabe exigir a las entidades en orden a la protección de los herederos lo es desde que estas tienen conocimiento del fallecimiento del titular poderdante y no antes; ello con independencia de los derechos que, en su caso, asisten a los herederos frente al autorizado que ha dispuesto de los fondos después del fallecimiento del titular poderdante, siendo esta una cuestión que se enmarcaría en las relaciones jurídico-privadas de estos, a las que son ajenas tanto la entidad de crédito como el DCMR.

En el expediente R-201814883, el reclamante, en calidad de heredero, denuncia el proceder de la entidad reclamada, en la medida en que, con posterioridad al fallecimiento de la titular de la cuenta, habría permitido a una persona no autorizada efectuar una disposición en efectivo a través de ventanilla.

Sobre el particular, la entidad reclamada manifestó que la referida disposición de efectivo fue realizada por una de las dos personas autorizadas en la cuenta por la titular, aportando el documento de reintegro en efectivo firmado por esta el 6 de noviembre de 2017, al tiempo que señalaba que, en la fecha en la que tuvo lugar el reintegro, desconocía el fallecimiento de la titular, no siendo hasta el 12 de diciembre de 2017 cuando tuvo conocimiento de ello, momento en el que los herederos se pusieron en contacto con la entidad a fin de solicitar el certificado de posiciones de su causante.

Planteada en estos términos la controversia, y dado que no se acreditó en el expediente por el reclamante que la entidad conociera, porque así le hubiera sido comunicado por los interesados, el fallecimiento de la titular de la cuenta en el momento en el que la autorizada llevó a cabo el reintegro en efectivo, su proceder no se estimó contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco a las buenas prácticas y usos financieros.

118 Véase el artículo 1732 del Código Civil.

Cuentas con varios titulares

En el caso de una cuenta de titularidad plural, como se ha avanzado, debe atenderse al régimen de disposición pactado en el contrato de cuenta, distinguiendo entre cotitularidad indistinta o solidaria y conjunta o mancomunada, así como a las concretas disposiciones que contenga el contrato de cuenta —si es que existieran— respecto del fallecimiento de uno de los titulares.

Régimen de disposición indistinto o solidario

Cuando nos encontramos ante una cuenta indistinta o solidaria, es criterio reiterado del DCMR considerar que cualquiera de los titulares de la cuenta puede disponer de ella como si fuese el único titular, estando, pues, obligada la entidad, en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares indistintos, a atender cualquier orden de disposición firmada por el/los otro/s cotitular/es indistinto/s sobreviviente/s, sin que 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 titulares¹¹⁹.

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. Sin embargo, el análisis y la valoración de estos extremos se enmarcan dentro de las relaciones jurídico-privadas y, por tanto, no serían responsabilidad de la entidad de crédito, ni entrarían dentro de la competencia del 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.

El criterio del DCMR se sustenta en la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal Supremo al respecto, de las que destacan la sentencia de 27 de febrero de 1984 —objeto de numerosos estudios doctrinales—, así como las de 11 de julio y 19

¹¹⁹ Véase la Memoria de Reclamaciones 2013, pp. 261 y 262.

de octubre de 1988 y la de 7 de julio de 1992. Del contenido de dichas resoluciones se derivan los fundamentos en los que se basa el criterio del DCMR:

- a) El régimen de solidaridad de la cuenta no decae ante la muerte de uno de los cotitulares: «[...] Para resolver ese pretendido problema —muerte de uno de los titulares indistintos— no hay ninguna previsión de este tipo, porque no hay tal problema en realidad, ya que la solución está en la normativa del derecho sucesorio, concretamente en el artículo 661 del Código Civil, pues es inadmisible sostener que la solidaridad activa desaparece con la muerte de uno de los acreedores; ningún precepto legal lo establece ni se deduce de la reglamentación legal de la solidaridad.[...]]» [STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1992].

En el mismo sentido resuelven la STS (Sala de Civil) de 27 de febrero de 1984 y la STS (Sala de lo Penal) de 11 de julio de 1988.

- b) No cabe hacer presunciones sobre la propiedad de los fondos por parte de la entidad: «[...] El mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa, *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá facultades dispositivas frente al banco depositario del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (...)» [SSTS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 31 de octubre y 7 de junio de 1996, 29 de mayo de 2000, 14 de marzo y 12 de noviembre de 2003 y 15 de febrero de 2013].
- c) Las entidades no pueden proceder al bloqueo total de la cuenta: «[...] Así las cosas, es evidente que la “Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián” debió atender el requerimiento de reintegro que le formularon los herederos de don Ignacio B. A., cumpliendo naturalmente las disposiciones fiscales pertinentes [...]» [STS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1992].
- d) Las discrepancias que puedan surgir respecto a la propiedad de los fondos deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales competentes: «[...] el ingreso de la cantidad en cuestión en la libreta tan mencionada con el aspecto expreso de solidaridad indudablemente determina, cumplidos los aspectos convenidos para su devolución, e impone a la entidad bancaria que la aceptó con ese carácter su devolución al impositor que lo solicite [...], sin perjuicio, claro está [...] tanto de las posibles acciones que pudieran asistir a los herederos [...], cuando a los que correspondan y consiguientes facultades que asistan a la Administración

[...]» [STS (Sala de lo Civil) de 27 de febrero de 1984. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS (Sala de lo Civil) de 24 de marzo de 1971, 19 de octubre de 1988 y 19 de diciembre de 1995].

No obstante, cabe matizar que dicha argumentación se sostiene, como se ha dicho anteriormente, 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 hayan revocado de forma expresa aquella ante la circunstancia sobrevenida del fallecimiento.

Régimen de disposición conjunto o mancomunado

Tratándose de cuentas bajo régimen de disposición conjunto o también llamado «mancomunado», en el supuesto de fallecimiento de uno de los cotitulares de la cuenta, para efectuar actos de disposición con cargo a aquella será preciso que las órdenes de disposición vayan firmadas por todos los titulares, supiéndose 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.

Cancelación de la cuenta

Tras el fallecimiento del titular de una cuenta a la vista, la resolución del contrato puede efectuarse a instancias tanto de la entidad, de acordarse así en el contrato marco, como de los demás titulares del contrato y/o sus herederos.

En el supuesto de que la resolución del contrato se lleve a cabo a instancias de la entidad, esta deberá comunicar su intención de proceder a la cancelación de la cuenta a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad única— o al titular supérstite y a los herederos del titular fallecido —en el caso de cuentas de titularidad plural—, con una antelación mínima de dos meses.

En caso de que la resolución del contrato se efectúe a instancias de los herederos del titular fallecido —cuenta de titularidad única—, la entidad debe requerir el consentimiento de todos los herederos para proceder a la cancelación de la cuenta, mientras que, si se trata de una cuenta de titularidad plural, para resolver el contrato

la entidad debe recabar el consentimiento tanto del/de los titular/es sobreviviente/s como de todos los herederos del titular fallecido.

Esto es así, claro está, salvo que se hubiera pactado expresamente otra cosa en el contrato de cuenta en lo relativo a la cancelación de la cuenta para el caso de fallecimiento del titular o de uno de los titulares.

En el expediente R-201816157, la reclamante, en su condición de heredera, denunciaba que tras el fallecimiento de su abuelo se había cancelado la cuenta de la que este era titular, sin su conocimiento. Al respecto, la entidad reclamada alegaba el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del titular —14 años—, así como que no había quedado acreditado que se comunicara a la entidad, formalmente, el fallecimiento del titular.

El DCMR indicó que, dado que no existía previsión contractual para que uno de los titulares, por sí solo, pudiera llevar a cabo la cancelación de la cuenta, habría de estarse a la regla general, de forma tal que para cancelar la cuenta era necesario el consentimiento de todos los titulares.

En definitiva: i) si la entidad conocía el fallecimiento del titular, debería haber requerido, además del consentimiento del cotitular supérstite, el de todos los herederos del cotitular fallecido, lo que no hizo, y ii) en caso de no conocer el fallecimiento de uno de los titulares, no debería de haber atendido la orden de cancelación dada solo por un solo cotitular, lo que hubiera evidenciado, además, el fallecimiento del otro cotitular, por lo que su proceder se estimó contrario a las buenas prácticas bancarias.

Comisión de mantenimiento de la cuenta, desde el fallecimiento hasta la cancelación

Cuestión recurrente viene siendo la discrepancia mostrada por los herederos en relación con el cobro de comisiones de mantenimiento de la cuenta desde que se produce el fallecimiento del titular hasta que se lleva a cabo la cancelación de aquella, como así quedó reflejado en los expedientes R-201818065, R-201818067, R-201814311, entre otros. En este sentido, el DCMR ha señalado que la comisión de mantenimiento suele retribuir el servicio prestado a los titulares del depósito, consistente en el mantenimiento de los registros (informáticos o de cualquier otra naturaleza) que la entidad debe habilitar para el funcionamiento del depósito, el servicio de caja básico asociado (ingresos en efectivo, reintegros en efectivo o disposiciones mediante cheque, adeudos e ingresos que se derivan de las liquidaciones periódicas de la propia cuenta y la entrega de los medios de disponibilidad habitual del depósito: talonarios de cheques o libretas), así como la emisión de las informaciones y de

documentos (de movimientos y/o liquidaciones) que obligatoriamente deban facilitar a sus clientes mientras la cuenta no sea cancelada.

De ello se deriva, con carácter general, que las entidades se encontrarían legitimadas para cobrar a su cliente el importe de la comisión de mantenimiento mientras que la cuenta permanezca vigente —aunque esta presente saldo cero— y, por tanto, no haya sido cancelada, con independencia del fallecimiento de su titular; ello, claro está, dentro de los límites establecidos en el contrato formalizado por las partes y cumpliendo lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela para su cobro y, en su caso, de modificación de las condiciones contractuales (art. 22 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago¹²⁰).

Así, en el expediente R-201817567 la entidad reclamada no acreditó que la comisión de mantenimiento que había repercutido estuviera pactada en el contrato, ni tampoco que, en caso de estar pactada, su importe se correspondiera con el cobrado por dicho concepto o modificado posteriormente siguiendo el procedimiento establecido en la LSP, no aportando al expediente copia del contrato, por lo que su proceder, además de evidenciar una falta de colaboración para con este DCMR en la resolución de la reclamación, podría haber quebrantado la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, así como las buenas prácticas bancarias.

Baja de la cuenta de cotitular fallecido

Por otra parte, y en relación con la baja en una cuenta de un titular fallecido, el DCMR ha señalado que, para proceder a ella, resulta necesario que se lleve a cabo la tramitación de la testamentaría de aquél, justificándose la liquidación o exención del impuesto correspondiente, así como que dicha actuación esté refrendada por todos sus herederos.

Bloqueo de la cuenta

Como ya se ha expuesto, el mero hecho del fallecimiento de un cotitular indistinto de la cuenta no puede conllevar el bloqueo automático de la cuenta, puesto que, de ser así, se impediría en todos los casos y sin causa suficiente el derecho del cotitular

120 Téngase en cuenta que el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (*BOE* de 24 de noviembre de 2018), que entró en vigor con carácter general al día siguiente de su publicación en el *BOE*, prevé, no obstante, que los títulos II y III serán de aplicación a los tres meses de su publicación en el *BOE*, debiendo significarse que la «Modificación de las condiciones del contrato marco» se encuentra regulada en el título II, artículo 33, de dicho real decreto-ley, resultando de aplicación desde el 24 de febrero de 2019.

indistinto sobreviviente a disponer de los fondos de la cuenta indistinta, siendo que la solidaridad activa de la cuenta no se extingue con la muerte de uno de los titulares.

Ahora bien, en este punto abordamos el supuesto de que el bloqueo de la cuenta se produzca a raíz de que existieran discrepancias internas entre el/ los titular/es sobreviviente/s y los herederos del titular fallecido. De ser así, el DCMR ha señalado que, en caso de que se cuestione la propiedad de los fondos depositados en la cuenta en orden a disponer de ellos, o de que dichas discrepancias se traduzcan en instrucciones contradictorias dadas a la entidad, esta debe adoptar una postura neutral en el conflicto, sin beneficiar a unos en detrimento de otros.

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

Asimismo, se ha considerado que, tratándose de una medida restrictiva de los derechos de los clientes, que se justifica para proteger los intereses de todas las partes en conflicto, dicha medida deberá ser adoptada por las entidades con la cautela debida, informando con carácter previo a todos los titulares y a los herederos del fallecido de la situación producida y de la medida que va a aplicar, en tanto los interesados lleguen a un acuerdo, pudiendo las entidades proceder a la consignación del saldo si, en un plazo prudencial, dicho acuerdo no resultara posible y en tanto el conflicto sea resuelto.

En el expediente R-201815255, la reclamante, en su condición, junto con otros, de cotitular de la cuenta de la que también era cotitular su padre, fallecido en 2010, denunciaba el bloqueo de la cuenta llevado a cabo por la entidad desde junio de 2018, fecha en la que solicitan a la entidad un certificado de posiciones de su causante, impidiendo a los titulares supérstites, y en concreto a ella, disponer de los fondos de la cuenta, al tiempo que subrayaba que el bloqueo no se produjo ni a instancia de los herederos, ni tampoco de los titulares, señalando que la entidad se atribuyó una potestad que no le correspondía.

Por su parte, el banco reclamado justificaba su proceder sobre la base de la necesidad de proteger los intereses de todas las partes implicadas, y de considerar análogas: i) la situación de discrepancia que puede existir entre los titulares y/o herederos, cuando estos cursan órdenes contradictorias a la entidad, y ii) la situación en la que es desconocida por la entidad la voluntad de todos y cada uno de los herederos en lo que a la disposición de fondos se refiere.

El DCMR señaló que la entidad no podía obviar la doble condición que ostentaba la reclamante en relación con la cuenta, esto es, la de cotitular indistinta y la de heredera de un cotitular fallecido, siendo que, tratándose de una cuenta de titularidad plural, con régimen de disposición solidario o también llamado indistinto, como aquí sucedía, cualquiera de los titulares puede disponer de ella como si fuese el único titular, estando la entidad obligada, en el supuesto de fallecimiento de uno de los titulares indistintos, a atender cualquier orden firmada por otros cotitulares indistintos, pues la solidaridad activa no desaparece con la muerte de uno de los titulares, salvo que el contrato de cuenta previera expresamente otra cosa, lo que no fue invocado ni acreditado por la entidad.

En este caso, la entidad procedió a bloquear el saldo de la cuenta cuando tuvo conocimiento fehaciente del fallecimiento de uno de los titulares indistintos, en junio de 2018, sin haber acreditado la existencia de un conflicto en relación con la propiedad de los fondos depositados en la cuenta, cuya existencia negaba la parte reclamante, o que se le hubieran cursado instrucciones contradictorias por parte de herederos y/o titulares, no pudiendo admitirse por el DCMR la aplicación analógica efectuada por la entidad de situaciones radicalmente distintas, equiparando la existencia de discrepancias entre los interesados sobre la propiedad de los fondos con la situación de desconocimiento por parte de la entidad de la voluntad de todos los herederos en lo que a la disposición de fondos se refiere, lo que llevaba a la entidad, *de facto*, a impedir que los titulares indistintos supérstites pudieran disponer de los fondos de la cuenta.

Tampoco acreditó la entidad que la medida de bloqueo fuera precedida de un aviso o comunicación a los interesados, a pesar de tratarse de una medida restrictiva de los derechos del cliente que debe ser adoptada por la entidad con la cautela debida, por lo que el proceder del banco reclamado se estimó contrario a las buenas prácticas y usos financieros.

9.3.2 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 las obligaciones contraídos por el causante y, por lo que ahora interesa, los términos y las condiciones pactadas en el contrato de depósito a plazo, sin que el hecho del fallecimiento del titular del depósito a plazo implique, en modo alguno, el vencimiento anticipado del depósito y la subsiguiente cancelación, salvo, claro está, que el contrato de depósito a plazo contemplara expresamente otra cosa para el supuesto de fallecimiento del titular.

Respecto de estos contratos, varias son las cuestiones que se han planteado ante este DCMR, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Disposición del depósito a plazo —con posterioridad al fallecimiento— por un cotitular indistinto: en estos casos, el DCMR ha venido manifestando que habrá de estarse a lo dispuesto en el contrato de depósito a plazo en relación con los requisitos para su cancelación —necesidad, o no, de consentimiento de ambos titulares—.

Con carácter general, si no se establecen limitaciones a la cancelación —o previsión expresa para el caso de fallecimiento de un cotitular—, y tratándose de un depósito a plazo con régimen de disposición indistinto, dado que por su propia naturaleza la disposición de los fondos implica, *de facto*, la cancelación del depósito —a diferencia de los depósitos a la vista—, cabría entender que un cotitular indistinto, por sí solo, y a falta de otra previsión contractual, pudiera disponer del depósito y, por ende, cancelarlo.

- Cancelación anticipada por parte de la entidad de un depósito a plazo con motivo del fallecimiento del causante. A este respecto, el DCMR ha manifestado que, a salvo de lo que puedan establecer los órganos judiciales competentes, no resulta ajustado a las buenas prácticas bancarias que la entidad cancele anticipadamente un depósito a plazo por el solo hecho del fallecimiento del titular o, en su caso, de uno de los cotitulares, salvo que así lo hubieran solicitado de manera clara e inequívoca los herederos.

9.3.3 Préstamos hipotecarios y otras deudas

En ocasiones se plantean reclamaciones ante este DCMR en relación con las incidencias que se derivan del fallecimiento de quien fuera deudor en un préstamo hipotecario. En estos casos, debe indicarse, en primer lugar, que la deuda pasa a formar parte de la herencia yacente, la cual se constituye como comunidad de bienes hasta que se acuerde la partición y la adjudicación de los bienes y deudas de la herencia, previa a su aceptación por los herederos, claro está, subsistiendo la deuda en los términos en que estuviera pactada hasta que se produzca su total amortización.

A colación de lo anterior, no se debe dejar atrás que, según reza el artículo 661 del Código Civil, «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones», de lo que se deriva que se da una circunstancia subrogativa que opera *ope legis*, por imperio de la ley, con independencia de la voluntad del prestamista y de los prestatarios, de forma que la entidad debe incorporar a todos los herederos en la titularidad del préstamo hipotecario, salvo

negociación y acuerdo explícito con la entidad para que uno o varios herederos se adjudiquen la deuda.

Así, en las reclamaciones que se han planteado en las que uno de los herederos alegaba que era el único titular del préstamo hipotecario fruto del acuerdo establecido entre los herederos en el cuaderno particional, este DCMR ha resuelto que, no habiendo intervenido la entidad en ese acuerdo —asunción del préstamo por uno solo de los herederos—, encontraba la cuestión fuera del ámbito de aplicación del artículo 1257 el Código Civil, según el cual: «los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley», de forma que, según nuestro Derecho común, los herederos se subrogan solidariamente en todas las deudas del causante, por lo que no cabe que, en virtud de una partición y adjudicación de herencia, alguno o algunos de los herederos pretendan eludir su responsabilidad solidaria frente a la entidad.

Consecuencia de lo anterior es que dicho pacto privado únicamente vincula a los herederos, sin que quepa producir los efectos de una subrogación *ope legis* y, por ende, no resulta oponible a la entidad, en tanto esta no preste su consentimiento de forma expresa.

Por otro lado, cuando se produce la subrogación de uno o de varios herederos por fallecimiento del deudor hipotecario, viene entendiéndose como contrario a las buenas prácticas que la entidad exija garantías adicionales o la contratación de nuevos productos financieros comercializados por ella en aquellos casos en los que el deudor subrogado sea, bien el único heredero existente, o bien la totalidad de los que tengan tal condición, no siendo aplicable este criterio, en coherencia con lo expuesto en los párrafos precedentes, en los supuestos en que, habiendo varios herederos, no todos ellos adquieran la deuda, debido a que la entidad acepta que solo una parte de los herederos y no la totalidad se subroguen en la deuda.

Un supuesto singular fue el planteado en el expediente R-201813041. El reclamante discrepaba de la exigencia de la entidad, como condición para permitir el reparto de los saldos de las cuentas de su madre fallecida, de firmar un documento, junto con los demás herederos, en virtud del cual asumirían la condición de avalistas solidarios en la operación crediticia en la que figuraba como tal su causante, entendiendo que no tenía la obligación de subrogarse en la posición de avalista solidario toda vez que, en el momento del fallecimiento de la causante, esta no había contraído con la entidad ninguna deuda que debiera integrarse en el caudal relicito de la herencia, por lo que consideraba que no podían extenderse los efectos de la fianza con posterioridad a la muerte del avalista.

La entidad alegó que los herederos inventariaron como pasivo de la herencia la operación hipotecaria afianzada y que, al tener la causante vecindad civil de Cataluña, le resultaba de aplicación el Código Civil de Cataluña, según el cual «El heredero sucede en todo el derecho de su causante. Consecuentemente, adquiere los bienes y derechos de la herencia, se subroga en las obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte, queda vinculado a los actos propios de este y, además, debe cumplir las cargas hereditarias», añadiendo que la fianza solidaria no se extingue con la muerte según el Código Civil, sino que se extingue una vez el deudor principal ha cumplido con su obligación, por lo que se extinguirá cuando se amortice la totalidad del préstamo hipotecario, motivo por el cual, al haber aceptado los herederos la herencia a beneficio de inventario, según el Código Civil de Cataluña, los herederos no responden de las obligaciones del causante con los bienes propios, sino que únicamente responderán con el patrimonio de la herencia, lo que significa que, en caso de que el deudor principal de la operación hipotecaria no pudiese cumplir con las obligaciones crediticias, los fiadores solidarios solo responderían con los bienes y proporción de la herencia efectivamente aceptada.

El DCMR consideró que la entidad se apartó de las buenas prácticas bancarias, ya que únicamente podría compelir a los tres herederos que no eran ya avalistas del crédito cuestionado a firmar como avalistas mancomunados de este para proceder a repartir entre ellos los saldos de las cuentas a nombre de la causante, no pudiendo, sin embargo, condicionar el reparto a que firmaran como avalistas solidarios, al suponer ello un empeoramiento de las condiciones en las que se subrogaron *ope legis* en el aval de la causante, ya que según el Código Civil catalán, aplicable por la vecindad civil de la causante, los herederos en el caso analizado al aceptar la herencia pasarían a ser avalistas mancomunados —no solidarios—, salvo uno de ellos, que ya era avalista solidario del crédito y mantendría tal condición.

9.4 Derechos de los legatarios y usufructuarios

Hasta aquí se han abordado algunas de las incidencias que pueden afectar a los herederos con motivo de la tramitación de la testamentaría; sin embargo, los herederos no son la única figura jurídica presente en el derecho de sucesiones, resultando que los llamados a la herencia pueden serlo a título de legatarios, legitimarios de legítima estricta, usufructuarios, etc.

9.4.1 Legatario

Comenzando con la figura del legatario, cabe señalar que no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando esté autorizado para darla, según se infiere de lo establecido por el artículo 885 del Código Civil.

Por tanto, con carácter general, este DCMR viene estimando que, para que la entidad permita la disposición de los saldos al legatario, debe exigirle la constancia de las instrucciones específicas al respecto de los herederos o del albacea. En caso de que el legatario estimara que su pretensión no ha sido atendida por el heredero o albacea en los términos de la disposición testamentaria, podrá plantear la controversia, si así lo estima oportuno, ante los tribunales de justicia, únicos que pueden poner fin a aquella, al tratarse de una cuestión jurídico-privada.

En el expediente R-201814739, el representante de la reclamante denunciaba la negativa de la entidad a traspasar el dinero y los valores que le correspondían a su representada, según testamento abierto otorgado por su hermano, argumentando el banco que no podía tomar posesión del legado por ella misma, sino a través de los herederos.

El DCMR, en aplicación de lo expuesto anteriormente, concluyó que, a tenor de lo establecido en el artículo 885 del Código Civil, la legataria no podía ocupar por su propia autoridad la cosa legada, debiendo pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando se encuentre autorizado para darla. De ello se deriva que, 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, y en el caso de que el legatario estimara que su pretensión no ha sido atendida ni por el heredero ni por el albacea.

9.4.2 Legatario de legítima o legitimario

Por otro lado, al igual que en el ejercicio anterior, durante 2018 se presentaron ante el DCMR algunas reclamaciones que traían causa de la controversia surgida a raíz de la institución por el testador en su testamento de herederos (en ocasiones, herederos únicos y universales) que coexistían, a su vez, con legitimarios a los que se había legado la legítima estricta, solicitando los reclamantes un pronunciamiento en relación con el proceder de las entidades en cuestiones tales como la necesidad de que el legatario de legítima participe y preste su consentimiento en la partición y adjudicación de la herencia, o la negativa de estas a facilitar a los legatarios de legítima determinada información relacionada con las cuentas del causante.

Debemos adelantar que la resolución de estas cuestiones no resulta pacífica, existiendo diferentes corrientes doctrinales que, bajo distintos argumentos, permiten alcanzar una u otra conclusión. Además, habrán de tenerse en cuenta las normas de derecho foral o especial que rigen en algunas comunidades autónomas o territorios de estas en lo relativo a la institución de heredero, puesto que en estas normas, a diferencia de lo que sucede en las de derecho sucesorio común, la institución de heredero en testamento puede ser un requisito de validez de este.

A lo anterior, habría que añadir y recordar que el ámbito de competencia del DCMR se centra en determinar si el proceder de las entidades reclamadas en relación con los hechos denunciados se ajusta a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y de protección de la clientela, así como a las buenas prácticas y usos financieros. Por tanto, las controversias planteadas deben resolverse teniendo en cuenta lo anterior y, circunscribiéndonos a dicho ámbito de actuación, excediendo de él la interpretación de las disposiciones legales o testamentarias y la fijación de su alcance, así como la resolución de controversias de naturaleza jurídico-privada, cuyo conocimiento y resolución, en su caso, corresponderían a los tribunales de justicia.

En definitiva, en los supuestos que se plantean sobre este particular aspecto, el DCMR analiza cada caso atendiendo a las circunstancias concretas, resolviendo en función de ellas y poniendo el énfasis en analizar si las entidades actúan de manera arbitraria o carente de justificación, o si, por el contrario, los motivos por ellas invocados encuentran razón de ser en la prudencia que cabe exigirles en cuestiones como las que nos ocupan, en las que han de conjugarse los intereses y derechos de diversos sujetos, los cuales deben ser protegidos por las entidades depositarias de los fondos. Así, en este apartado cabe citar, entre otros, el expediente de reclamación R-201816502.

Información

Durante el ejercicio también se han presentado reclamaciones en las que se planteaba qué información se ha de facilitar a los legatarios de legítima. En este sentido, comenzamos por señalar que en las normas de derecho sucesorio común —lógicamente, cuando resultan aplicables al caso— la institución de heredero no es requisito especial del testamento y, por tanto, su validez no depende de que contenga institución de heredero propiamente dicha. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la existencia del régimen de legítimas supone que el testador no puede disponer de la cuota reservada a los legitimarios. De lo anterior se deriva que, existiendo legitimarios, siempre y cuando el testador respete la correspondiente legítima, este puede ejercitar su libre voluntad testamentaria en relación con la institución de heredero, de forma tal que pueden ser designados a título de herederos o de legatarios.

Establecida esta diferencia por el testador —heredero o legatario de legítima—, como forma de expresión de su voluntad testamentaria, el DCMR ha venido sosteniendo, a salvo de la mejor opinión de los tribunales de justicia, que el deber de información de la entidad incumbe a los herederos, a los que podría acudir el legitimario que ha sido designado como legatario en el testamento; ello, claro está, con independencia de apreciar el innegable interés que tiene para los legitimarios el conocer el valor a que asciende el patrimonio hereditario.

No obstante lo anterior, el DCMR considera que no constituye una mala práctica bancaria que las entidades faciliten a los legitimarios, legatarios de legítima, a su solicitud, un certificado con las posiciones del causante, a la fecha del óbito, en la medida en que dicho certificado resulta necesario para el cumplimiento de una obligación legal como es la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

En el expediente R-201803148, la reclamante denunciaba que la entidad no le había facilitado toda la información requerida en relación con las posiciones de su madre.

Por su parte, la entidad reclamada manifestaba que la reclamante había sido designada en testamento, como legataria de legítima estricta, habiéndole facilitado el certificado de posiciones, a fecha de fallecimiento y los movimientos habidos en la cuenta de la que era titular su causante referidos al año anterior al óbito, remitiendo a la reclamante al instituido en testamento como único y universal heredero, su hermano, en el caso de que pretendiera obtener otro tipo de información sobre la cuenta de su madre.

Verificada por el DCMR la condición de la reclamante, legataria de legítima estricta, el proceder de la entidad reclamada en relación con la información suministrada a la reclamante sobre las posiciones de su madre no se estimó contrario a lo establecido por la normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, ni tampoco a las buenas prácticas y usos financieros, incidiendo el DCMR en el hecho de que el deber de información incumbe a los herederos instituidos como tales en testamento, a los que puede acudir el legitimario designado en testamento a título de legatario de legítima estricta; en este caso, la reclamante.

Disposición de fondos

Por lo que respecta a las reclamaciones relacionadas con la disponibilidad de los fondos de las cuentas de los causantes, habiendo efectuado el testador la partición y coexistiendo en testamento herederos, designados como tales por el testador, con legatarios de legítima, tan solo cabe apuntar, de manera sucinta, que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notario (DGRN)¹²¹ viene sosteniendo que, atendiendo a la naturaleza de la legítima, no resulta posible inscribir la escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada solamente por el designado en testamento como heredero, considerando necesaria la intervención del legitimario al que se le ha adjudicado por vía de legado su legítima, en orden a preservar su intangibilidad.

Sin embargo, algunos autores consideran que la DGRN se plantea esta cuestión solo a efectos registrales —inscripción de inmuebles—, al tiempo que sostienen que habrá de estarse a la disposición hecha por el testador sin que sea necesaria la

¹²¹ Resoluciones de la DGRN de 13 de junio de 2013 y de 13 de febrero de 2015.

intervención de los legitimarios, los cuales, en caso de verse perjudicados en su legítima, pueden impugnar la partición o ejercitar las acciones que les confiere la ley para la protección de su legítima.

A la vista de lo anterior y en los términos expuestos, resulta obvio que no corresponde al DCMR dirimir esta cuestión, debiendo someterla los interesados, en última instancia y de estimarlo oportuno, a conocimiento y resolución de los tribunales de justicia, únicos que pueden poner fin a la controversia.

9.4.3 Usufructuario

Otra figura relevante que se presenta en el ámbito de la testamentaría, y que ha sido objeto de reclamaciones ante este DCMR, en cuanto a sus derechos sobre la herencia, es la del usufructuario.

Respecto del análisis del derecho de usufructo consecuencia de la sucesión hereditaria, con carácter general, se han de referir los artículos 839 y siguientes del Código Civil, en virtud de los cuales los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte del usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial, quedando afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge mientras esto no se realice, siendo dicho acuerdo competencia única y exclusiva de los herederos.

Ahora bien, debemos señalar la importancia que tienen los concretos términos en los que se establezca el derecho de usufructo, tanto si se recoge como disposición testamentaria como si se efectúa en un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, debiendo estarse, igualmente, a lo que resulte de la aceptación, partición y adjudicación de herencia, a saber: i) usufructo universal y vitalicio, sobre la totalidad de la herencia; ii) usufructo sobre bienes concretos; iii) usufructo en el que se releva, o no, la obligación de hacer inventario y constituir fianza; iv) usufructo viudal (1/3 de los bienes de la herencia), etc.

Es decir, no cabe establecer, *a priori*, una pauta común de actuación, sino que este DCMR analiza cada caso en función de las especialidades expuestas y dentro de los límites competenciales del DCMR.

Usufructo de dinero o cuasiusufructo

Así, por ejemplo, en el ejercicio 2018 se ha planteado ante este DCMR un expediente (R-201816532) en el que la reclamante exponía que, habiendo resultado adjudicataria

del usufructo universal y vitalicio de la herencia de su difunto esposo, mediante escritura pública de partición, para la disposición de los fondos la entidad le exigía un escrito privado suscrito por todos los herederos.

El DCMR señaló que las cuestiones relativas al derecho de usufructo, y más concretamente al usufructo de dinero, también llamado cuasiusufructo, resultan complejas de afrontar. Con carácter general, el Tribunal Supremo parte de la admisión de este tipo de usufructo —el cuasiusufructo—, como significa su sentencia de 3 de marzo del 2000, al decir que «la Jurisprudencia¹²² y la doctrina de la Dirección General de los Registros¹²³ vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición».

Por su parte, el derecho positivo, a través del artículo 482 del Código Civil, dice que «si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».

En el ámbito más concreto de la materialización del usufructo del dinero, la jurisprudencia menor, esto es, las sentencias de audiencias provinciales, han declarado la facultad de disposición de los fondos de las cuentas corrientes por parte del usufructuario y los derechos de los nudos propietarios. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de junio de 2012¹²⁴ establece que el usufructo de dinero constituye un cuasiusufructo o usufructo impropio, regulado por el artículo 482 del Código Civil, siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio, y concluye que los herederos como nudos propietarios ostentan, al aceptar la herencia, un derecho de crédito sobre el usufructuario para la restitución del dinero a la extinción del derecho de usufructo, mientras que considera que, entre las facultades del usufructuario, se encuentra la de la disposición del dinero como tal, al ser inherente a este usufructo.

En definitiva, al amparo del análisis normativo y jurisprudencial expuesto, el DCMR concluyó en el citado expediente que la reclamante, en su condición de usufructuaria

122 Sentencias, entre otras, de 22 de marzo de 1890, 19 de noviembre de 1898, 10 de julio de 1903, 14 de abril de 1905, 1 de octubre de 1919, 5 de marzo de 1926, 1 de febrero de 1927, 8 de junio de 1948, 28 de mayo de 1954, 24 de febrero de 1959, 19 de enero y 17 de mayo de 1962, 9 de diciembre de 1970, 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1991.

123 Resoluciones, entre otras, de 23 de julio 1905, 29 de noviembre 1911, 12 de enero 1917, 22 de febrero 1933, 9 de marzo 1942 y 8 de febrero 1950.

124 En el mismo sentido se han manifestado las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de febrero de 2002, de Valencia de 10 de noviembre de 2005, de Burgos de 24 de septiembre de 2007, de Palma de Mallorca de 31 de marzo de 2009 y de Granada de 24 de octubre de 2011.

del dinero, tenía la facultad de disposición, ostentando los nudos propietarios un derecho de crédito frente al usufructuario, de forma que, cuando tuviera lugar la extinción del usufructo, su valor, que correspondía a los nudos propietarios y dispuesto por el usufructuario, podría ser reclamado por aquellos a los herederos del usufructuario, por lo que el proceder de la entidad reclamada se estimó contrario a las buenas prácticas y usos financieros en la medida en que no permitió a aquella la disposición de los fondos.

Cautela socini

Otro caso particular que viene siendo frecuente en el derecho sucesorio y que en ocasiones es objeto de reclamación ante este DCMR es la disposición testamentaria conocida doctrinalmente como «cautela socini», en virtud de la cual el testador lega al cónyuge viudo el usufructo universal y vitalicio de todo el patrimonio hereditario, con relevación de la obligación de hacer inventario y prestar fianza, imponiendo a los herederos forzosos que no lo aceptaran la limitación de recibir solo lo que por legítima estricta les corresponda.

Esta previsión testamentaria, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010, es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor porción de la herencia que la que le correspondería por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo de que, si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones, perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. En definitiva, supone que el testador atribuye a los legitimarios un valor superior a su legítima, pero enteramente gravado, con la carga de soportar el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes. Sentado lo anterior, cabe señalar que la cautela socini:

- No supone la eliminación del trámite de aceptación de la herencia según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como, por ejemplo, en la sentencia del 10 de junio de 2013¹²⁵.

125 La sentencia del Tribunal Supremo de 10 junio de 2013 dice: «Con carácter general, si bien es cierto que no cabe desconocer el peculiar proceso adquisitivo que en el ámbito sucesorio dispensa nuestro Código Civil al legado de cosa específica y determinada del testador (artículo 882 del Código Civil), no obstante, procede señalar que dicha peculiaridad no altera o afecta a los presupuestos que, precisamente en la dinámica del proceso sucesorio, permiten operar el citado efecto adquisitivo, esto es, al *ius delationis*, que informa y posibilita el derecho a adquirir la herencia, y a la aceptación de la herencia, como presupuesto lógico o conceptual de la propia adquisición hereditaria. Desde esta perspectiva rectora, particularmente de la razón de equivalencia entre la unidad orgánica del fenómeno sucesorio y el *ius delationis*, que esta Sala ha resaltado recientemente, SSTS de 20 de julio de 2012 [núm. 516/2012 (RJ 2012, 9001)] y 30 de octubre de 2012 (núm. 624/2012), la adquisición del legatario legitimario viene previamente delimitada por el fundamento testamentario que informa la vocación o llamamiento a la herencia. En el presente caso, dicho fundamento ha realizado, de forma válida, las alternativas atributivas que pudieran derivarse de la aceptación de la herencia conforme a la aplicación de la cautela socini establecida; condicionándose, de este modo, el ulterior proceso adquisitivo que resulte del juego de la opción elegida por el legitimario, en donde el acrecimiento a favor de los legitimarios conformes no supone una vulneración del régimen

- La propia naturaleza de la disposición reconoce el derecho de oposición de los herederos, resultando que impone a los herederos que no aceptaran la herencia la limitación a recibir solo lo que por legítima estricta les corresponda. Así lo expone la sentencia citada en el anterior párrafo¹²⁶, entre otras. Dicho en otras palabras, los herederos pueden no aceptar el gravamen que supone el usufructo.

Por lo expuesto, cuando se plantean ante este DCMR reclamaciones por las que el cónyuge viudo solicita la disposición de los fondos en usufructo, sin necesidad de contar con la aprobación de los herederos para la toma de posesión, entiende este DCMR que la negativa de la entidad a permitir el acceso a los fondos sin la previa aceptación de aquellos resulta acorde con el deber de diligencia exigible para proteger los derechos de los herederos, que pudieran verse perjudicados por disposiciones indebidas del caudal hereditario.

adquisitivo de los legados, sino una consecuencia directa de la ordenación dispositiva querida por el testador.»

126 La misma sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013 señala a este respecto: «En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta [STS de 6 de mayo de 2013, núm. 280/2013 (RJ 2013, 8072)], no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (artículo 813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitarse en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese que en el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículos 1056 y 1075 del Código Civil).»

